UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA

A AUTONOMIA PARENTAL E OS LIMITES DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

TESE DE DOUTORADO

Recife
2016

MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA

A AUTONOMIA PARENTAL E OS LIMITES DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Privado
Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais.
Grupo de Pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

Recife
2016

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

O48a Oliveira, Maria Rita de Holanda Silva
A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico brasileiro. – Recife: O Autor, 2016.
297 f. : graf., quadros.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
Inclui bibliografia.

1. Direito de família - Brasil. 2. Planejamento familiar. 3. Paternidade (Direito) - Brasil. 4. Parentesco - Brasil. 5. Filiação ilegítima - Brasil. 6. Direito e biologia. 7. Bioética. 8. Tecnologia da reprodução humana - Brasil. 9. Biotecnologia - Brasil. 10. Responsabilidade dos pais. 11. Autonomia - Criança - Adolescente. 12. Adoção. 13. Legitimidade (Direito). 14. Direitos fundamentais - Brasil. 15. Família - Brasil. 16. Pais e filhos (Direito) - Brasil. 17. Direito constitucional - Brasil. 18. Estado de direito. 19. Direito civil. 20. Maternidade. 21. Dignidade (Direito). I. Lôbo, Paulo Luiz Netto (Orientador). II. Título.

Maria Rita de Holanda Silva Oliveira

"A Autonomia Parental e os Limites do Planejamento Familiar no Sistema Jurídico Brasileiro"

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora.

Área de concentração: **Teoria e Dogmática do Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL APROVADA

Professor Dr. **Paulo Luiz Neto Lôbo** (Presidente/UFPE)

Professora Drª**. Joyceane Bezerra de Menezes** (1ª Examinadora externa/UFC)

Julgamento: APROVADA Assinatura:

Professor Dr. **Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho** (2º Examinador externo/UFBA)

Julgamento: APROVADA Assinatura:

Professora **Drª Fabiola Albuquerque Lôbo** (3ª Examinadora interna/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura:

Professor Dr. **Silvio Romero Beltrão** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura:

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Junior** (5º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura:

Recife, 19 de maio de 2016

Coordenador Prof. Dr**. Edilson Pereira Nobre Junior**

Aos meus amores João, Nathalia e Eduardo, minha família. E às minhas mães Dulce, Zezé e Nísia.

AGRADECIMENTOS

O meu agradecimento vai para todos que contribuíram direta ou indiretamente na consecução desse objetivo. Nominá-los não é tarefa fácil, pois aqui cheguei com o apoio incondicional de pessoas e instituições que acreditaram em mim.

Ao meu pai, ainda tão vivo em minha memória, cuja personalidade em muito herdei e às minhas mães: Dulcinéa, que tendo me dado a vida, ainda me dá tanto amor; Zézé, que alegrou a minha vida durante toda sua existência, amando-me incondicionalmente; e Nísia que sempre me apoiou e me ensinou a ser forte. Aos meus filhos João e Nathalia que suportaram toda a minha ausência e me deram tanto apoio e carinho. Ao meu marido Eduardo, que sempre me incentivou dando a base sólida e familiar necessária. Aos meus irmãos, Fred, Leo e Fátima por serem o exemplo que sempre quis seguir.

À minha grande família afetiva composta por minhas amigas incondicionais, Luciana, Catarina, Adriana, Patrícia, Andréa, Marília, Fernanda e Belinha, exemplos de fortaleza feminina na luta contra a desigualdade de gênero ainda tão presente em nossa rotina, o meu agradecimento pela paciência, apoio e alegria que sempre me proporcionaram.

Ao meu especial orientador, Prof. Paulo Lôbo, que sempre me acompanhou na formação acadêmica desde o mestrado, pelo seu incentivo, condução e principalmente por compartilhar o seu conhecimento na convivência diária da pesquisa que coordena.

À Universidade Católica de Pernambuco, na pessoa do Magnífico Reitor Pe. Pedro Rubens SJ, responsável pela minha formação em direito e pela minha atividade acadêmica, pelo apoio em todos esses anos de dedicação à tese.

A todos os colegas de convivência da Unicap, e com especial carinho e gratidão aos professores Mirian de Sá Pereira e Ubiratan do Couto Maurício, responsáveis pelo estímulo e ingresso na docência.

Um especial agradecimento à Fabíola Lôbo, que sempre esteve ao meu lado na academia e nas escolhas políticas do IBDFAM.

Ao IBDFAM e à OAB/PE, instituições que sempre acreditaram em mim, pela oportunidade e aprendizado na diretoria e no Conselho Estadual.

Aos meus queridos colegas do grupo de pesquisa CONREP, Gustavo Andrade, Marcos Ehrhardt, Carla Moutinho, Catarina Oliveira, Dante Pontes, Elaine Buarque, Everilda Brandão, José Barros, Natália Belo, Pablo Malheiros, Renata Othon, Rodrigo Toscano, Camila Buarque, Roberto Paulino e Ticiane.

Aos funcionários do Centro de Ciências Jurídicas da Unicap e UFPE, pelo apoio administrativo e receptividade.

À Universidade Federal de Pernambuco, pela oportunidade da formação e convívio com os mais diletos mestres da Instituição, em especial Larissa Leal, Silvio Romero, Gustavo Just, Torquato Castro e Silvio Loreto.

RESUMO

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **A autonomia parental e os limites do planejamento familiar no sistema jurídico Brasileiro**. 2016. 297f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

A tese reflete a interpretação adotada no Brasil, sobre o exercício da autonomia na constituição de filiação. Partindo de uma visão histórica do comportamento humano em família e a relativização dos conceitos e convenções no tempo, busca-se a justificativa para o limite binário do sistema de filiação que vem sendo criticado por crescente entendimento que o relativiza, em nome da ampliação da liberdade existencial. A socioafetividade e os avanços da biotecnologia na reprodução humana são frequentemente invocados pela doutrina e em decisões judiciais, que defendem a relativização da binariedade e a existência de novas "categorias" como a "multiparentalidade". Tal relativização tornou-se uma tônica sem reflexões sobre o paradigma consequencialista, que é limitado em nosso sistema. A autonomia das relações privadas no Estado Liberal abstencionista pautou-se em um individualismo, que findou gerando sérios desequilíbrios na igualdade entre as partes. Já no Estado Social que intervém protetivamente, e busca garantir direitos fundamentais, a autonomia resvala de um interesse individual a um interesse coletivo e de ordem pública e submete o indivíduo a limites que visam a segurança e estabilidade nas relações existenciais. Nesse sentido, a tese conta com uma base doutrinária nacional e estrangeira, além de pesquisa jurisprudencial e sociojurídica na esfera da autonomia parental, contribuindo para uma revisão na aplicabilidade das normas de responsabilidade parental que proporcione soluções harmônicas em nosso sistema jurídico e garantia de sua unidade.

Palavras Chaves: Autonomia. Filiação. Biparentalidade

ABSTRACT

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. The parental autonomy and the limits of family planning in the Brazilian legal system, 2016. 297f. Thesis (Doctoral of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

The thesis reflects the interpretation adopted in Brazil, on the exercise of autonomy in the constitution of membership. From a historical view of human behavior in the family and the relativization of the concepts and conventions in time, seeks the reason for the torque limit of the membership'system that has been criticized for growing understanding that relativize it, on behalf of the expansion of existential freedom. The partner affection and advances in biotechnology in human reproduction are often invoked by the doctrine and judicial decisions, defending the relativization of binarity and the existence of new "categories" like "multiparentality". Such relativism had become a tonic without reflections on the consequentialist paradigm, which is limited in our system. The autonomy of private relations in the Liberal State abstentionist was based on individualism, which ended causing serious imbalances in equality between the parties. In the welfare state intervening protectively, and seeks to ensure fundamental rights, autonomy slips of an individual interest to a public interest and public order and submits the individual limits that aimed at security and stability in existential relations. In this sense, the thesis has a national and foreign doctrinal basis, and jurisprudential and socio legal research in the sphere of parental autonomy, contributing to a review of the applicability of parental liability rules to provide harmonic solutions in our legal system and its unit warranty.

Key-Words: Autonomy. Membership. Dual parenting.

SUMÁRIO

Introdução..... 11

I. A Evolução da parentalidade.....19

1.1. Contextualização das convenções parentais.....19

1.2. As sociedades primitivas e a determinação cultural - o sistema dualista..... .21
1.3. A moral religiosa e sua influência.....28
1.4.Os modelos legais no Brasil e influências normativas. As Ordenações Filipinas, as Constituições do Arcebispado da Bahia e a legislação civil brasileira.....31
1.5. A criança e o adolescente – o surgimento do sujeito de direito – as dimensões do melhor interesse da criança e do adolescente na constituição e desenvolvimento do parentesco de filiação.....47
1.6. O contexto da história da família europeia e sua influência 50
1.7. A família brasileira a partir da Constituição Federal de 1988.....53

1.8.As vicissitudes da contemporaneidade e a evolução da biotecnologia – problematizações ao estabelecimento do estado de filiação.....57

II. Os fundamentos da filiação no Direito Civil Brasileiro.....69

2.1. Elementos fáticos da incidência da norma 70
2.1.1. As Técnicas de Reprodução Humana 78
2.1.1.1. Portugal e a norma sobre Procriação Medicamente Assistida...86
2.1.1.2. O Estatuto Normativo da Itália.....88
2.1.1.3. Estatuto Normativo da Espanha 90
2.1.1.4. O Brasil e a matéria da Reprodução Humana.....93
2.1.1.4.1. Normas constitucionais 99
2.1.1.4.2. Normas infraconstitucionais.....101
2.1.1.4.3. A previsão das técnicas nas presunções jurídicas de paternidade – artigo 1597 do CCB/2002 e sua reconfiguração.....104
2.1.1.4.4. Projetos de lei no Brasil para a normatização da Reprodução Medicamente Assistida.....113
2.1.1.4.5. A Resolução do Conselho Federal de Medicina no Brasi.....116

2.1.2. O modelo argentino e as categorias de filiação..... 127
2.1.2.1. A filiação como fonte das técnicas de reprodução assistida..... 128
2.1.2.2. A determinação da maternidade e as presunções..... 129

2.1.2.3. A filiação extramatrimonial e as ações de estado de filiação..... 131
2.1.2.4. A adoção na legislação argentina.....133
2.1.2.5.Aresponsabilidade parental no parentesco afim.....135
2.1.3. As dimensões do critério socioafetivo..... 137

III. Os princípios constitucionais parentais e sua densidade normativa..... 143

3.1. Os Princípios Constitucionais e sua funcionalidade na heterogeneidade da família.....143
3.2. A dignidade da pessoa humana.....150
3.3. A solidariedade familiar.....154
3.4. A convivência familiar.....156
3.5. O melhor interesse da criança e do adolescente.....159
3.6. A afetividade.....161
3.7. A parentalidade responsável.....164
3.8. A Liberdade.....166

IV. O uso da autonomia parental na realidade social e jurídica brasileira.....169

4.1. Autonomia da vontade, Autonomia Privada, Autonomia existencial/autodeterminação e as dimensões do planejamento familiar.....169
4.2. Liberdade e Família na relação parental - Intervenção Estatal e limites da autonomia na constituição e no exercícioda filiação.....172
4.3. Monoparentalidade – O projeto individual de parentalidade.....180
4.4. O *Locus* da Multiparentalidade na bdoutrina e jurisprudência brasileiras: a família "recomposta", a Adoção "poliafetiva" e a filiação "contratada".....190
4.4.1. Multiparentalidade. A família "recomposta" e a ampliação da responsabilidade no parentesco por afinidade.....196
4.4.2. A adoção "poliafetiva".....207
4.4.3. A filiação "contratada" 220
4.5. A itinerância e contradições na definição dos critérios da filiação – há cláusula geral de liberdade familiar?.....238
4.6. A interpretação da autonomia parental e a filiação qualificada.....241

V. Reflexões em torno de uma pesquisa empírica.....247

5.1. Autonomia negativa – há direito de não exercer a paternidade/maternidade? – Análise crítica de dados estatísticos.....247

Conclusão.....267

Referências.....285

INTRODUÇÃO

Baseada nas convenções da própria sociedade brasileira, que em seu contexto liberal clássico adotou valores religiosos, a legislação familiar, por muito tempo, foi pautada pela exclusão, na medida em que, não obstante a realidade se portasse diferentemente, a proteção Estatal apenas seria conferida a uma única forma de constituição familiar, definida pelo casamento.

A família, em seu modelo institucional, também carregava uma história de desigualdade entre os membros que a compunham, estabelecendo-se uma hierarquia entre o *pater* família e a sua esposa, bem como, com relação aos seus filhos.

A influência adveio também das Ordenações Filipinas, de Portugal, que mesmo durante o início do período Republicano, manteve-se vigente aqui no Brasil, até mais que em seu país de origem, retardando a evolução de novas interpretações, advindas da renovação legislativa da maioria das nações ocidentais. [1] A sociedade colonial, à época, foi de grande influência para a manutenção dos valores patriarcais.

O Direito Português, por sua vez, tinha base nos direitos Romano, Germânico e Canônico, sistemas totalmente diferentes, uma vez que o Romano era mais político do que moral e religioso; o Germânico, mais moral do que político e religioso; e o Canônico, mais religioso do que político e moral. A ele se adicionou o elemento nacional com a influência dos costumes e aspirações às populações de Portugal.

Assim, embora independente, o Brasil regeu-se até 1917, em grande parte, pelas Ordenações Filipinas, e por essa razão Pontes de Miranda assevera, que o nosso direito não nasceu de uma semente, mas de um galho que se plantou e cuja origem precisa ser conhecida, para a compreensão do Brasil-Colônia.[2]

A filiação, tema central deste trabalho, estava ligada, juridicamente, à condição dos pais estarem civilmente casados, de acordo com a primeira Codificação Civil Brasileira. Os filhos que embora de fato, fossem biológicos do "casal", apenas seriam assim considerados, se o referido casal estivesse entre si, formalmente ligado pelo casamento válido.

---

[1] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.4.

[2] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 28.

No âmbito do Direito Civil, talvez seja no Direito de Família e Sucessões onde mais vislumbramos a manutenção das tradições não mais condizentes com a realidade social brasileira, talvez por exigir do particular uma mudança de valores e de concepção quanto a sua própria existência e até mesmo sua própria ideologia de vida.

A liberdade individual nas relações subjetivas, portanto, era um valor que deveria ser esquecido em nome da tradição da sociedade da época, fortemente influenciada também, pelos valores religiosos da Igreja Católica, que penitenciava e punia os fiéis pecadores que infringissem os mandamentos da fidelidade, deixando de reconhecer quaisquer efeitos benéficos para os frutos advindos das relações extramatrimoniais, e mesmo, sobre tais relações.

O indivíduo tornava-se invisível quando inserido em um seio familiar, e apenas a instituição era valorizada, desde que houvesse sido composta dentro dos critérios pré-estabelecidos pela ordem social, com forte influência da moral religiosa.

Com o contexto político e social do Estado Democrático de Direito, embora o valor da liberdade humana tenha sido alçado a um mandamento Constitucional imperativo, o fato é que, tal conceito, na esfera existencial sofreu várias adaptações, máxime nas relações privadas como um todo, a ela incorporando-se denominações como a da autonomia privada, moldada pelo cuidado no equilíbrio e na igualdade das partes em relação, considerando-se a sua desigualdade material.

Nessa esfera, portanto, os modelos perdem a importância diante da própria condição humana, passando a família a ser um *locus* ao desenvolvimento da personalidade e construção da felicidade de cada um de seus membros.

Não obstante os contornos criados para a autonomia privada em geral no Direito Civil, o fato é que, no âmbito existencial, tal autonomia vem obtendo, na jurisprudência e nos estudos doutrinários, e também em políticas públicas implementadas e regulamentações deontológicas, um sentido próprio e contrário aos preceitos de nosso sistema jurídico, uma vez que reconhecem uma "plena" liberdade de disposição e renúncia.

A base valorativa da liberdade existencial vem distinguindo-se do exercício de outras esferas de liberdade privada, principalmente em razão de sua peculiaridade íntima com os valores da própria existência humana, voltada à primazia do bem estar das pessoas e não dos grupos que as mesmas compõem, dentre eles a própria família, mas nas interpretações configuradas na realidade social, confunde-se com a

possibilidade de um individualismo exacerbado. É preciso reconhecer que a base da liberdade existencial distancia-se e se distingue dos conceitos atribuídos no passado, a partir da justificativa histórica da dinâmica dos valores e de sua necessária consideração para a solução dos conflitos que são detectados na atualidade, mas não autoriza a estipulação, modificação ou extinção de direitos e deveres outros, que não tenham sido definidos por norma legal, ou diferentemente destas.

Em recente entrevista concedida ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, Luiz Edson Fachin[3] alertou sobre o importante papel da jurisprudência na atualidade, de ressignificação e atualização das leis, sem que haja minimização do papel do legislador de seu tempo, possibilitando a regulação pela força construtiva dos fatos a partir da realidade social. Contudo, no Brasil, continua o insigne jurista, falta-nos coesão quando da captação pelo Direito, que possa trazer uma unidade desejável para uma segurança jurídica substancial.

Assim, a necessária atualização concreta das normas jurídicas, não pode deixar de buscar a sua fundamentação normativa legal, por meio de técnicas que sejam razoáveis à solução do conflito familiar, que por sua vez pode envolver a colisão de direitos fundamentais ou não.

Por outro lado, não pode deixar de reconhecer a existência de uma realidade social complexa e que requer o manejo adequado dos institutos pelo intérprete, para fins de legitimação e incidência normativa. A tensão entre a busca de uma solução justa, mas que garanta a segurança jurídica mínima aos sujeitos da relação, máxime quando estivermos falando de sujeitos de direitos hipossuficientes, como a criança e o adolescente.

A "jurisprudência" brasileira, aqui adotando a crítica do professor Fachin, na esfera familiar, vem fragilizando determinados institutos, na medida em que não apresenta coesão e harmonia em suas fundamentações.

A estratégia da interpretação principiológica das normas Constitucionais será fundamental para alcançar novos significados dos fatos provenientes dos conflitos familiares, contudo o seu conteúdo aberto e relativo, ao mesmo tempo em que facilita a resolução dos conflitos e uma maior adequação aos valores da sociedade, pode permitir uma ampla, contraditória e equivocada utilização pelo julgador. Há que se considerar a relativização de determinados padrões culturais da

[3] FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência *In:* **IBDFAM Revista**, edição 11, 2014, p. 5.

família nas relações parentais, sem prejuízo de uma crítica na atuação "jurisprudencial", que coloca em risco a legitimação de decisões que podem ocorrer fora dos parâmetros pré-fixados ou limites interpretativos. O que praticamente se observa na atualidade em inúmeras decisões é uma pauta aberta a uma espécie de "Cláusula Geral de Família", com permissão do que poderíamos chamar de autonomia da vontade e não autonomia privada, nos moldes atuais.

Há um critério dominante abstrato a ser considerado para a definição do estado de filiação, se partirmos de uma concepção tópica do raciocínio jurídico. Assim, a mutação da concepção de filiação da legitimação pelo casamento para o reconhecimento por meio da origem biológica (DNA) e socioafetiva (convivência familiar), admite uma permanente construção do conceito, mas não sem a noção de um consenso da sociedade.[4]

Atienza lembra, ao analisar a tópica em Theodor Viehweg, que o estilo do jurista romano se baseava na proposição de um problema para o qual se tratava de encontrar argumentos, e não na elaboração de um sistema conceitual. Atualmente a jurisprudência brasileira em matéria de filiação tem se aproximado dessa tópica dos antigos romanos, tratando casuisticamente o conceito relacional de filiação.

Na busca da conciliação de valores da equidade e segurança jurídica, temos que nos indagar sobre as razões para a autorização da mudança estrutural do estado de filiação, já que não podemos negar os elementos reais (gestação, DNA, nascimento) e ainda considerar outros elementos ideais (convivência familiar e afetividade).

A biparentalidade como limite nos arranjos parentais não se trata de uma redução lógica e puramente formal, mas sim um arranjo pautado em uma racionalidade prática, que também incorpora elementos de natureza política e moral. (*grifo nosso*).

Para Alexy, o direito possui uma dimensão ideal necessária e um sistema caracteriza-se como jurídico e normativo, quando formula, explícita ou implicitamente, uma pretensão à correção. Na definição do direito haveria três

[4] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino, Editora Landy. p. 47.

elementos clássicos indispensáveis, quais sejam: a legalidade, a eficácia social e a correção material.[5]

O que procuraremos ressaltar na presente tese é justamente a necessidade de um sistema ideal de parentesco, onde a sociedade possa pautar-se, sem prejuízo do reconhecimento de seu aspecto dinâmico. O que Manuel Atienza[6] chama de uma Teoria Geral do Direito, que acomode a perspectiva da teoria padrão estrutural do Direito e a perspectiva procedimental.

Nesse sentido, há um grande dilema na consideração da autonomia em um contexto de Estado Democrático de Direito, em que o valor da liberdade encontra-se ressaltado. Na esfera da relação parental, a base ideológica jurídica de nosso sistema infere responsabilidade, limite e forte intervenção protetiva Estatal. Embora haja respeito a algum parâmetro de autodeterminação, quando o *status* relacional envolve criança e adolescente, não há autonomia da vontade. A busca de uma perspectiva realista, que considere aspectos procedimentais da sociedade, como as técnicas de reprodução humana como meio hábil para o projeto parental também não pode ser desconsiderada, desde que a sua utilização não sacrifique qualquer elemento essencial considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral.

Por outro lado, é importante que o argumento seja construído com o cuidado de não incorrer em julgamentos puramente morais, que tendem a uma análise estática e não dinâmica do direito. (*grifo nosso*)

Em que pese o dissenso estabelecido entre as Escolas de interpretação na atualidade, bem definidas pelo afastamento ou não do critério de subsunção às regras na aplicação do direito, a fim de que estas sejam lidas e interpretadas conforme orientação principiológica, hierarquicamente superior, na ponderação de interesses juridicamente reconhecidos, o fato é que esta só ocorrerá necessariamente, quando nos depararmos com a colisão de direitos fundamentais a serem observados no conflito e, portanto, na ausência de regra que se apresente em conformidade com o sistema jurídico. (*grifo nosso*)

---

[5] ALEXY, Robert. **O conceito e validade do Direito**. Trad.: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Editora: Martins Fontes. São Paulo, 2009, p. 152.

[6] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**, Cit., Trad.: Maria Cristina Guimarães Cupertino, Editora Landy. p. 224.

Nesse sentido, Marcelo Neves[7] pontua, que as regras, na sua vinculação mais direta à situação concreta, são pouco adequadas a absorver a alta complexidade dos chamados "casos difíceis", razão pela qual precisam ser balizadas por Princípios. Nessa medida, o autor não reconhece hierarquia linear entre Princípios e regras, mas estas precisam do balizamento daqueles em determinadas situações, mantendo a valoração das regras.

No mérito, a base teórica dessa tese mantém-se nos critérios da responsabilidade nas relações familiares, tão bem delineados por Paulo Lobo[8], em sua análise sobre as dimensões de seus efeitos, não apenas no passado, como também no futuro:

> A experiência democrática contemporânea operou a interdependência entre liberdade e responsabilidade, ao contrário da disjunção liberal. Ou seja, não há liberdade sem responsabilidade, nem esta sem aquela. Em outras palavras, quanto mais liberdade se conquista, com redução consequente do *quantum* despótico, mais responsabilidade se impõe a quem exerce aquela. A liberdade das famílias contemporâneas, assegurada pelo direito, encontra sentido e legitimidade na ética da responsabilidade.

A problematização da presente tese encerra-se nas incertezas quanto à qualificação do estado de filiação, colhidas de decisões de Tribunais e de politicas públicas que, por vezes, são díspares e incongruentes em sua argumentação, resultando em contraposições ao propósito estabelecido pelo sistema jurídico Brasileiro.

Além disso, as decisões judiciais e atos administrativos que configuram propostas mais libertárias e supostamente progressistas, tidas como de "vanguarda" encontram-se comprometidos em sua validade, em flagrante atuação *contra-legem*. Ao lado de tantos fatos sociais, a doutrina na área jurídica termina por uniformizar um discurso libertário sem maiores reflexões e aprofundamento nos meandros da Teoria do Direito e seu fundamento, assumindo um papel muito mais político e ideológico do que propriamente jurídico. Essa é uma postura que pode se verificar em muitas áreas, mas se potencializa na referência dos denominados direitos existenciais. (*grifo nosso*)

---

[7] NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules; princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. xx.

[8] LOBO, Paulo. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade.** http://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade, acesso em 18 de novembro de 2015.

Assim ocorre com a relação de filiação em face da maternidade. Sobre o fato natural do nascimento, insurge-se a incidência da norma na conceituação do vínculo materno-filial entre a gestante e a criança, vínculo este sujeito à produção de seus efeitos jurídicos, dentre os quais os deveres decorrentes do poder familiar e sua irrenunciabilidade. Trata-se de norma estruturante, cujos efeitos não podem ser afastados pelo contrato, como vem se estabelecendo na realidade, nos denominados contratos de "gestação sub-rogada."

Identificados os problemas que surgem na realidade social referente à definição do estado de filiação, procuraremos as respostas no nosso ordenamento jurídico vigente, procurando manter a unidade do modelo jurídico Brasileiro.

Firmada nesse marco teórico, iniciaremos no primeiro capítulo com o resgate de algumas das teorias quanto à evolução da parentalidade da filiação, de origem antropológica, sem prejuízo de considerarmos outras influências teóricas e vicissitudes históricas, que demonstram o caráter mutável de sua concepção. A busca de razões que ensejaram comportamentos no passado parece ser uma tônica indispensável ao pesquisador, visando justificar e legitimar no presente, as orientações que se pretende defender quanto ao comportamento humano.

No segundo capítulo, refletiremos sobre os pressupostos fáticos ensejadores ao estado de filiação, e a incidência normativa conforme a Constituição, explorando os principais fatores que problematizam o critério biológico e o critério socioafetivo na realidade social, na esfera da reprodução medicamente assistida e da família recomposta. Nesse contexto, visitaremos três das legislações dos Estados europeus e seus limites legais no uso das técnicas de reprodução humana.

No terceiro capítulo, nos deteremos nas normas principiológicas voltadas ao parentesco de filiação, buscando densificar o seu conteúdo, com base nos elementos estruturantes das regras e no contexto histórico-evolutivo apresentado. Assim, o destaque será voltado aos Princípios da solidariedade familiar, convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente, a afetividade e a paternidade responsável.

No quarto Capítulo, nos aprofundaremos na temática central da presente tese, refletindo sobre a evolução da autonomia no sistema jurídico Brasileiro e as dimensões da liberdade de planejamento familiar em torno das problematizações da realidade social, identificando os limites estabelecidos pela ordem jurídica. Para tanto identificamos no uso da realidade jurídica jurisprudencial e doutrinária, o tratamento

que vem sendo dado à autonomia parental, na monoparentalidade e na denominada "multiparentalidade". Nesta, identificamos o tratamento nas situações jurídicas da adoção, da família recomposta e da filiação "contratada" (obtida por meio das técnicas de reprodução humana assistida), estabelecendo crítica e sugerindo ao final a interpretação adequada ao sentido estabelecido pelo Sitema Jurísidico Brasileiro.

No quinto e último capítulo, e para corroborar a crítica ao sentido da autonomia parental utilizada, trazemos à reflexão, dados obtidos de uma pesquisa empírica em torno da autonomia da gestante na entrega de seu filho em adoção (autonomia negativa).

Propomos como direcionamento à conclusão, revisar a interpretação utilizada, confrontando-a com o sentido estabelecido pela norma jurídica em nosso sistema, sugerindo o redirecionamento das interpretações, sob o critério da responsabilidade, solidariedade familiar e proteção integral da criança e do adolescente, demonstrando a superação dos problemas identificados na realidade social e decisões judiciais por meio de critérios de harmonização na responsabilidade parental e na qualificação do estado de filiação, identificando a verdade jurídica em nosso modelo legal.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA PARENTALIDADE

Resumo: 1.1.Contextualização das convenções parentais; 1.2.As sociedades primitivas e a determinação cultural – o sistema dualista; 1.3.A moral religiosa e sua influência; 1.4.Os modelos legais no Brasil. As Ordenações Filipinas, Constituições do Arcebispado da Bahia e a legislação civil brasileira; 1.5. A criança e o adolescente – o surgimento do sujeito de direito - as dimensões do melhor interesse da criança e do adolescente na constituição e desenvolvimento do parentesco de filiação; 1.6. O contexto da história da família europeia e sua influência; 1.7. A família brasileira a partir da Constituição Federal de 1988; e 1.8. As vicissitudes da contemporaneidade e a evolução da biotecnologia.

1.1. Contextualização das convenções parentais

Tratando as perspectivas da racionalidade jurídica contemporânea, Margarida Lacombe[9] parte do parâmetro da mudança de paradigma no âmbito da dogmática jurídica, a partir de meados do século XX, e destaca a abrangência desta com relação à prestação jurisdicional do Estado na aplicação do direito.

Para a construção de uma justificativa que nos permita aceitar a relativização dos modelos parentais na atualidade, partimos de uma indagação muito primária: no que consiste a aplicação do direito? De certo, não consiste apenas em um olhar voltado à abstração do texto legal, enquanto principal fonte em nosso sistema romano-germânico, mas também em um olhar comprometido para o fato conflituoso que se apresenta para ser solucionado, sendo esta, a forma que melhor atenderia ao objetivo da concretização do direito. A hermenêutica, portanto, no dizer da eminente jurista, é prática e concreta.

A inegabilidade dos pontos de partida e a decidibilidade dos conflitos tão bem trabalhados por Tércio Ferraz[10], não devem ser desconsideradas nesta perspectiva. Assim, embora a ciência dogmática do direito dependa do princípio da inegabilidade dos pontos de partida (o direito positivo posto e positivado pelo poder), não se reduz a este, pois não trabalha com certezas, mas sim com as incertezas dos conflitos na vida social.

Essa tensão tão bem identificada para a busca do significado do direito, que se estabelece entre os pressupostos da ordem e segurança e da justiça e equidade, ou

---

[9] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**, 3ª Ed., Rio de janeiro: Renovar, 2003, p. 250.

[10] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação,** 5ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 325.

seja, entre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, reclama padrões de justiça concreta e maior participação política.[11]

Mas ainda restaria uma dúvida: quais as premissas que devem ser consideradas para o reconhecimento de valores a serem observados para a solução de determinado conflito?

Bobbio[12] destaca que há três modos de se fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivo constante; considerá-los como verdades evidentes em si mesmas; e a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso).

Assim, tão logo submetemos valores, proclamados como evidentes, à verificação histórica, percebemos que aquilo que foi considerado evidente para alguns, num dado momento, não é mais considerado como evidente por outros, em outro momento. À exemplo, *a propriedade era sagrada e inviolável* aos autores da Declaração de 1789.

A base do consenso explica que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito, e sendo um fundamento histórico, não pode ser absoluto.

Destaca ainda Bobbio[13] que:

> ... a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. Este documento existe e foi aprovado por 48 Estados em 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas e pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vivem na terra. Assim, o seu conteúdo, além de universal, na medida em que os destinatários independem do estado a que pertencem, é positiva, no sentido de que põe em movimento um processo cuja finalidade é a proteção dos direitos já proclamados, se necessário em face do próprio Estado, se este os houver violado.

Essa base interpretativa, consubstanciada na hermenêutica jurisprudencial, permite-nos considerar a natureza dialética na formação da norma jurídica, o que influenciará a conclusão desse trabalho, na análise das mudanças de concepções de filiação, historicamente consideradas pelo Direito Brasileiro, e a necessidade de revisão de limites impostos por textos normativos, que não mais se coadunam com o

---

[11] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**, Cit., 2003, p. 252.
[12] BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**/Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.
[13] BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**, Cit., 1992, p.28.

sentido da norma jurídica a ser alcançada, tendo por base os novos valores e práticas da sociedade contemporânea, porém sem perder de vista a lógica sistêmica, e as respostas que esta oferece.

1.2. As sociedades primitivas e a determinação cultural - o sistema dualista

As visões antropológicas familiares mais visitadas pelos agentes da área jurídica são norteadas por Lévi-Strauss e Engels.[14]

No sistema dualista identificado por Lévi-Strauss, a descendência na maioria das vezes é matrilinear. Neste, os membros da comunidade – tribo ou aldeia – são distribuídos em duas divisões, que mantêm relações complexas, da hostilidade à intimidade, onde estão associadas diversas formas de rivalidade e de cooperação. Tais metades, frequentemente são exogâmicas, ou seja, os homens de uma metade só podem escolher mulheres da outra e reciprocamente.[15]

O sistema organiza a reciprocidade, segundo o autor, e oferece o caráter funcional em uma coletividade. Na organização dualista os indivíduos se definem uns com relação aos outros, essencialmente segundo pertençam ou não pertençam à mesma metade. Um único termo reunirá a mãe e suas irmãs, assim como na linha masculina, um único termo definirá o pai e seus irmãos. Trata-se de um postulado na origem do sistema classificatório de parentesco. Por essa razão, a filiação será sempre unilateral. Tal sistema de metades evita sempre o incesto, senão de forma total, parcialmente eficaz.

Já o sistema de casamento entre primos cruzados, embora existissem em numeráveis grupos, e também tivesse valor funcional da reciprocidade, não tinha o caráter mais universal que o sistema dualista.

Os grupos de parentesco, classificados como clãs, fratrias e metades, apresentavam uma diferença de natureza com relação à família. Esta reconhecia a filiação pela linha materna assim como pela linha paterna, enquanto o clã e a metade só levam em conta o parentesco segundo uma única linha (matrilinear ou patrilinear).

---

[14]FRIEDICH, Engels. **A origem da família, da propriedade privada e do estado –** trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan, 10 ed., (Trad.) Leandro Konder, Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 1985, *passim*
LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco**; tradução da Mariano Ferreira, Petrópolis:Vozes, 1982, p. 108.

Assim, em um regime matrilinear não há reconhecimento de qualquer vínculo social do filho com o seu pai, que será um "estranho", "mero visitante e vice versa em um sistema patrilinear com relação à mãe".[16] Contudo, mesmo nessas sociedades unilineares, há um lugar reservado ao outro e que esse caráter é mais aparente do que real.

Em razão disso, Lévi-Strauss conclui que as sociedades rigorosamente unilineares, se existirem, são exceção, pois o bilinearismo oferece, ao contrário, entre as modalidades mais diversas, uma fórmula de extrema generalidade. Contudo o autor reconhece apenas que nas sociedades humanas existe um laço, quando não jurídico, ao menos psicológico e sentimental entre a criança e cada um de seus pais, traduzidos em hábitos espontâneos. Em verdade o autor diferencia o rigoroso bilinearismo do que ele denomina de *Sistemas de filiação indiferenciada*, onde o reconhecimento das duas linhagens significa que são ambas aptas a desempenharem o mesmo papel na transmissão dos mesmos direitos e obrigações (nome, estado social, bens), de forma simultânea ou indiferentemente de um ou de outra.
333

Não há parede estanque entre a filiação unilinear, a filiação bilinear e a filiação indiferenciada. O fato é que a nossa sociedade caminhou muito nessa última direção.

As três estruturas elementares, bilateral, matrilateral e patrilateral, na amostra colhida pelo antropólogo, estão sempre presentes no espírito humano, ao menos de forma inconsciente, e estão sempre sujeitas à troca, não podendo se pensar uma sem que se pense em sua oposição. O fato é que o casamento bilateral, e consequentemente a filiação, seria capaz de apresentar soluções globais e não um conjunto de soluções parciais. A troca por sua vez, pode ser fechada (quando o casamento deve observar classes determinadas ou graus preferenciais), aberta (quando a regra da exogamia reduz-se a um conjunto de estipulações negativas, deixando a escolha livre além dos graus proibidos) ou ainda pode ser caucionada por uma espécie de hipoteca em categorias reservadas (classes ou graus), e por fim pode repousar em uma garantia mais larga e de caráter financeiro, como no caso do incesto simples, como é encontrada em nossa sociedade.[17]Os sentimentos só se tornam

---

[16] LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco**; tradução da Mariano Ferreira, Petrópolis:Vozes, 1982, 142.

[17] LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco**; tradução da Mariano Ferreira, Petrópolis:Vozes, 1982, p. 519.

incompatíveis entre irmãos, por motivo do papel cultural que a família biológica é levada a desempenhar e não em razão da própria natureza.[18]

As visões registram as mudanças de valores na humanidade no exercício da sexualidade e na definição do parentesco como critério restritivo aos laços familiares, bem como seus efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes das convenções sociais.

O desenvolvimento da família em sua organização social, máxime nas sociedades ocidentais, ocorre paralelamente aos progressos obtidos na produção dos meios de subsistência.

Registre-se também na família, enquanto fenômeno cultural, a descrição feita por Friedrich Engels[19]. No estado primitivo das civilizações, o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Com isso, a mulher, que mantinha relacionamento sexual com vários homens de sua tribo, no exercício da maternidade biológica era sempre conhecida, mas o pai não, o que efetivamente originou laços de parentesco unilaterais, fortalecendo o caráter matriarcal do parentesco e da família, posto que a criança ficava sempre ao lado da mãe, que a alimentava e a educava. A organização do matriarcado identificava bem o que hoje podemos chamar de monoparentalidade. Contudo, o fenômeno se dava pela absoluta incerteza da paternidade, seja pela multiplicidade das relações, seja pela ausência óbvia de métodos científicos que pudessem aferir a paternidade, bem como pela definição dos papéis a serem exercidos pelo homem e pela mulher.

Posteriormente, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural, levaram os homens a procurarem mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo. Esta seria uma primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse sentido, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, na maioria das civilizações que mantinham o caráter de poligamia, como algumas até a presente data. A monogamia, então, enquanto vetor de organização social desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno, e consequentemente ampliando-se o caráter unilateral do parentesco da filiação, legitimando a biparentalidade, pela exclusividade da relação entre os genitores.

---

[18] LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco**., Cit., 1982, p.526.

[19] Friedrich, Engels. **A origem da família, da propriedade privada e do estado –** trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan, 10 ed., (Trad.) Leandro Konder, Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 1985, *passim.*

Não apenas a consanguinidade, mas também as convenções culturais serviram de fundamento para o estabelecimento de sistemas de parentesco em diversos grupos sociais na evolução para a civilização. No exemplo de convenções que se afastam dos critérios naturais estabelecidos no tratamento da filiação, Morgan, citado por Engels[20], refere-se à chamada *família sindiásmica*, onde o iroquês (*senekas*-iroqueses do Estado de NY) masculino não somente chamava filhos e filhas aos seus próprios, mas ainda aos de seus irmãos, os quais, por sua vez, os chamavam de pai. Já os filhos de suas irmãs eram tratados como sobrinhos ou sobrinhas. Essa construção era inversa para a iroquesa. São ideias que servem de base a um sistema de parentesco inteiramente elaborado e capaz de expressar centenas de diferentes relações de parentesco de um mesmo indivíduo.

O interesse na denominação do parentesco através da atribuição da condição de "pai", "filho", "irmão", entre outros, não reside apenas em sua adjetivação ou na escolha de títulos, mas na definição de deveres recíprocos e definidos no regime social dos povos.

Assim, nos diversos agrupamentos outrora existentes, cujo circulo era muito amplo em sua origem, pouco a pouco vai se estreitando até abranger, exclusivamente, o casal. Portanto, na fase primitiva, onde imperava no seio da tribo a relação sexual sem barreiras (a mulher pertencia igualmente a todos os homens e o homem a todas as mulheres), saímos de um parentesco unilateral (definido pelo matriarcado), em razão da impossibilidade de definição da paternidade.

Até chegarmos à família monogâmica, o trajeto dos costumes estabeleceu diversas convenções como a proibição do incesto. Na evolução, podemos indicar as seguintes: a família consanguínea, a família punaluana e a sindiásmica, acima mencionadas.

Na família consanguínea a classificação dos grupos conjugais se dá por gerações. Nesta, apenas os ascendentes e descendentes estão excluídos dos deveres matrimoniais, mas os irmãos e irmãs, primos e primas, são todos entre si também, maridos e mulheres. O que atualmente registramos como proibição através dos impedimentos, antes se constituía em obrigação, que aos poucos foi se dissipando.

---

[20] Friedrich, Engels. **A origem da família, da propriedade privada e do estado –** trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan, 2012, p.45.

A família punaluana registra o segundo progresso que seria a exclusão de irmão da obrigação matrimonial. O seu traço característico e essencial era a comunidade recíproca de maridos e mulheres no seio de um determinado círculo familiar, onde inicialmente foram excluídos os irmãos carnais e posteriormente os demais. De qualquer forma no matrimônio por grupos a descendência só podia ser estabelecida ao lado materno, se reconhecendo tão somente a linhagem feminina. Uma vez proibidas as relações sexuais entre todos os irmãos e irmãs, por linha materna, o grupo se transforma em uma *gens*, isto é, constitui-se num circulo fechado de parentes consanguíneos que não podem casar uns com os outros.

As uniões por grupos foram paulatinamente substituídas pela família sindiásmica. Aqui um homem vive com uma mulher, mas de maneira tal que a poligamia e a infidelidade ocasional continuam enquanto direito dos homens, embora, por razões econômicas, a poligamia fosse pouco observada. Ao mesmo tempo exige-se a mais rigorosa fidelidade da mulher, enquanto dure a vida em comum, sob pena de cruéis castigos.

Na medida em que se iniciou o aumento da riqueza, o homem passou a ocupar um papel mais importante na família, antes destinado a mãe pela certeza de sua descendência. Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, que foram substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno. O desmoronamento do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino no mundo.

Na família romana de caracterização patriarcal, o chefe mantinha sob o seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, daí a expressão *famulus*, que significa o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem.

A origem da monogamia, portanto, pouco tem a ver com o amor sexual individual. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas e no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva. Baseia-se no predomínio do homem e a sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível, razão esta primeira para garantir a qualidade de herdeiros diretos com relação aos filhos, que um dia ingressariam na posse dos bens de seu pai. Aqui, diferentemente da sindiásmica, os laços conjugais já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes, mas somente pelo homem em repúdio de sua mulher.

A convenção de que a filiação seria proveniente exclusivamente do casal, unidos monogamicamente, impulsiona a ideia da biparentalidade, pela linha paterna e pela linha materna, certifica a legitimação para a transmissão sucessória do patrimônio familiar, garantindo a continuidade social e sustento de gerações.

Malinowski[21] distingue enquanto corpo das principais realizações culturais do homem, a posse material, a linguagem como meio de comunicação, a organização social e os sistemas espirituais. Seriam todos valores de caráter adquirido, posto que não existe neles nenhum elemento inato, que é o que fortemente diferencia o mundo da cultura do mundo dos instintos.

Assim, os arranjos familiares acima identificados provieram da cultura e o seu fundamento essencial repousa em uma profunda modificação da dotação inata, pela qual a maior parte dos instintos desaparecem, podendo ser substituídas, no dizer de Malinovsky,[22] em tendências plásticas, embora dirigidas, que podem ser moldadas em respostas culturais.

Nessa construção residem também as convenções paterno-filiais. Fora do mundo da cultura, poderíamos de inicio atribuir à maternidade, em razão da prenhez e do nascimento, uma definição biológica. Contudo, atribuir unicamente essa concepção é desconsiderar a possibilidade de que fatores culturais influenciem na sua determinação. Tanto assim, que diferentemente dos animais, que atuam pelos seus instintos, a mãe humana, desde a concepção tem de observar tabus e seguir certos costumes de regras higiênicas e morais. Seus deveres superpõem-se aos seus sentimentos. Tais regras, não são diferentes para o pai que acompanha o processo da maternidade, na espera do nascimento de seu filho, se imbuindo dos mesmos cuidados e responsabilidades que a mãe.

Ou seja, a tradição e a lei moral decretam que o grupo constituído por uma mulher e seu filho não seria uma unidade sociologicamente completa. A biparentalidade nesse aspecto encontra total justificativa, no sentido de ser o mínimo a ser assegurado na organização social primária da família, mas seria o máximo?

---

[21] MALINOVSKY, Bronislaw. **Sexo & Repressão na Sociedade Selvagem**. Petrópolis, Vozes, 1973, p. 161.

[22] MALINOVSKY, Bronislaw. **Sexo & Repressão na Sociedade Selvagem**, Cit., 1973, p. 163

No entendimento de Sílvio Venosa[23], a família deve ser entendida como entidade orgânica e sendo assim, deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico, antes de o ser como fenômeno jurídico.

No mesmo espírito de produção de riquezas o povo brasileiro foi gerado. Os europeus que aqui chegaram, em troca de mão de obra escrava do índio para a exploração do pau Brasil, ofereciam-lhe ferramentas e os índios, por sua vez, para obterem a mercadoria, ofereciam uma moça índia para acasalar. Assim, foi através desse costume, denominado de cunhadismo (velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade), que o povo mestiço, nascido dessa união foi formado: nós os brasileiros.[24] Essa foi a instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro.

O cunhadismo, tornando-se generalizado entre vários povos, não apenas os Portugueses, mas também os Franceses e Espanhóis, que gerava o povo mestiço, passou a ser uma preocupação da Coroa Portuguesa, que se viu na iminência de perder o domínio da povoação, razão pela qual instituiu o regime das donatarias. Nestas, faixas de terra eram distribuídas a grandes senhores, agregados ao trono e com riquezas próprias para a colonização, e findaram por constituir verdadeiras províncias. A partir daí, o índio já não era um parente, mas mão de obra recrutável.

Contudo, a Coroa Portuguesa, descontente com a sorte variada das donatarias, instituiu um Governo Geral, sendo o primeiro instalado na Bahia e como não vieram mulheres solteiras, mas grande quantidade de homens com atividades profissionais diversas, estes passaram a se acasalar com as índias, produzindo mais mamelucos.

Em Pernambuco especificamente, havia muitas filhas de homens brancos com índias da terra, que ingressaram na história do Brasil como suas mães primárias.

E de certo, com a influência Europeia e também do processo de evangelização dos Jesuítas, a família brasileira, desde a colônia, foi se calcando em um modelo ditado pela economia de produção, exercendo uma função religiosa, econômica, política e procriacional e, portanto, assumindo um papel de exclusão de legitimidade de quaisquer outras relações que não adviessem do matrimônio, como modelo ideal eleito pela sociedade burguesa e católica da época.[25]

---

[23]VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**, São Paulo: Atlas, v. 5, 2001, p. 16 - 20.
[24]RIBEIRO, Darcy, **O povo brasileiro**. . São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 72.
[25]LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02

1.3 A moral religiosa e sua influência

Segundo Coulanges[26], há uma estreita relação entre as velhas crenças e a constituição da família grega e romana. Embora não tenha sido a religião a criar a família, certamente lhe conferiu normas que a fundamentam. Assim, a compreensão das crenças, envolve a compreensão da constituição da família grega e romana.

Entre os antigos, gregos e romanos, a religião se iniciou através do culto doméstico, reverenciado pelo fogo e por rituais. Mais tarde, com o avanço da humanidade, se adquiriu o hábito de imaginar os Deuses como pessoas, conferindo-se nomes próprios e forma humana.

O culto aos mortos gerou a ideia de perpetuidade da família. Havia o interesse de se deixar filhos, que seria uma condição para se garantir uma imortalidade feliz, por meio do ritual fúnebre. O celibato então era prática condenada, por não permitir essa perpetuidade e o casamento era obrigatório e tinha a finalidade de unir dois seres em um único culto doméstico. Não podendo extinguir-se, de forma que todo o afeto e todo o direito natural deviam render-se a essa regra absoluta.[27] Na correlação, a esterilidade era causa para o divórcio, a impotência ou morte prematura reclamava a substituição do marido por um parente e a adoção servia como recurso a essa perpetuação.

A religião doméstica também constituía o parentesco (*Agnatio*). À medida que a velha religião se enfraquecia, a voz do sangue falava mais alto e o parentesco pelo nascimento foi reconhecido pelo direito, após longa disputa em relação ao parentesco pelo culto (*Cognatio*).

O Direito Romano marcou de forma expressiva o Direito de Família. Os conceitos de família e filiação eram alicerçados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do *pater*, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Esses conceitos incorporaram-se ao antigo Código Civil Brasileiro, sendo que ainda hoje se percebem a sua influência e seus resquícios na legislação vigente.

No Brasil, a grande influência para a formação da família brasileira, não teve origem apenas na descendência Europeia, mas também na doutrinação dos Jesuítas.

---

[26] COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo. Martin Claret, 2009, p. 43
[27] COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, Cit., 2009, p. 63

Os índios, inicialmente, como bem relata Ribeiro, *perceberam a chegada do europeu como um acontecimento espantoso só assimilável em sua visão mítica do mundo. Seriam gente de seu deus sol, o criador (Maíra), que vinham milagrosamente sobre as ondas do mar grosso.*

Mas essa visão idílica se dissipa mais tarde, tornando-se contrária, com a destruição das bases da vida social indígena. Assombrados e fragilizados, foram submetidos à pregação missionária, com o objetivo de assumirem a culpa pelo seu "flagelo". A cristandade surgia para conformar os índios de que as enfermidades e a falência social que os acometia, era fruto de sua culpa e constituía-se em punição de seus pecados. Alguns povos ainda tentaram fugir do convívio com o branco, fosse da cristandade missionária, fosse da pecaminosidade colonial, mas em cada nova geração havia quem se sentisse atraído irresistivelmente, pelas ferramentas e adornos trazidos.[28]

Visando concretizar o plano de colonização proposto por Padre Nóbrega em 1558 (documento mais expressivo da política indigenista jesuítico-lusitana), Men de Sá assumia o papel de subjugar a população aborígene para escravizá-la ou colocá-la em mãos dos missionários.[29] A função principal dos Jesuítas foi minar a lealdade étnica dos índios, apelando para o seu espírito religioso, para fazê-los desgarrar-se das tribos e aderirem às missões, sendo grande a sua responsabilidade pela dizimação do povo indígena.

Com o Governo Geral instalado pela Coroa Portuguesa após o Regime de Donatarias, surgiu o povo mameluco, fruto do acasalamento de portugueses com índias da terra, e as filhas, especificamente, para alcançarem o status de gente digna, passaram a ser fiéis de santos católicos em resposta à conversão buscada pelos Padres. Futuramente as implantadoras do catolicismo popular santeiro.

O processo de evangelização, portanto, submete futuramente o povo brasileiro, que se originou pelo cunhadismo (com função de inserção civilizatória), conforme acima mencionado, às rédeas do direito canônico para o estabelecimento de sua base familiar.

O Direito Canônico, diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo. A partir desse momento só se instituíam famílias através de cerimônia religiosa. O cristianismo que, por razões de conveniência política em

[28]RIBEIRO, Darcy, **O povo brasileiro**, Cit., 2006, p. 38-9
[29]RIBEIRO, Darcy, **O povo brasileiro**, Cit., 2006, p.65

Roma terminou se classificando em apostólico que sujeitava a um poder de comando; e o agnóstico que, ao contrário, pregava a doutrina independentemente de comando. Os cristãos agnósticos foram levados ao sacrifício sob várias pechas.

O Direito Canônico constituindo-se em lei estabelecida pela Igreja Católica Apostólica Romana tinha vigência na esfera familiar, antes da separação entre a Igreja e o Estado. Com a reforma protestantista, contudo, houve a retomada dos cânones Romanos, mas o Concílio de Trento reafirmou o caráter sacramental do casamento e não apenas contratual, reconhecendo a competência exclusiva da Igreja e das autoridades Eclesiásticas em tudo que se relacionasse ao casamento.[30]

Rodrigo da Cunha Pereira[31] ressalta que o casamento sofreu uma grande variação em sua essência, pois o cristianismo elevou o casamento a sacramento. "*O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel".* O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças.

Com o fortalecimento do poder espiritual, a Igreja começou a interferir de forma decisiva nos desígnios familiares. De acordo com Caio Mário, a partir desse momento a Igreja passou a empenhar-se em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar, como a sua "dissolubilidade", inadmitida pelo caráter espiritual e irreversível da relação matrimonial, assim como o aborto, o adultério e principalmente o concubinato.[32]

Nessa fase, as mulheres deixaram de ser raras, como outrora, mas por outro lado, a supremacia do casamento fez com que o adultério fosse abominado pela sociedade, sendo praticado de forma discreta apenas pelo homem, como era socialmente aceito, que por sua vez mantinham suas concubinas escondidas da família e da sociedade.

Na Grécia existia um machismo muito evidente, aos olhos da atualidade e o catolicismo fortaleceu a autoridade do homem, dentro da célula familiar, tornando-o chefe absoluto. Nesse sentido, a influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída. Ela estava destinada à inércia e à ignorância. Tinha vontade, mas era

---

[30] WALD, Arnold. **O novo direito de família**, 13 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p.15.

[31] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.35

[32] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. Direito de Família**.Rio de janeiro, Editora Forense, 2009, p.63

impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo.

A mulher estava condenada aos afazeres domésticos e ao cuidado com os filhos, não podendo se ausentar do lar sem o consentimento do marido. O cristianismo acentuou a autoridade do homem, tornando-o chefe do lar e sacerdote da família, com poderes sobre a vida e morte de seus integrantes.

A vitória do "Cristianismo" segundo Coulanges[33] marca o fim da sociedade antiga. Assim, o Cristianismo não era a religião doméstica de nenhuma família, a religião nacional de nenhuma cidade e de nenhuma raça. Não pertencia nem a uma casta nem a uma corporação. Desde o início ele chamava para si a humanidade inteira.

1.4 Os modelos legais no Brasil e influências normativas. As Ordenações Filipinas, as Constituições do Arcebispado da Bahia e a legislação civil brasileira

Visando a análise da situação parental de filiação nos modelos legais brasileiros e influências sofridas, descreveremos pontualmente o tratamento empreendido pelas Ordenações Filipinas (1603), as Constituições do Arcebispado da Bahia (1765), os Códigos Civis Brasileiros (1916 e 2002), além da importância da obra de Teixeira de Freitas (1855) e sua influência na legislação civil brasileira.

No Brasil e já na esfera legal, a influência do Direito Canônico adveio antes mesmo das Ordenações Filipinas. As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, se estabeleceram como primeiro modelo legal Brasileiro.

Orlando Gomes[34] ressalta essa época de vigência das Ordenações Filipinas (1603) no Brasil, que durou mais de três séculos, legislação esta organizada por Portugal no século XVII, o que impediu o Brasil de se aliar ao movimento de renovação legislativa da maioria das nações ocidentais no século XIX. Por ser uma compilação repleta de lacunas, já de logo foi censurada por entrar em vigência com certa desatualização. Pela Lei de agosto de 1769, chamada de Lei da Boa Razão,

---

[33] COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Cit., 2009, p. 404.

[34] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.4.

foram impostos novos critérios de interpretação e de integração das lacunas da lei. Mesmo nos primeiros 25 anos do regime republicano a mesma manteve-se vigente, não obstante as recomendações para uma nova legislação civil. Durou mais no Brasil do que em Portugal (1867).

Segundo Pontes de Miranda,[35] foram as seguintes as inovações: I – que seja inalterável o modo de julgar; II que havendo dúvidas se fixe antes a inteligência da lei; III – que se atenda ao espírito das leis, e não a outras regras de interpretação; IV - que as glosas de opiniões de Acúrsio e de Bartolo não possam ser alegadas em juízo, nem sugeridas, nem a de outros doutores; V – que o costume seja conforme a boa razão e as leis do reino e de mais de cem anos.

Enquanto Portugal passou a sofrer a influência para a renovação legislativa do Código de Napoleão com as ideias liberais, o Brasil se distanciava mantendo tradições. De forma que houve três tentativas no Império de codificação que não foram levadas adiante (Teixeira de Freitas – 1859/ Nabuco de Araújo – 1872 e Felício dos Santos -1881).

É no Direito de Família e sucessões que mais se vislumbra a manutenção das tradições, uma vez que manteve a indissolubilidade do matrimônio, o regime de comunhão universal de bens, entre outras. Vários artigos denunciam a preponderância do circulo da família, ainda despoticamente patriarcal, segundo Pontes. A sociedade colonial à época foi de grande influência para a manutenção dos valores patriarcais.

As Ordenações Filipinas foram embasadas pelo Direito Romano e pelo Direito Canônico. Em matéria de criança e adolescente, logo em seu Livro Primeiro, deixava clara a intervenção do Estado na proteção do órfão, assim designado a pessoa menor de 25 anos cujo pai houvesse falecido. De certo, a preocupação estava muito mais na esfera patrimonial e a regulamentação nesse Livro, não pretendia se imiscuir na legislação familiar prevista no Livro Quarto, mas já trazia algumas evidências em matéria de filiação. A orfandade era considerada a partir da ausência apenas do pai, de forma que, caso se estabelecesse durante tenra idade havia a preocupação com relação à criação da criança, autorizando que as mesmas permanecessem com a mãe, preferencialmente para o aleitamento, até quatro anos de idade ao menos, caso contrário, a própria regra autorizava a criança a ser entregue à sua ama de leite, figura

[35] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro:Forense, 1981, p.45.

muito comum na sociedade colonial, e que tinha uma participação ativa na criação dos filhos das senhoras casadas.[36]

Nessa qualidade de órfão, também ingressavam as crianças não advindas de legítimo matrimônio. Primeiro os seus pais deveriam ser chamados à sua criação, e não o podendo, a responsabilidade passaria para a mãe. Sendo filhos de religiosos ou de mulheres casadas, havia a determinação para que fossem criados por hospitais ou albergarias da localidade. Portanto, grande responsabilidade recaía nos juízes de órfãos e escrivãs nessa supervisão.

Os efeitos familiares eram proibidos fora da esfera matrimonial. Era de interesse do reino o patrimônio que alguma mulher viesse a ter, em razão de doação ou sucessão, tanto assim, que se esta mulher viesse a se casar sem a autorização do Rei com relação à pessoa do noivo, estariam sujeitas à perda de seu patrimônio. O mesmo tratamento era dado àquelas que estivessem em situação de "ajuntamento", considerada relação desonesta.[37]

A meação automática dos bens entre marido e mulher estava condicionada à validade e legitimidade do matrimônio. E a sucessão só poderia ocorrer para o cônjuge sobrevivo se não houvesse parentes até do décimo grau do *de cujus*.[38]

De qualquer forma e subliminarmente, o homem tinha aceitação social no que diz respeito aos relacionamentos extraconjugais. A sua "Barregãa", assim denominada a mulher por quem tinha afeição carnal, nada poderia receber em doação, estando a esposa legitimada a reaver a qualquer tempo tal bem, salvo se rompido o casamento pela morte, quando teria quatro anos para reaver o bem, a contar da data do falecimento. A expressão é importante para identificar à época, que a criança que estaria por vir (filho adulterino), não seria sujeito dessa relação para demandar o que poderia ser de direito na atualidade.

A distinção em razão do gênero era flagrante. Mesmo dentro da legitimidade matrimonial, filhos e filhas detinham direitos e obtinham tratamentos diferenciados. O "mau" casamento da filha mulher, fosse em razão da ausência de autorização paterna, fosse em razão da pessoa do marido, poderia ser deserdada em testamento pelo pai, em razão dessas circunstâncias.

---

[36] CÓDIGO FILIPINO ou **Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Recopiladas por mandado D'EL-REI D. Filipe I. Primeiro Livro. Edições do Senado Federal – Vol. 38-A, 2012, p. 206 - 211

[37] CÓDIGO FILIPINO ou **Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Recopiladas por mandado D'EL-REI D. Filipe I. Primeiro Livro. Edições do Senado Federal – Vol. 38-B, 2012, p. 162.

[38] CÓDIGO FILIPINO ou **Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Recopiladas por mandado D'EL-REI D. Filipe I. Primeiro Livro. Edições do Senado Federal – Vol. 38-C, 2012, p. 870

O direito sucessório dos filhos naturais que advinham de relações entre solteiros ou desimpedidos ou de escravas estava condicionado à posição social do pai. Assim, se o pai era "peão", categoria de nível mais baixo, os filhos naturais poderiam herdar igualmente aos filhos legítimos. Mas se o pai era "cavalleiro" ou "scudeiro", categorias mais nobres, tais filhos só herdariam se outros filhos legítimos não houvesse.

Se nascido o filho de um "coito danado" (filhos de clérigos ou de pessoas impedidas – relação ilícita), seriam os seus sucessores os irmãos, já que os seus ascendentes não poderiam ser considerados. Assim, não lhe era negada a condição de filho, mas sim o direito que lhe seria proveniente dessa relação, na medida em que para excluir, teria que haver a presunção de sua filiação com relação aos ascendentes que assim procederam.

No início do Século XVIII, refletindo a teologia moral em vigor e sintetizando as ideologias religiosas reinantes, surgiram no Brasil *As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*, publicadas no ano de 1707 pela Igreja Católica, promulgada pelo Arcebispo da época Dom Sebastião Monteiro da Vide, e basearam-se nas tradições bíblicas, nas Constituições Portuguesas e nas diretrizes do Concílio Tridentino, de forma adaptada à situação colonial. Constituem-se verdadeiras raízes de nosso ordenamento jurídico.

A sua dimensão transcende aos limites do universo religioso para se reafirmar como um documento, que regrava a vida em sociedade no país. A sua última edição data de 1853.

Naquele momento, a obra traduzia as tendências teológicas e normatizava a prática religiosa para a sociedade colonial. As Constituições constituem-se em cinco livros.

No contexto em que foram redigidas, no Brasil, já havia a consolidação de um modelo econômico e mão-de-obra escravagista, enfatizando uma forte polarização entre o elemento português e o elemento africano, além de uma camada intermediária constituída pelo baixo clero, mestiços e negros libertos.

No projeto colonizador e evangelizador, Igreja e Estado Português, estavam ligados pela instituição do Padroado Régio. Dilatar a fé era um compromisso da Igreja, mas também um dever do Reino. Da mesma forma, dilatar o Império era um objetivo conquistador do Reino, mas que interessava à Igreja para uma maior extensão da propagação de sua fé.

Assim, qualquer tentativa de integração social, passava pelas "asas protetoras e dominadoras" da religião católica. As normas ditavam como deveriam se comportar os fiéis e o clero, e com a obrigatoriedade da religião católica, a força era imperativa, e a desobediência importava em punição.

No que diz respeito à esfera familiar, a preocupação refletia-se nas regras dos sacramentos, pelo batismo, pela crisma e pelo matrimônio, com distinção estabelecida nas regras do matrimônio para escravos.

A filiação estaria sempre dependendo da legitimação do sacramento pelo matrimônio, que era definido da seguinte forma:[39]

> O ultimo Sacramento dos sete instituídos por Christo nosso Senhor é o do Matrimônio. E sendo ao princípio um contracto com vínculo perpétuo, e indissolúvel, pelo qual o homem, e a mulher se entregarão um ao outro, o mesmo Christo Senhor nosso o levantou com a excellencia do Sacramento, significando a união, que há entre o mesmo Senhor, e a sua Igreja, por cuja razão confere graça aos que dignamente o recebem. A matéria deste Sacramento é o domínio dos corpos, que mutuamente fazem os casados, quando se recebem, explicado por palavras, ou signaes, que declarem o consentimento mútuo, que de presente tem.(...)
> Foi o Matrimônio ordenado principalmente para três fins e são três bens, que nelle se encerrão. O primeiro é o da propagação humana, ordenada para o culto, e honra de Deos. O segundo é a fé, e lealdade, que os casados devem guardar mutuamente. O terceiro é o da inseparabilidade dos mesmos casados, significativa da união de Christo Senhor nosso com a Igreja Católica.

A idade mínima estabelecida para o matrimônio era de 14 anos completos para o varão e 12 anos completos para a fêmea, que não estivessem impedidos na concepção da Igreja, sob pena de excomunhão não apenas para os contraentes, como também para os denunciantes do impedimento, sem prejuízo de penas pecuniárias. Os impedimentos eram: a) o erro com relação á pessoa do outro cônjuge, mas definido com relação à identidade; b) a condição de casado de um dos contraentes (captivo); c) a condição de ser um dos contraentes ligado pelo voto religioso pelo recebimento de Ordens Sacras; d) a cognação seja natural (parentes consanguíneos até o 4º), espiritual (entre padrinhos e afilhados pelo batismo) ou legal (adoção – parentesco entre o perfilhante e o perfilhado – padrastos e enteados); e) Crime (contraente viúvo que tenha premeditado e maquinado a morte do outro); f) Disparidade da religião; g) coação (constrangimento para casar por medo); g) Ordem (se pertencente o

[39] VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**/ feitas e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo D. Sebastião Monteiro da Vide (Arcebispo). Volume 79, Brasília: Senado Federal, 2011, p. 107.

contraente a alguma ordem sagrada, ainda que apenas diácono); h) Ligame (se o contraente ainda estiver ligado a um matrimônio não consumado); i) pública honestidade (quando um dos contraentes havia celebrado válidos desposorios de futuro com algum parente do atual contraente); j) Afinidade (parentesco do contraente com os parentes consanguíneos do outro pelo anterior casamento); k) Impotência (incapacidade de GERAR, por falta ou improporção dos instrumentos da cópula ou enfermidade perpétua); l) Rapto (o raptor com a raptada contra a sua vontade, ou mesmo consentindo esta se estiver contrariando a vontade de quem detém o seu poder; m) Ausência do celebrante religioso e de duas testemunhas. A perfilhação do enteado por padrasto apenas era considerada para fins de impedimentos matrimoniais, e não se confundia com um novo estado de filiação.

Tais impedimentos não apenas tinham o condão de evitar que o matrimônio fosse contraído entre pessoas que estivessem nessa condição, como também de dirimir o vínculo pela total nulidade.

Os chamados delitos da carne, eram aplicados às condutas de sodomia, bestialidade (relação sexual do homem com animais), Mollicie (relação sexual entre mulheres e entre homens), adultério (feminino), incesto (incluindo parentes colaterais de 4º e uma gradação de penalidades da pecuniária, à restrição de liberdade). Denotavam o caráter excludente das relações existenciais, e a total restrição à autonomia da vontade, em nome de valores religiosos que eram considerados sagrados aos quais se deviam obediência.

Ao que se percebe, a figura da pessoa enquanto menor de idade e incapaz era totalmente desconhecida e desprotegida. Os adolescentes já podiam assumir obrigações matrimoniais, considerando as idades de 14 e 12 anos, e também estariam sujeitos às penalidades da fé contra o matrimônio.

De qualquer forma, o caráter perpétuo do matrimônio, a exigência da figura de duas pessoas de sexos distintos para a sua realização e a necessidade de consumação para gerar ou finalidade reprodutiva, colocava a condição do ser humano sujeito a ser advindo de uma relação matrimonial válida, presentes necessariamente as figuras paterna e materna com distinção de sexo, fortalecendo a ideia de biparentalidade.

A consolidação das leis civis por Teixeira de Freitas[40] terminou influenciando e facilitando a codificação em 1917. O Esboço do Código Civil foi editado entre 1860 e 1865. Contratado pelo governo Imperial, Teixeira foi responsável pela elaboração da consolidação das leis civis, uma vez que sobre as Ordenações Filipinas se acumularam-se numerosas leis avulsas, que precisavam ser coordenadas sistematicamente, a fim de empreender a codificação determinada pela Constituição de 1824.

No que diz respeito à filiação, a disposição dividiu a matéria em duas classificações: a filiação legítima advinda do casamento e dentro das extensas presunções e a filiação ilegítima, sendo que dentro desta, a total exclusão de direitos se dava com relação aos filhos advindos do denominado "coito danado". Este, por sua vez, estaria previsto no artigo 171, como sendo os filhos adulterinos, os incestuosos e os sacrílegos (filhos de pessoas ligadas à ordem religiosa aprovada pela Igreja Católica), mantendo nesse aspecto os valores anunciados nas Ordenações Filipinas.

Contudo, o *Esboço* acrescentava uma série de dispositivos sistematizados com relação aos direitos e obrigações entre pais e filhos, deixando claro o poder que aqueles detinham sobre estes, até mesmo no que se refere à sua liberdade, na medida em que além de castigos "moderados" na hipótese de desobediência e má conduta, por meio de correções domésticas, poderiam solicitar ao Juiz de Órfãos o seu encarceramento pela detenção por até quatro meses, em casa correcional, sem direito de recurso da decisão judicial.

Nesse ponto, enxerga-se a situação da criança e adolescente no seio da família, como sendo um indivíduo coadjuvante da família e sujeito à vontade dos adultos, vivendo total anonimato com relação aos seus direitos fundamentais.

Legítimos seriam apenas os filhos advindos do casamento válido ou putativo. A negatória de paternidade era admitida, com legitimidade exclusiva do marido e em casos restritos de provável concepção ou nascimento fora dos prazos das presunções de filiação e nas hipóteses de prova da impossibilidade do coito físico durante a época da concepção. Nesta última hipótese, a prova dessa impossibilidade seria dispensada e houvesse prova do adultério da mulher. Na própria ação negatória de paternidade se podia provar o adultério da mulher. O prazo para intentar a ação

[40] TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, 1816 – 1883. **Esboço do Código Civil**. Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. XII.

também era exíguo, de 02 (dois) meses a contar do dia da ciência do parto da mulher. A legitimidade da filiação, portanto se dava como um título ao filho, que por sua vez também poderia contestá-la, na hipótese de não haver casamento entre os pais que foram indicados, ou em razão de ter sido nulo e não putativo o casamento ou por não ter sido concebido durante o casamento. Havia, portanto, dois tipos de ação: a contestação da paternidade e a contestação da legitimidade.

Duas classes de incapazes estariam sujeitas ao poder do homem chefe da sociedade conjugal: as mulheres/esposas (poder marital) e os denominados filhos-famílias (que estavam sujeitos ao pátrio poder).

À mãe, caberia apenas fazer às vezes do marido, na hipótese de ausência deste por declaração ou morte. Ela não detinha *Pátrio Poder* sobre os filhos, e apenas poderia assumi-los mediante tutela, na hipótese de falecimento do pai.

A legitimação dos filhos poderia se fazer por casamento subsequente e mesmo assim apenas se o pai tivesse seu domicílio no Império, ao tempo da celebração do casamento. A legitimação também não poderia se dar com relação aos filhos adulterinos e sacrílegos. Na hipótese de anulável o casamento subsequente, e mesmo sendo putativo, não produziria efeito de legitimação dos filhos.

Os filhos naturais e, portanto não advindos do casamento, também se enquadravam na categoria dos ilegítimos, contudo podiam vir a ser reconhecidos, salvo se proveniente do "coito danado". O instrumento para o reconhecimento só poderia se dar por escritura pública, testamento ou codicilo, que por sua vez tinha legitimação contestável na hipótese de nulidade do instrumento.

A disposição do artigo 1585[41] é curiosa, máxime com relação ao tema pertinente ao presente trabalho, visto que se revelava como verdadeira proibição de multiparentalidade, conforme abaixo descrito:

> Art. 1585. Se alguém for reconhecido como filho natural por mais de um homem como seu pai, ou por mais de uma mulher como sua mãe, não haverá prova de paternidade, ou da maternidade, enquanto um destes reconhecimentos em colisão não for excluído por sentença passada em julgado.
> Atender-se-á em tal caso ao reconhecimento que tiver por si maior número de presunções ou probabilidades, e se um deles for de filiação de coito danado, preferirá o outro.

[41] TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, 1816 – 1883. **Esboço do Código Civil**. Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 321.

Um dos dispositivos mais preconceituosos estaria na proibição da demanda de investigação de paternidade para os filhos naturais que não haviam sido reconhecidos voluntariamente, salvo para fins de alimentos e nos casos de estupro ou rapto se a época da concepção coincidir com a em que esteve estuprada ou raptada em poder do autor de tais delitos.

E o artigo 1601, fechava esse entendimento de ilegitimidade, ao prever a proibição de reconhecimento voluntário ou judicial, se os filhos fossem provenientes do coito danado.

> Art. 1601. Proíbe-se que filhos de coito danado (arts. 171 1 174) sejam reconhecidos por seu pai ou mãe (arts. 1576 e 1583) e também se proíbe que a respeito da paternidade ou maternidade deles se provoque em Juízo, qualquer investigação especial.

A previsão quanto aos direitos e obrigações dos parentes também é significativa, uma vez que havia a possibilidade de efeitos jurídicos patrimoniais entre os parentes afins (sogro, sogra, genro, nora). E embora a hipótese dos enteados e padrastos estivesse prevista nas relações de parentesco por afinidade, e inclusão para efeitos de alimentos era restrita ao sogro(a) e genro ou nora.

A única hipótese de extinção do parentesco por afinidade, dado o caráter indissolúvel do casamento, era quando da nulidade do casamento não putativo, quando passava a ser designado como parentesco por afinidade ilegítima.

O grande marco histórico no que concerne à legislação brasileira foi a promulgação da Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil). [42]Este Código, projeto de Clóvis Beviláqua, é uma obra de seu tempo, iniciada em abril de 1889 e concluída em novembro do mesmo ano, a qual só foi aprovada em 1912 pelo Senado Federal, entrando em vigor a partir 1° de janeiro de 1917.

Luiz Edson Fachin,[43] ressalta a superação do modelo clássico no Brasil pelo princípio da igualdade, enfatizando que o Código Civil de 1916 foi a "lei das desigualdades" da família, assentado em um estatuto de regulação diferenciada dos papéis familiares, situação essa congruente com o modelo patriarcal, matrimonializado e hierarquizado. A preocupação patrimonial era uma tônica nessa legislação, valorando-se como Constituição do homem privado, titular de patrimônio.

---

[42]BRASIL. Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>, acesso em 03 de abril de 2015.

[43]FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 293.

Na filiação a desigualdade era gritante, fortemente influenciado pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas acima referenciado. Continuava a evidente distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, registrado no assento de nascimento a origem da filiação. Na sucessão, conforme se depreende no disposto no artigo 377, do mesmo Código, o adotado não tinha direito se houvessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.

Na filiação legítima destaque-se o disposto no artigo 339 com relação a impossibilidade de contestação da legitimidade pelo pai, de filhos nascidos fora dos prazos das presunções e de cuja gravidez tinha conhecimento ou mesmo tenha assistido o parto sem contestar a paternidade[44].

Uma espécie de reconhecimento da verdade real do registro, muito embora estivesse se tratando de filhos nascidos na constância do casamento, porém fora da presunção.

Dispositivo que colidiu com a orientação do esboço, foi o que previu que o adultério da mulher não seria suficiente para ilidir a paternidade, desatrelando a relação parental da relação conjugal, de acordo com o disposto no artigo 343.[45]

Manteve-se a regra de impossibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos na previsão do emblemático artigo 358, que só veio a ser revogado em 1989 pela lei 7841.

Da mesma forma como Teixeira havia previsto no *Esboço*, os filhos ilegítimos de pessoas não previstas nos impedimentos matrimoniais só poderiam ser

---

[44] BRASIL. Lei 3071 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916, http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
Art. 339. A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada: I - se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher; II - se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

[45] BRASIL. Lei 3071 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916, http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
Art. 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole.

reconhecidas sob condições expressas na lei, acrescentando-se tão somente a previsão do inciso III, do então artigo 363[46]

O que consideramos um passo na busca da igualdade na filiação, foi a previsão do artigo 367 do código, que admitia o reconhecimento de filhos mesmo na hipótese de nulidade de casamento sem putatividade.

Como não havia a possibilidade de dissolução *inter vivos* do casamento as disposições com relação ao então chamado Pátrio Poder eram menos complexas. Na hipótese de dissolução pela morte, restaria o Pátrio Poder ao sobrevivente.

Da mesma forma, um grande passo foi dado no reconhecimento da criança e adolescente enquanto sujeito de direito, na medida em que foi desprezada a possibilidade de busca judicial para detenção do filho desobediente ou de má conduta e a expressão do castigo moderado ficou implícita ao invés de expressa.

Na relação conjugal também houve avanços com a possibilidade do desquite amigável caso o casamento já contasse com dois anos de duração, e com as exceções do adultério ser considerado motivo do dequite, conforme previsto no então artigo 319[47] e seu parágrafo único.

Observe-se pela previsão do parágrafo único a possibilidade do exercício da autonomia do cônjuge na esfera de suas relações existenciais conjugais em lugar da intervenção proibitiva do estado.

Com relação à guarda de filhos menores no CCB/1916, havia previsão de escolha do guardião na pessoa do cônjuge não culpado pelo desquite, o que demonstrava que o instituto não estava preocupado com o atendimento do melhor interesse da criança, por não reconhecer nesta a condição de sujeito de direito, bem como demonstra a confusão estabelecida dentro da esfera familiar, entre a conjugalidade e a parentalidade.

---

[46] BRASIL. Lei 3071 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916, http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; **III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.**

[47] BRASIL. Lei 3071 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916, http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-norma-pl.html, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
Art. 319. O adultério deixará de ser motivo para o desquite: I - Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse. II - Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado. *Parágrafo único.* Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado.

No ano de 1949, outra substancial modificação legal denotou a mudança de valores almejada para a igualdade na filiação. Entro em vigor a Lei nº 883[48] que trata sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos Tal reconhecimento foi permitido ainda de forma camuflada e sujeito à condições ligadas à sociedade conjugal, uma vez que a ação de reconhecimento de filiação poderia ser manejada apenas após s dissolução da sociedade conjugal, não obstante durante esta pudesse o filho buscar o seu sustento, tendo direito inclusive a alimentos provisionais, desde que em segredo de justiça, independentemente, portanto de seu reconhecimento. Antes de sofrer as primeiras alterações, a lei ainda previa desigualdade no direito de herança, já que ao filho considerado ilegítimo lhe era dado o equivalente à metade do que teria direito o filho legítimo. Apesar das imperfeições, representou um grande salto, inclusive com a previsão de proibição da designação de ilegitimidade ao filho extramatrimonial, deixando de lado a postura preconceituosa do qual o legislador se fez valer no texto da Lei nº 3.071 de 1916.

Posteriormente, a lei foi modificada por outros dispositivos legais, que visaram a ampliar ou redimensionar o caráter de igualdade na filiação.

Em 27 de agosto de 1962 foi publicada a Lei nº 4.121, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, denominado Estatuto da Mulher Casada[49]. Essa lei revogou vários dispositivos do Código Civil de 1916, e dentre outros direitos, a mulher obteve o direito de exercer o poder familiar, mesmo constituindo novo casamento. Igualmente, passou a ter direito de participar conjuntamente com o marido no exercício do poder familiar, podendo exercê-lo completamente na ausência deste, contudo, ainda prevalecendo a vontade do homem, conforme redação do parágrafo único do artigo 380 do Código Civil de 1916 (Redação esta determinada pela Lei 4.121 de 1692): "divergindo os genitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência" .

---

[48] BRASIL, Lei 883, 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>, acesso em 04 de abril de 2015.

[49] BRASIL, Lei nº 4121, 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada: Código Civil Brasileiro. In: Código Civil. 11.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.795.

Mais tarde, no ano de 1977, entrou em vigor a Lei nº 6.515[50], de 26 de dezembro, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências, conhecida como a Lei do Divórcio, que regulamentou a Emenda Constitucional nº 9 de 1977. A Lei do Divórcio teve grande significado, vez que concedeu o direito à mulher poder optar ou não pelo uso do nome de família de seu marido. Outra mudança foi o Regime Parcial de Bens ser elevado a status de regime legal e a possibilidade dos vínculos familiares se encerrarem com o divórcio.

Além disso, a referida lei permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos, mesmo na vigência do casamento, reconhecendo estes como titulares de direitos. Desta feita, a Lei do Divórcio também representou grande avanço na conquista dos direitos dos filhos, vez que lhes conferiu o direito de serem reconhecidos, independente do estado civil dos genitores. Em matéria de filiação foi substancial a derrogação de regra contida na Lei 883, quanto a desigualdade na herança. A partir de 1977, os filhos fora do casamento passaram a ter os mesmos direitos sucessórios.

Em verdade, apesar da previsão da lei 6515, foi a lei 7250 de novembro de 1984[51], que acrescentou parágrafo à lei 883, estabelecendo a possibilidade de reconhecimento de filhos ilegítimos apenas com a separação de fato do casal.

Essa "blindagem" do homem casado no que diz respeito à sua responsabilidade, fomentou os relacionamentos extramatrimoniais, já que qualquer ônus não lhe traria, mesmo na hipótese de existência de filhos. Considerando-se o eixo central do presente trabalho, poderíamos afirmar que se tratava de uma monoparentalidade imposta pela lei, entre sua mãe e a criança.

Apesar dos avanços, na esfera conjugal, a separação conjugal continuava a ser pautada no princípio da culpa, e trazia reflexos à proteção da pessoa dos filhos, já que havia a previsão de, sendo litigiosa, mediante as causas apontadas pelo legislador, os filhos menores ficarem com o cônjuge que à ela não houvesse dado causa. Em havendo culpa recíproca, a preferência para a guarda do filho seria da mãe. Ou seja, embora a seção respectiva da lei se intitulasse de proteção à pessoa dos filhos, estes é

---

[50] BRASIL, Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977, Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Código Civil Brasileiro. *In*: Código Civil. 11.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.1.087.

[51] BRASIL, Lei 7250 de 14 de novembro de 1984. Acrescenta parágrafo ao artigo 1º da Lei 883/49, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www .planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7250.htm>, acesso em 04 de abril de 2015.

que seriam ultimamente considerados, na medida em que a condição de guardião era conferida como um prêmio a qualquer um dos consortes, em razão de seu comportamento conjugal.

Ainda antes da Constituição Federal de 1988, que inaugurou verdadeira fase de intervenção protetiva à criança e ao adolescente, aprovou-se no Brasil, a Lei nº 6.697[52], em outubro de 1979, que regulava a assistência, à proteção e à vigilância a menores, denominada como Código de Menores. A desigualdade na filiação ainda perpassava o filho oriundo da adoção. A lei criou a adoção plena, reconhecendo os direitos sucessórios ao adotado e a adoção simples, deferindo ao adotado metade dos bens que coubesse ao filho legítimo. Contudo, esta figura legal tinha primordial preocupação na regularização de situações de meninos e meninas encontrados nas ruas dos grandes centros urbanos. Estes eram considerados menores irregulares. Dessa forma, a aprovação da referida lei esteve atrelada a questões de segurança pública e não na proteção integral às crianças que se encontravam em situação de risco.

A doutrina contemporânea critica a referida legislação, enquadrando-a nos moldes de uma disposição discriminatória, pelo tratamento dirigido aos denominados "menores delinquentes".

Dessa forma, a filiação encontrava-se perfeitamente classificada em critérios de valoração moral da sociedade, antes da Constituição Federal de 1988. Deparávamo-nos com uma classificação excludente que poderia ser enumerada dessa forma: a) filhos biológicos, legítimos ou ilegítimos (se adviessem ou não do casamento). Entre os ilegítimos estavam os filhos, naturais (sem casamento), espúrios, adulterinos (extramatrimonial), incestuosos (entre parentes de linha e grau determinados); e os filhos adotivos (em duas esferas com a adoção simples e a adoção plena).

Com a Constituição Federal de 1988, o Estado passou a se interessar de forma clara e protetiva com relação à família, correspondendo a princípio universalmente aceito, adotado nas Constituições da maioria dos países, e bem expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que direciona a família como célula da sociedade civil e será reconhecida nas entidades socialmente constituídas, e não apenas no casamento.[53]

---

[52]BRASIL, Lei 6697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>, acesso em 04 de abril de 2015.
[53]LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, p.1.

Muito do tratamento desigual e diferenciado, ainda foi mantido pela legislação de 2002 (Lei 10.406 de janeiro de 2002), como por exemplo, o que previa o artigo 359, hoje disposto no artigo 1611, da legislação civil vigente[54], no que diz respeito à autorização do cônjuge para que o filho havido fora do casamento venha a residir no lar conjugal.

Contudo, o CCB/2002 já emerge em um contexto mais complexo das relações familiares, contexto este que vinha sendo referendado aos poucos durante a vigência do CCB/1916, por meio de legislações esparsas que passaram a derrogar dispositivos previstos e a ajustar mandamentos de acordo com a nova ordem política e social do Estado.

Tendo em vista o contexto histórico apresentado, ainda encontramos excessos em muitas interpretações doutrinárias à exemplo da manutenção do Princípio da culpa na separação e da própria manutenção da separação judicial litigiosa na apuração de suas causas, não obstante o advento da Emenda Constitucional 66/2010. O novo Código de Processo Civil, reinseriu a figura processual da separação, quando a doutrina majoritária do direito material já vinha superando a idéia de manutenção de um sistema binário na dissolução da sociedade conjugal e do casamento. A interpretação utilizada para essa consideração, destoante com as disposições que fundamentaram a Emenda, são no sentido de que a eliminação do texto Constitucional destinou-se apenas aos prazos lá previstos, mas não ao instituto da separação judicial cujas regras ainda continuariam em vigor na legislação civil. Tal postura confere ao aplicador, a possibilidade da interpretação subjetiva de reinserção do princípio da culpa na separação em seu julgamento. Contudo, a legislação processual cuidou de restringir a hipótese da separação judicial a uma figura consensual que restaria na faculdade das partes na hipótese de interesse de manutenção do vínculo conjugal.

De qualquer forma, o Direito de Família, após toda a evolução legislativa demonstrada e, principalmente após a recepção da pluralidade de famílias adotada pela postura da Constituição Federal de 1988 ganhou grande expressão de autonomia,

---

[54] BRASIL. Lei 10.406 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf?sequence=1, acesso em 07 de fevereiro de 2016.

Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

máxime no que se refere às relações conjugais, e contrariamente, passou a se imiscuir de limites e de máxima intervenção do Estado ao se referir às relações parentais que envolvem criança e adolescente.

Em 1992, a lei 8560[55], posterior, portanto à CF/88, cujo artigo 2º foi assimilado pelo legislador de 2002, regulamentou a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento, estabelecendo o procedimento de averiguação oficiosa, conferindo legitimidade do Ministério Público para propor a referida ação, reforçando o caráter de ordem pública em torno da problemática da criança e do adolescente

Podemos elencar na atualidade três valores imprescindíveis para o reconhecimento da família, máxime aquela inserida nas relações parentais, valores estes que foram alçados à condição normativa principiológica, conforme pretendemos demonstrar: solidariedade, afetividade e responsabilidade.

O ponto de partida para a reflexão sobre a autonomia existencial parental é buscar a dimensão do interesse da criança e do adolescente, da solidariedade familiar, da afetividade e da paternidade responsável.

Para Fachin,[56] a atual legislação civil (Lei 10.406 de janeiro de 2002) sob a perspectiva Constitucional, no que concerne à filiação colaciona diversos princípios, entre os quais sejam:

> *a) a dissociação da filiação com o estado civil dos pais; b) o direito à paternidade como direito fundamental da criança e do adolescente; c)A superação dos limites formais em matéria de prova na investigação de paternidade(causas e prazos decadenciais);d) a dissociação entre paternidade e descendência genética; e e) mantém a igualdade substancial entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais.*

[55] BRASIL, Lei 8560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm>, acesso em 04 de abril de 2015.

[56] FACHIN. Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro *In*: **Afeto e estruturas familiares**. Eliene Ferreira Bastos *et. Al* (Coord.), Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 329.

Conforme acima delineado, desde a vigência das Ordenações Filipinas e passando pela influência das Constituições do Arcebispado da Bahia, chegando a nossa legislação Civil e na própria evolução da lei, podemos identificar uma expressiva mudança de valores, não obstante o texto do CCB/2002 padeça de algumas imperfeições corrigíveis pela interpretação conforme o sentido da norma Constitucional.

De qualquer forma, repita-se, a análise histórica acima referenciada registra a largos passos, o movimento do Direito de Família, voltado ao ganho de uma autonomia na relação conjugal e contrariamente, voltado a uma maior intervenção do Estado nas relações parentais, no reconhecimento expresso e universal da criança e do adolescente enquanto sujeito de direito.

1.5. A criança e o adolescente – o surgimento do sujeito de direito - as dimensões do melhor interesse da criança e do adolescente na constituição e desenvolvimento do parentesco de filiação

A importância da configuração da parentalidade pela filiação visa primordialmente, na esfera jurídica, a regulação de responsabilidades entre os seus membros, priorizando-se sempre a busca de uma igualdade material, considerando-se a vulnerabilidade do incapaz. A expressão "melhor interesse", consigna-se na idéia de que as condições a serem conferidas à criança e ao adolescente devem ser funcionais, no sentido de lhe garantir o pleno desenvolvimento da personalidade.

Durante séculos, conforme acima mencionado, esse "interesse" deixou de ser buscado, pelas prioridades de vários e diversos contextos históricos, segundo o gradual processo de civilização. O menor era invisível perante a lei. Cumpria com um papel coadjuvante na sociedade, na idéia de propagação da família e de seus costumes.

Philippe Ariès[57] fazendo uma análise da criança e adolescente desde a idade média, ressalta que a transmissão de valores e de conhecimento se dava no campo da experiência com os adultos (aprendizagem). Em sua tenra idade, a atenção dos

[57] ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**/ 2ª ed.tradução Dora Flaksman, Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 12.

adultos era voltada aos seus gracejos, mas ao mesmo tempo, se viesse a falecer o desolamento era passageiro, por haver a concepção de que logo outra viria ocupar o seu lugar.

O comportamento ilustrado, na visão do autor, reflete um certo anonimato desse ser (criança e adolescente), que praticamente não tinha passagem pela família e pela sociedade.

Badinter[58], após uma extensa pesquisa histórica, conclui que o amor materno não é inato à mulher, mas depende em grande parte de um comportamento social variável de acordo com a época e os costumes. O mito do amor materno, segundo a autora, é produto da evolução social desde princípios do século XIX, já que, como o exame dos dados históricos mostra, nos séculos XVII e XVIII o próprio conceito do amor da mãe aos filhos era outro: as crianças eram normalmente entregues, desde tenra idade, às amas, para que as criassem, e só voltavam ao lar depois dos cinco anos. Dessa maneira, como todos os sentimentos humanos, ele varia de acordo com as flutuações socioeconômicas da história.

No final do século XVII, o contexto começa a se modificar, na medida em que a escola substitui o meio de aprendizagem da criança, surgindo a partir daí um afastamento desta com relação à sua família, tendo em vista que o processo de educação escolar se dá por meio de longos períodos, inclusive de enclausuramento.

A importância que se passou a atribuir à educação escolar revela uma nova família, agora como espaço afetivo. Começando a organizar-se em torno da criança, esta passa a se revestir de maior importância, saindo do anonimato, de forma que a sua perda seria capaz de gerar imensa dor. Neste século, de um infanticídio secretamente admitido passou-se a um respeito cada vez mais exigente pela vida da criança.

No início do século XVIII, situou-se o recolhimento da família, longe da rua, da praça, da vida coletiva, e sua retratação dentro de uma casa melhor defendida contra os intrusos e melhor preparada para a intimidade. Tratou-se da organização do espaço privado, que favoreceu principalmente o surgimento de um sentimento novo entre os membros da família, e mais particularmente entre a mãe e a criança. O chamado "sentimento de família", cultura que se assentava nas mulheres e nas crianças, com um interesse renovado pela educação das crianças e uma notável elevação do Estatuto da Mulher.

---

[58]BADINTER, Elizabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno http://www.redeblh.fiocruz.br/media/livrodigital%20%28pdf%29%20%28rev%29.pdf, acesso em 07 de junho de 2015.

Ainda assim, as famílias nobres continuavam a entregar os seus filhos às amas de leite, que por sua vez passou a se deslocar, no lugar da criança, assim como passou a morar na casa da família e a favorecer um maior vinculo entre a criança e a sua família, gerando a resistência à separação.

A escola venceu a forma de aquisição de conhecimento pela aprendizagem com os mestres na experiência com os adultos, através do aumento do número das unidades escolares e de sua autoridade moral.[59]

Apesar de algumas resistências com relação à escolaridade, o fato é que os que optavam em manter a forma de aprendizagem, corria-se o risco de demasiado mimo pelos pais, apesar das escolas também terem os seus inconvenientes como o número excessivo de alunos para acompanhamento.

Com o tempo, regras de convivência e comportamento passaram a ser necessárias entre adultos e crianças, como descrições de boas maneiras em tratados denominados de "tratados de civilidade." Com o tempo passaram a retratar muito mais regras de convivência para instruir a própria família sobre os seus deveres e responsabilidade, e de aconselha-la na sua conduta para com a criança.

Entre o fim da Idade Média e os séculos XVI e XVII, a criança havia conquistado um lugar junto de seus pais, e embora ainda não fosse o pivô de todo o sistema, tornara-se personagem muito mais consistente.

Hoje nossa sociedade depende do seu sistema educacional. Novas ciências como a Psicanálise, a Pediatria, a Psicologia, consagraram-se aos problemas da infância. Nosso mundo é obcecado pelos problemas físicos, morais e sexuais da infância.

---

[59] ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**/ 2ª ed.tradução Dora Flaksman, Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, 237.

1.6. O contexto da história da família europeia e sua influência

Donzelot [60]chama a atenção para o estado situacional da família. Para o autor, o setor social no qual está inserida a família, não se confunde com o setor econômico, com o setor público ou mesmo com o setor privado, mas sim uma nova figura híbrida de público e privado, produzindo ela mesmo uma repartição, um entrelaçamento original entre as intervenções do Estado e seus recuos entre seus encargos e desencargos.

O nascimento do setor "híbrido moderno" torna a tarefa complexa na busca da forma de organização dos desejos e dos poderes, com as novas exigências de controle assim como as novas capacidades de resistência de controle e de liberação.

> Tornou-se um ritual essencial de nossas sociedades, escrutar, em intervalos regulares, a face da família, a fim de nela decifrar nosso destino, entrever, com sua morte, a iminência de um retorno à bárbarie, o afrouxamento de nossas razões de viver ou, então, a fim de regarantir-se diante de sua inesgotável capacidade de sobrevivência.[61]

Durante o século XIX, a história política pôde definir os campos em sua função de suas concepções da família. A demarcação entre o capitalismo e o socialismo foi a mais notória nessa leitura política da família. No capitalismo, conservadores e liberais defendiam a restauração de uma ordem estabelecida em torno da família, com garantia da propriedade privada e defesa de uma ética burguesa de acumulação, estabelecendo uma barreira para a intervenção do Estado. Os socialistas, no ataque desse modelo, criticam as funções que a classe dominante lhe atribui.

Na modernidade então, surge o rompimento da leitura política da família por um regime do sentimento na história das mentalidades. Essa história mostra a existência de um regime de transformação própria do sentimento, dos costumes, da organização do cotidiano. Teria nascido nas camadas burguesas e nobres do antigo regime, estendendo-se posteriormente para todas as classes sociais, no final do século XIX.

---

[60] DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**/Tradução de M.T. da Costa Albuquerque. Rio de janeiro: Edições Graal, 1980, p. 2.

[61] DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**/Tradução de M.T. da Costa Albuquerque. Rio de janeiro: Edições Graal, 1980, p. 10.

Essas duas formas predominantes de história (política e das mentalidades) não soluciona a posição nevrálgica em que se situa a família na camada social. A primeira esgota em defini-la pela universalidade de uma função de reprodução da ordem estabelecida, de uma determinação estritamente política. A segunda dota-a de um ser próprio, porém à custa de uma redução à unicidade de um modelo, cujas variações são ligadas à avaliação econômica.

Superando ambos os modelos, a ciência da polícia define a família como uma instância cuja heterogeneidade face às exigências sociais pode ser reduzida ou funcionalizada através de um processo de flutuação das normas sociais e dos valores familiares.

Em meados do século XVIII, floresce uma crítica aos costumes educativos das crianças, visando três alvos privilegiados: a prática dos hospícios de menores abandonados, a criação dos filhos por amas-de-leite e a educação "artificial" das crianças ricas.

Com relação ao recolhimento dos menores abandonados, havia um surpreendente índice de mortalidade, que morriam antes de se tornarem "úteis ao Estado". A mortalidade advinha da dificuldade da administração em encontrar nutrizes para as crianças. O recurso às nutrizes do campo constituía um hábito dominante na população das cidades. As mulheres ricas aderiam para não prejudicarem o seu trabalho de esposas e para evitarem o fardo da amamentação. [62]

Conservar as crianças significará, no dizer de Donzelot por fim aos malefícios da criadagem, promover novas condições de educação que, por um lado possam fazer frente à nocividade de seus efeitos sobre as crianças que lhe são confiadas e, por outro lado, fazer com que todos os indivíduos que têm tendência a entregar seus filhos à solicitude do estado ou à indústria mortífera das nutrizes voltem a educá-los.

A medicina dá início a uma intervenção por meio de uma nova literatura, que aconselha as famílias na criação dos filhos e induz a sua reorganização em três direções:

> o fechamento da família contra as influências negativas do antigo meio educativo, contra os métodos e os preconceitos dos serviçais, contra todos os efeitos das promiscuidades sociais; a constituição de uma nova aliança privilegiada com a mãe, que passa a ser promovida pelo reconhecimento de sua utilidade educativa; a utilização da família pelo médico contra as antigas estruturas de ensino, a disciplina religiosa, o hábito do internato. [63]

[62] DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**/Tradução de M.T. da Costa Albuquerque. Rio de janeiro: Edições Graal, 1980, p. 20.
[63] DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**/Tradução de M.T. da Costa Albuquerque. Rio de janeiro: Edições Graal, 1980, p. 23.

Assim, de mera reprodutora, a mulher passa a ser valorizada em sua função materna, um novo poder na esfera doméstica.

No entanto, nessa época, o que perturba as famílias são os filhos adulterinos, os menores rebeldes, as moças de má reputação, enfim, tudo o que pode prejudicar a honra familiar, sua reputação e sua posição. Em compensação, o que inquieta o Estado é o desperdício de forças vivas, são os indivíduos inutilizados ou inúteis. Para absorver os indesejáveis da ordem familiar, os hospitais em geral, os conventos e os hospícios serviram de base estratégica para toda uma série de intervenções corretivas sobre a família.

Após o fracasso da estratégia da roda dos excluídos, implantada nas instituições, que recebiam crianças recém-nascidas, sem perquirir a identidade da mãe que optasse em sua entrega, que por sua vez, aumentou o índice de abandonados, o Estado promoveu o desencorajamento da "doação", intervindo na autonomia existencial negativa da mãe, propondo a organização do serviço, não mais calcado em um recolhimento cego e sim do serviço aberto, que também visava desencorajar o abandono e, por outro, atribuir os auxílios a partir de uma investigação administrativa da situação das mães, em patente reforço e conscientização de sua responsabilidade.[64]

A difusão da psicanálise ocupou também todos os setores da vida social. Práticas como o apoio psicopedagógico nas escolas e a intervenção pericial nas varas de família representaram a inserção de fragmentos da técnica psicanalítica.

Os seus seguidores nunca trazem à baila qualquer ameaça de coerção ou promessa de obtenção de serviços "sólidos". Ao contrário, afirmam que lhes é possível uma liberação das coerções, do peso dos costumes, do arbítrio das regras; promessas de desinibição da sexualidade, esperança de uma autonomia existencial.[65]

Até então quem se ocupava com essa espécie de problema eram o padre e o médico. O padre geria a sexualidade sob o ângulo da moralidade familiar. Em regime de alianças, a Igreja aumentava os seus benefícios em dinheiro, poder e expansão na medida em que reforçava a hegemonia da família sobre os seus membros. O médico intervinha na sexualidade no campo exclusivo da higiene privada e na qualidade de conselheiro da família, e intervinha na organização doméstica do lar. O que era considerado disfuncional para os higienistas era o que eles chamavam de dupla moral

[64] DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**/Tradução de M.T. da Costa Albuquerque. Rio de janeiro: Edições Graal, 1980, p. 33.
[65] DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias,** Cit., 1980, p. 153.

das famílias, ou seja, esse hábito de proclamar um comportamento altamente moral e de praticar um outro feito de egoísmo, de ambições e de uma sexualidade clandestinamente desenfreada.[66]

Essa competição entre os dois modos de gestão da sexualidade mantém-se até o início do século XX.

Conforme se observa, a família é ao mesmo tempo, na avaliação dos entornos sociais de sua trajetória "Rainha e Prisioneira" na medida em que os valores de determinada época de uma sociedade lhe ditará o seu *modus operandi,* bem como a sua forma de constituição e controle.

Reconhecendo o enquadramento da família no setor social, não obstante seja apenas o *locus* para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reconhecemos que a sua plena libertação lhe aprisionaria funcionalmente, máxime quando nos referimos à esfera das relações existenciais parentais.

1.7. A família brasileira a partir da Constituição Federal de 1988

Pelas diversas influências e razões históricas apresentadas, a nossa Constituição Federal de 1988, transfere para a família, para a sociedade e para o Estado, toda a responsabilidade sobre a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tornando-o sujeito de direito contra todos, inclusive o seus responsáveis, na hipótese de violação.

Nesse sentido, e considerando toda a história social da trajetória da criança, nos submetemos a normas restritivas ao exercício de nossa plena individualidade, seja por ação, seja por omissão, em prol do ideal desenvolvimento do menor.

No Brasil, a realidade de crianças abandonadas ou em situação de risco é assustadora e isso aponta em primeiro plano para uma responsabilidade Estatal não assumida com a educação de seu povo, gerando desigualdades, miséria e falta de discernimento com relação à responsabilidade que nos é imposta. (*Grifo nosso*)

Defende-las de qualquer forma de discriminação e garantir-lhes o acesso aos direitos fundamentais torna-se imperativo na tônica familiar. Indaga-se portanto, se a própria liberdade de planejamento familiar não já se constitui a primeira das imposições a uma ordem ou padrão que visa beneficiar este sujeito de direito.

---

[66]DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**/Tradução de M.T. da Costa Albuquerque. Rio de janeiro: Edições Graal, 1980, p. 155.

A nossa Constituição Federal[67] é expressa em seu artigo 227, *caput* e parágrafo primeiro, cuja norma foi reproduzida na Lei 8069 de 1990 (ECA)[68], em seus artigos 3ª, 4º, parágrafo único, 5º e 6º, ao indicar os sujeitos responsáveis à assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes: família, sociedade e Estado.

O artigo 226 da Constituição Federal[69], ao definir formas familiares exemplificativas, garante a liberdade de planejamento familiar, e a vedação prevista para a imposição coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, garante que essa liberdade seja exercida sem restrições numéricas de filhos por parte do Estado ou de sua delegação, ressaltando o caráter protetivo de sua intervenção e não restritivo de direitos.

---

[67] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/constituicao_federal_35ed%20(1).pdf, acesso em 07 de fevereiro de 2016.

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. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

[68] BRASIL. Lei 8069 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolescente_9ed.pdf, acesso em 07 de fevereiro de 2016.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar -se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

[69] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In:* www.file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/constituicao_federal_35ed%20(1).pdf, acesso em 07 de fevereiro de 2016.

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.

Haveria ainda que se indagar, se o valor trazido constitucionalmente, reflete a expressão da liberdade em procriar (direito à reprodução) apenas do casal, aqueles que convivem em conjugalidade ou também ao indivíduo, independente de conjugalidade? Nesse sentido, ingressa-se na órbita da autonomia, o qual representa a faculdade ou direito de se reger segundo as liberdades ou independência (moral ou intelectual).[70]

Assim, é garantida ao cidadão uma capacidade de autodeterminação nos limites impostos pela lei cogente para preservar a sua integridade. Nesse sentido, pode-se falar que as escolhas feitas pelos indivíduos, desde que em conformidade com o espírito legal, interna-se na seara existencial tanto quanto na patrimonial. Logo, a liberdade de constituição familiar engloba a liberdade de procriação, no aspecto volitivo de querer ou não ter filhos. Não querer ter filhos, no entanto, na seara do que denominamos de autonomia negativa, requer o momento certo sob pena de se afrontar direito fundamental de outros, que se encontram protegidos por normas garantidoras de um Estado Democrático de Direito. A autodeterminação para a procriação, contudo, encontrará limites naturais de incompatibilidade, e também deverá ser vista diferencialmente caso possa ser exercida naturalmente, caso tenha que sofrer intervenção medicamente assistida, nas hipóteses de utilização das técnicas de reprodução humana. (*Grifo nosso*)

A decisão de procriar encontra-se implícita na vontade do casal e não mais na ideia de interesse público (utilidade pública) em que o casal produzia filhos, que se mostrou preponderante com a função da família nos modelos jurídicos prévios. Com efeito, é proibida a intervenção estatal na gerência da família, que está contida no princípio da dignidade da pessoa humana.

O planejamento familiar presente no artigo 226, §7º da Constituição Federal, sendo livre de tais ingerências externas, pressupõe um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação e aumento da prole pela(s) pessoa(s) - mulher, homem ou casal - de acordo com a Lei Federal nº 9.263/96.

---

[70]Constituição Federal: O artigo 5º, II, da Constituição cidadã enuncia que: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

De logo nos depreendemos, com uma desconformidade na previsão da liberdade de planejamento familiar prevista na Constituição Federal e a liberdade prevista na lei ordinária 9263/96, que sofre uma aparente ampliação no espectro da legitimidade ao acesso.[71]

A disposição ordinária, no entanto não garante por si, o acesso de projeto individual voluntário de paternidade/maternidade, já que submete esse acesso não apenas às hipóteses de reprodução, como também aos meios científicos de controle da fecundidade e outros tratamentos.

Adotando sistemática doutrinária, o projeto parental pode se dar de diversas formas, como bem assinala Sanches[72], que os dividiu em três espécies: o projeto explícito, o projeto implícito e o projeto pós-fato. No primeiro, tem-se a decisão prévia e consciente do(s) indivíduo(s) em determinado momento de ter ou não filhos. Enquanto isso, o projeto implícito abarca a possibilidade de o casal, dentro de um contexto familiar, vir a ter prole sem planejamento detalhado anterior. No último, há uma verdadeira negação quanto à reprodução, isto é, de fato aquela não desejada.

É preciso ressaltar que o direito à reprodução através de qualquer forma de se desenvolver, é precedido de tutela Constitucional e isonomia sendo, por esta razão, de incontestável relevância a tal ponto que pode ser considerada um direito fundamental, o que não significa que estariam justificadas a utilização de todas as técnicas de reprodução humana assistida, e mesmo aquelas que poderiam colocar em risco outros direitos fundamentais próprios e de terceiros.

Outrossim, o direito à intimidade privada não deve sobrepujar o melhor interesse da criança e a sua dignidade e, por isso, pressupõe a valorização dos meios éticos e moralmente aceitáveis como balizas de atuação.

Assim é que, refletindo sobre as dimensões do melhor interesse da criança, nos deparamos com limites existentes em momentos que antecedem mesmo à concepção.

---

[71] BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o planejamento familiar de com a CF/1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm, acesso em 06 de fevereiro de 2016.
Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.
Art. 2º Para fins desta Lei entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole **pela mulher, pelo homem ou pelo casal.**

[72] SANCHES, Mário Antônio. Reprodução Assistida: da parentalidade à metaparentalidade *In:* **Bioética, Poderes e Injustiças: 10 anos depois. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética**/SBB, 2012, p.267.

Uma vez garantida a liberdade de elaboração do projeto parental, há que se inferir quanto a sua forma ou instrumentalização (reprodução humana natural e assistida, adoção, posse de estado de filiação), bem como o momento ou período de sua utilização, e ainda a situação numérica dos sujeitos, se individualmente ou a partir do casal.

As principais indagações seriam, portanto, se a nossa liberdade ao planejamento envolve a escolha da forma de procriação ou constituição da filiação, ou seria apenas quanto aos limites quantitativos para fins de controle de natalidade? A nossa liberdade poderá ser exercida com o simples desejo de exercício da paternidade ou maternidade, ou esse exercício estará condicionado a limites previamente estabelecidos por lei, para garantia dos direitos fundamentais das crianças, sejam presentes ou futuras?

Trata-se de um desafio da contemporaneidade na heterogeneidade da família, a busca de soluções jurídicas que apresentem uma certa unidade e coerência para a elaboração do projeto parental. Pensamos que esta unidade parte de uma premissa inarredável: a proteção da criança e do adolescente, contra os excessos do individualismo existente no uso e concepção indevida da liberdade existencial.

1.8. As vicissitudes da contemporaneidade e a evolução da biotecnologia – problematizações ao estabelecimento do estado de filiação

Como fenômeno histórico e social ainda, deparamo-nos ao longo da história com diversas espécies de relações existenciais, que mudam segundo as necessidades do grupo, segundo novas valorações. Dentre tantos fatores que desencadearam passo a passo, tantas mudanças, merece destaque o fator econômico, além da evolução política e cultural.

Concentrações humanas em cidades; deslocamento da mulher para tarefas em fábricas; consequente afastamento diário dos filhos; êxodo rural e outros tantos fenômenos novos, acabaram por influir no dimensionamento da família e em sua estruturação, dividindo-a então em diversos núcleos, a partir da assunção de responsabilidades próprias e o afastamento natural de parentes[73].

[73] BITTAR, Carlos Alberto. **Novos rumos do direito de família,** (Coord.) Bittar, Carlos Alberto, São Paulo: Saraiva, 1989. p.8.

A crescente participação da mulher no mercado de trabalho, a mudança dos costumes, com a relativa liberação sexual, e o acesso aos meios anticoncepcionais são fatores decisivos da alteração do modelo da família, ao lado dos condicionamentos produzidos pela urbanização e industrialização do país. As mudanças são profundas e vieram para ficar, constituindo novas formas de relações que não prescindem da célula familiar, mas buscam acomodações mais adequadas ao mundo atual, com seus avanços tecnológicos e políticos.

Se a sociedade tende a organizar inovações, o direito tende a evoluir na mesma direção e consagrar princípios apropriados a essa evolução. Assim como o fez a Constituição de 1988.[74]

Nessa concepção, os fatos se proliferam em uma dinâmica de alta diversidade. Por vezes, encontramos em fatos do passado, uma justificativa para a legitimação de novos fatos, mas de qualquer forma, eles ingressam fortemente na realidade e reclamam certa legitimação no consenso da sociedade, não raro fugindo do que foi previamente definido e assentado. Não se trata de querermos buscar conformações ideológicas, pois estas podem não vir a ocorrer na esfera jurídica, mas de, racionalmente, delinear, em um contexto sociopolítico atual de um Estado Democrático de Direito, interpretações coerentes que conformem a renovação de valores. Temos sim que enxergar uma realidade dinâmica e que, portanto, não pode viver às margens de puras convenções, como no passado, mas sim serem qualificadas e protegidas pelo sentido da norma, mas nem toda realidade será apreendida pelo direito, até porque este mantém o seu propósito de organização e de garantias.

Um retrato das transformações sociais da família – da função pública ao espaço privado - é traçado por Luiz Edson Fachin[75]:

[74]VERUCCI, Florisa. A mulher e a família na Constituição. *In:* Humanidades, (90-95).

[75]FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado: aspectos da "privatização" da família no projeto do Estado mínimo *In:* **ARCHÉ**, ano VIII, número 24, Rio de Janeiro, 1999. p. 25 - 39.

> *Partindo da instituição fundada no sangue, dedicada à sobrevivência material e biológica de um grupo apto a promover a transmissão das coisas e dos bens, bem como de seu saber e crenças, aonde há uma ordem, uma hierarquia a respeitar, menos por amor e mais por um princípio de autoridade ligado à procriação e às alianças; perpassa as primeiras fraturas deste estatuto familiar clássico, com a quebra da hierarquia, na igualdade de diversas espécies de filhos e na derrocada da injusta e absurda discriminação contra a mulher; analisa os fatos que se impõem, que caracterizam uma nova feição da família, com a indiferença do estado matrimonial, as uniões informais, a família sem filhos e a coabitação sem casamento; e conclui pela dominação das relações de afeto, solidariedade, de cooperação, numa concepção eudemonista da família, aonde não é mais o indivíduo que existe na família e para o casamento, mas sim a família e o casamento é que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.*

O parentesco da filiação, igualmente a outras instituições, sofre paulatina e constante mutação, advinda de valores consensuais de uma comunidade. Tais valores, por sua vez, ora são facilmente detectados, ora imprescindem de uma atuação política mais enérgica, que se propõem a coadunar as soluções jurídicas às perspectivas traçadas pela organização do próprio Estado.

Com a liberação da atividade científica no texto Constitucional, por exemplo, surgiu a necessidade de normatização de tal atividade.

O artigo 5º, IX da Constituição Federal proclama a liberdade da atividade científica e em razão de tal preceito ser relativo, encontra limitações nos demais direitos fundamentais celebrados. Assim, no caso de colisão entre o direito à liberdade de expressão (ou investigação) científica e algum direito atinente à personalidade humana, o equilíbrio a ser perseguido deve encontrar embasamento no princípio da dignidade e da pessoa, que representa o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ao longo da década de 90, vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos anunciaram a emergência de se tratar os direitos reprodutivos como tais, o que em princípio reclamaria do próprio Estado uma garantia no acesso científico às técnicas de reprodução humanas desenvolvidas pela ciência médica.

Segundo Flávia Piovesan[76], os direitos reprodutivos incluem:

---

[76]PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

> a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;
> b) o direito de decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos;
> c) o direito de ter acesso às informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis, e;
> o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.

No direito Brasileiro, buscaremos a identificação dos direitos reprodutivos na esfera Constitucional e Civil.

No âmbito Constitucional, e dentre os Princípios Fundamentais, tendo em vista que os Direitos Reprodutivos constituem verdadeiro exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana, ressaltamos os Princípios consagrados no artigo 1º, dentre os fundamentos da República Federativa Brasileira. Nos objetivos fundamentais, em seu artigo 3º, enuncia a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De certo, o conteúdo do Princípio da Dignidade Humana, encerra inúmeros debates e perspectivas. No dizer de Rabenhorst[77], no entanto, *é apenas um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo prefixado.* Acrescenta o autor:

> Trata-se de uma cláusula aberta que assegura aos seres humanos o direito à mesma consideração e respeito, mas que pressupõe, para sua efetivação em casos concretos (sobretudo no campo da interpretação constitucional), dos próprios julgamentos que fazemos acerca da admissibilidade ou não de determinadas formas de expressão da autonomia humana.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, destaque-se o artigo 5º, *caput*, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, norma esta que é garantidora do princípio da igualdade, que proíbe toda e qualquer discriminação.

---

[77] RABENHORST, Eduardo R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade *In*: **Direitos Fundamentais e Biotecnologia** (Org.) Ingo Wolfgang Sarlet, George Salomão Leite. São Paulo:Método, 2008, p. 128.

A Constituição Federal de 1988[78], por fim, consagra, ao disciplinar a ordem social, a maior parte das normas Constitucionais relativas aos direitos reprodutivos, principalmente os direitos à saúde e ao planejamento familiar. Nesse sentido, destacaremos o artigo 196 e o § 7º do artigo 226 sem prejuízo de outros dispositivos que direta ou indiretamente abrangem os direitos reprodutivos.

Para Sanchez[79], de acordo com o direito Espanhol, o primeiro dos valores considerados como fundamentais para a utilização das técnicas de Reprodução Humana é a liberdade pessoal, como a faculdade que toda pessoa possui de se autodeterminar fisicamente, o que inclui a sua própria reprodução, o que pressupõe uma opção de vida que vincula diretamente a liberdade física ao acúmulo de direitos e obrigações que derivam da reprodução.

A restrição da liberdade prevista e mencionada no artigo 5º, II da Constituição Federal[80], somente poderá operar-se por normas produzidas nos moldes da legalidade e da legitimidade.

Galiza[81] toma a autonomia privada em sentido amplo, seguindo a doutrina de Sarmento[82], como capacidade de autodeterminação de comportamentos, o que inclui a liberdade tanto para fazer escolhas existenciais (*como com quem casar; onde viver;*

---

[78] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/constituicao_federal_35ed%20(1).pdf, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
Art. 196 da CF/88: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Dispõe o 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.

[79] COMEZ SANCHEZ, Yolanda. El derecho a La reprodución humana. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p.50ss *apud* KREL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil. Princípios Éticos e Jurídicos**. Curitiba:Juruá, 2007, p103.

[80] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/constituicao_federal_35ed%20(1).pdf, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[81] GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Forum, 2011, p.114.

[82] SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/BC_014_Art08.pdf, acesso em 13 de abril de 2015.

para onde ir; a quem amar etc), como patrimoniais, para entender que as liberdades existenciais, não precisam de *comprovação de utilidade social para a sua tutela.*

Dessa forma, a autora destoa da doutrina de Perlingieri[83], que reconhece na família uma função serviente aos seus membros e por essa razão, deve ser realizada de forma aberta e integrada na sociedade civil, uma vez que é parte de um sistema de instituições civis predisposta para um escopo comum.

No âmbito infraconstitucional, cabe novamente mencionar a Lei Federal 9.263, de janeiro de 1996, que regulamentou o § 7º do artigo 226, e em seu artigo 2º, definindo o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, além de estabelecer regras de políticas para a implementação dos serviços de assistência ao planejamento familiar.

Assim, o direito ao planejamento familiar está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem, além da contracepção, a própria concepção, seja ela natural ou não. Olga Jubert[84] pondera com relação a um possível direito fundamental à Reprodução Humana Assistida:

> No tocante às técnicas humanas de reprodução assistida, vislumbra-se um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas jurídicas – possibilidades e limites – e ofertar respaldo a um possível direito à reprodução humana assistida. Como não há menção expressa do referido direito, ele deve ser construído através da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput), à saúde e ao de constituir uma família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º,III).

A autora ressalta ainda, estabelecendo uma ponderação, que a existência do direito não implica em seu uso indiscriminado por todos os interessados, devendo haver restrições na hipótese de colisões com outros direitos, pois o direito de procriar não deve ser utilizado apenas como vetor de realização pessoal dos pais[85].

Vale lembrar que a interpretação conforme a Constituição vem sendo um recurso usual do Supremo Tribunal Federal na escolha de um significado que

---

[83] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco, 2ª ed., Rio de janeiro:Renovar,2002, p. 245.

[84] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. Curitiba: Juruá, 2007, p.98.

[85] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**, Cit., p.120.

salvaguarde um texto legal da sanção de inconstitucionalidade. Nesse sentido lembra Inocêncio Mártires Coelho[86]:

> O princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política, ou, se quisermos, de política Constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.

Ocorre que, diante de um contexto de grupos considerados vulneráveis na realidade brasileira e que merecem proteção especial, a exemplo das mulheres e dos homossexuais, indaga-se se podemos admitir que o direito à procriação artificial deriva do direito à própria intimidade privada, aliado a um direito de liberdade individual enquanto expressão de autodeterminação física, e se isto implicaria em estender os usos das técnicas de reprodução humana às mulheres solteiras e aos casais homossexuais.

Assim, na hipótese do projeto individual, não estaríamos atentando quanto a possibilidade de outros direitos fundamentais que com ele colidam, como o próprio interesse da criança e adolescente, quanto ao direito de possuir uma paternidade?

O acesso aos meios científicos necessários seria indiscriminado ou encontraria limites, até mesmo em Princípios de Ordem Pública como o da Reserva Legal?

O argumento com relação aos casais homossexuais procura justificativa, principalmente em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2011 julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis, que, por sua vez já gozavam do amparo estabelecido pelo artigo 1.597 do CCB, relativo às presunções jurídicas de filiação. Além disso, posteriormente, várias conversões e casamentos foram realizados, em vários estados do Brasil, culminando com decisões no Superior Tribunal de Justiça - STJ quanto à admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Aqui não caberão os fundamentos da decisão, mas tão somente o fato da mesma haver incorporado a união homoafetiva para fins de proteção do Estado, como família, reconhecendo-lhe os efeitos jurídicos decorrentes, como o direito sucessório, a partilha de bens, os alimentos e outros efeitos da "conjugalidade".

---

[86] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo:Saraiva, 2008, p.119

Obviamente que a equiparação irrestrita estabelecida pela decisão, não inclui discriminantes naturais que poderiam afastar alguns efeitos jurídicos absolutamente aplicáveis à união estável heterossexual, como os efeitos das presunções jurídicas de filiação decorrentes da fecundação e concepção homólogas, previstas no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro, em seus incisos III e IV.[87]

De certo, o referido artigo destina-se a presumir a paternidade, que historicamente sempre foi incerta, considerando-se que a maternidade estaria sempre sujeita a certeza em razão da prenhez e do parto.

Ainda se questiona doutrinariamente se a referida regra se estende à união estável, já que teria sido elaborada para o casamento, mas tal discussão encontra-se superada majoritariamente, ficando consagrado o entendimento de que se estende.

Aqui mencionamos o artigo 1597, por referir-se expressamente à filiação, bem como à utilização das técnicas de reprodução humana, para fins de origem da filiação, mas o Brasil, não possui lei que regulamente o uso das mesmas, padecendo de uma lacuna o nosso ordenamento jurídico.

Ou seja, sem ao menos possuir uma lei que regulamente o uso das técnicas, o nosso Código Civil Brasileiro, achou por bem mencioná-las, mas tão somente para garantir que filhos advindos da mesma, teriam o mesmo tratamento de filiação, considerada a "conjugalidade" dos pais/genitores.

Surgem então as dúvidas decorrentes de um argumento proveniente de um silogismo simples: sendo a regra das presunções de paternidade estendidas à união estável, e tendo o STF equiparado a união homoafetiva à união estável, a regra também seria aplicável àquela?

Assim, a preocupação em se considerar o acesso aos meios da reprodução medicamente assistida um direito fundamental, importaria em se admitir o acesso à pessoa sozinha, que se mulher exigiria a doação de semem e se homem não apenas a doação de óvulo, como a participação de outra pessoa na procriação(necessariamente mulher), para a denominada cessão de útero, e desta forma, também para o casal homossexual feminino ou masculino.

---

[87] BRASIL. Lei 10.406 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf?sequence=1, acesso em 07 de fevereiro de 2016. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: ".....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;...."

Com relação a possibilidade de constituição da monoparentalidade voluntária – projeto individual, os argumentos contrários vão no sentido de que um possível direito a essas pessoas de recorrerem à reprodução assistida, poderia afrontar o Princípio do Melhor Interesse da Criança e de seu bem estar emocional. Nessa linha, a proteção Constitucional aferida às crianças abarcaria o seu direito de se desenvolverem num ambiente propício às potencialidades, enquanto seres humanos, o que, a princípio somente seria garantido numa família, no mínimo, *biparental.*[88]

De certo, se compreendermos esse argumento em caráter absoluto, estaremos rechaçando a família monoparental que já detém proteção Constitucional explícita, inclusive a decorrente da adoção por apenas uma única pessoa.

Nesse caso, caberia relativizar quanto à forma de origem da monoparentalidade, se advinda de circunstâncias culturais legitimadas, como o divórcio, de conduta individual voltada à solidariedade como a adoção, ou se advinda de uma conduta individual voltada à execução de um projeto individual sob o monopólio intencional da geração de um filho. Além disso, o propósito inicial da proteção à monoparentalidade destinou-se àquela que foi constituída "involuntariamente", porque decorreu da ausência e abandono do suposto pai.

Mesmo com o crescimento da teoria da socioafetividade e com a construção do senso comum quanto a distinção entre estado de filiação e origem genética, não podemos desprezar, em caráter absoluto, a busca da fertilização assistida como opção ao exercício da parentalidade, considerando a finalidade terapêutica, e o seu caráter subsidiário. Nesse sentido, e estando secundarizada à ser utilizada, excepcionalmente, não poderia figurar como direito fundamental pois em assim sendo, teria que ser garantida de todas as formas.

Limites éticos e legais devem ser observados, como a não onerosidade nas doações e cessões possíveis quanto ao material genético. A lei de Biossegurança que regula o artigo 225 da Constituição Federal veda a comercialização do material. Nesse ponto, não obstante a vedação legal, a doutrina brasileira é controversa.

Na ausência de lei que regule diretamente a utilização das técnicas de Reprodução Humana, se confere certa reverência às resoluções Éticas do Conselho

---

[88] LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. *In*: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.114.

Federal de Medicina, sem qualquer análise mais aprofundada quanto a sua Constitucionalidade ou não, no que pretendemos nos aprofundar em item próprio.

Na construção civil-constitucional, ao contrário, teríamos que garantir esse acesso enquanto direito fundamental de reprodução e até mesmo à saúde, com o cuidado necessário para que a utilização de tais direitos, no entanto, não venha a gerar violação de outros igualmente protegidos, máxime os que estão voltados a garantir a própria Dignidade Humana.

Contudo, não apenas na esfera da biotecnologia e de seu acesso encontram-se as vicissitudes que norteiam a dinâmica das relações familiares.

Desde a primeira grande modificação do Direito de Família no Brasil, com a aprovação do Divórcio em 1977, a família brasileira vem alcançando proteção na sua reconstituição, inicialmente através de novo casamento e posteriormente com a proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 às uniões estáveis e tais recomposições, importa em novas realidades de convivência familiar, máxime entre parentes que são classificados como sendo por "afinidade", que não detém expressamente na lei brasileira o rigor do dever jurídico do sustento por meio da obrigação alimentícia ou do direito sucessório.

A convivência com filhos dos "leitos" anteriores vem despertando teorias que relativizariam também o sistema estruturante binário da filiação, trazendo dúvidas quanto aos efeitos jurídicos decorrentes e propõem a mudança de estado de filiação para agregar os novos "pais" socioafetivos, sem prejuízo de manter os anteriores, fenômeno este que vem sendo denominado de "multiparentalidade". Não só na família recomposta, como também nas adoções, temos nos deparado com posturas judiciais de conformação, que alimentam o exercício pleno da liberdade ou da autonomia na constituição parental.

Nesse aspecto em particular, o que pretendemos demonstrar é que o sentido teoricamente dado ao fenômeno da "multiparentalidade" nada mais deve ser do que apenas uma ampliação da responsabilidade parental no seio da nova família brasileira, cujos efeitos não importam na tripartição do Poder Familiar ou mesmo no direito sucessório por meio da sucessão legítima, uma vez que, mesmo em havendo a alteração registral do nome, esta configurará apenas um exercício de direito de personalidade, mas não a configuração de novo estado de filiação.

Para tanto, partiremos de uma interpretação sistemática da construção da autonomia parental, que impõe deveres de coexistência.

Dos dados históricos acima resgatados, podemos perceber a revolução do direito de família. Oriundo de uma postura hermeticamente fechada e excludente, típica do contexto social de sua época, liberta-se das amarras de uma unidade plena, juntamente com a maior complexidade das relações, para tentar encontrar na heterogeneidade das condutas e relações atuais, uma segurança geral e abstrata que garanta a legitimidade e a produção de seus efeitos na esfera jurídica.

A parentalidade dilui-se em uma gama de possibilidades antes não detectadas, seja na esfera da consanguinidade, seja na esfera da socioafetividade, alterando o propósito de institutos cristalizados em nosso ordenamento e exigindo uma alteração sistêmica, seja pela interpretação conforme a Constituição, seja pelo ajuste das regras infraconstitucionais.

O grito de libertação, no entanto, não poderá se propagar sem a visão de delineamentos necessários, que garantam a evolução dos valores da própria sociedade e não a sua involução com o retrocesso aos agrupamentos pulverizados que um dia foram calcados em valores excessivamente individualistas, superados na história da civilização.

Sem prejuízo de reconhecimento de outras vicissitudes a serem perquiridas, elegemos apenas algumas delas, consideradas suficientes à demanda da presente reflexão.

A grande complexidade está na mudança de perspectiva da família, antes calcada em critérios extremamente objetivos, porém excludentes, e hoje, como espaço democrático à realização da personalidade de seus membros, caracteriza-se, substancialmente, por critérios subjetivos.

Segundo Paulo Lôbo[89], ao registrar o fenômeno da repersonalização das relações familiares, a família atual encontra-se fincada por interesses de cunho pessoal ou humano, tipificadas por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade.

Não obstante a busca incessante de vetores que possam qualificar a relação familiar parental, como o próprio critério biológico genético e a convivência familiar com o tratamento filial, a subjetividade da relação existencial não tem permitido parâmetros pré-definidos, haja vista a diversidade de critérios que vêm sendo reconhecidos e por vezes confundidos.

---

[89] LOBO, Paulo. A repersonalização das relações de família *In:* **O Direito de Família e a Constituição de 1988**, Carlos Alberto Bittas (Coord.), São Paulo, Saraiva, 1989, p. 71.

O grande desafio dessa tese é trazer uma contribuição para a definição de tais parâmetros, buscando a compreensão das dimensões principiológicas, e a identificação de limites a serem observados na categorização da filiação.

Diante de tanta diversidade, deparamo-nos com situações que são díspares mas encontram uma mesma solução, assim como situações que são aparentemente semelhantes, mas que demandam soluções díspares na configuração da filiação.

A teoria da socioafetividade vem sendo trabalhada de forma muito restrita e apenas na relação da filiação, afastando-se, por vezes, de responsabilidades parentais que devem ser assumidas independentemente da configuração do estado de filiação e talvez nesse parâmetro possamos buscar uma unidade que seja pautada nos valores atuais e não do passado. A diversidade é fator inegável e a busca de uma unidade é o papel do direito na consolidação da segurança jurídica.

No dizer de Fachin[90], segurança jurídica não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável, de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo. Tanto o direito positivado, imutável indefinidamente, quanto os entendimentos jurisprudenciais, mutáveis imotivadamente, geram a insegurança jurídica.

Nesse propósito, é que buscaremos estabelecer uma leitura crítica da legislação infraconstitucional, face à dinâmica dos fatos, bem como parâmetros que que deverão se estabelecer a partir de uma interpretação sistêmica quanto aos limites de nossa autonomia existencial e as responsabilidades parentais.

[90] FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. *In :* **Direito Civil Constitucional -a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequência**s/ Organizadores: CarlosEduardo Pianovski Ruzyk e outros, Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p.16.

CAPÍTULO II – OS FUNDAMENTOS DA FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Resumo: 2.1. Elementos fáticos da incidência da norma- Reprodução Humana (natural e assistida) e convivência familiar; 2.1.1. As técnicas de Reprodução Humana e sua normatização. 2.1.1.1. Portugal e as normas de Procriação Medicamente Assistida - PMA; 2.1.1.2. O Estatuto Normativo da Itália; 2.1.1.3. O Estatuto Normativo da Espanha; 2.1.1.4. O Brasil e a matéria da Reprodução Humana; 2.1.1.4.1. Normas Constitucionais; 2.2.2.4.2. Normas infraconstitucionais; 2.1.1.4.3. A previsão das técnicas nas presunções jurídicas de paternidade e sua reconfiguração; 2.1.1.4.4. Projetos de Lei no Brasil para a reprodução medicamente assistida; 2.1.1.5. A Resolução do Conselho Federal de Medicina – regulamento ético; 2.1.2. O Argentino e as categorias de filiação; 2.1.2.1. A filiação como fonte das técnicas de reprodução assistida; 2.1.2.2. A determinação da maternidade e as presunções; 2.1.2.3. A filiação extramatrimonial e as ações de estado de filiação; 2.1.2.4. A Adoção na legislação argentina; 2.1.2.5. A responsabilidade parental no parentesco afim; 2.1.3. As dimensões do critério socioafetivo.

Conforme explanado, a filiação sofreu e vem sofrendo substanciais qualificações a depender do contexto histórico e de valores de uma determinada sociedade em uma determinada época. O fato é que sempre, nos estágios da civilização estamos a pensar em não retroceder ou involuir em configurações que foram superadas e que passaram a não mais se coadunar com os propósitos e complexidade atuais.

Por vezes nos deparamos com expressões que se remetem “saudosamente” à tratamentos do passado, em franco reconhecimento de que estes não poderão mais emergir no contexto atual. É o que podemos pensar, por exemplo, com o critério de responsabilidade parental que um dia reduzia, de forma bastante simplória e objetiva, a configuração da filiação à existência do casamento entre os genitores, bonificando os pais casados pela não responsabilidade material e imaterial com os filhos advindos fora desse espectro.

O que pretendemos enxergar e registrar neste capítulo são os elementos fáticos atuais que podem e vêm suscitando a configuração do estado de filiação e suas consequências. Veremos que embora haja pressupostos ainda válidos e que provieram de um propósito superado, estes não mais se estabelecem com exclusividade, não podendo, contudo serem ignorados em caráter absoluto.

2.1. Elementos fáticos da incidência da norma

Torquato de Castro[91] enfatiza que *as leis, que sob a inspiração da natureza o jurista elabora, obedecem às exigências do mundo histórico do direito, como leis jurídicas que são. São sempre fórmulas móveis que seguem as vicissitudes do momento histórico*.

Daí a utilidade da norma principiológica, sujeita sempre a novas perspectivas e interpretações, que por vezes modifica, substancialmente, a perspectiva das leis envelhecidas e altera o espírito de todo o sistema, com um novo sentido ao conjunto, ênfase esta que será fortalecida em Capítulo próprio.

O autor ainda, na análise do fenômeno jurídico, reconhece que a incidência de normas de configuração atinentes à qualificação das pessoas, cria situações jurídicas prévias, concernentes à personalidade, à capacidade de agir e aos estados de família e de cidadania.

Buscando a concretude de tais afirmações com a nossa temática, temos que a situação de descender de alguém, biologicamente, pelo nascimento, constitui-se fato passível de incidência normativa que configura a relação como sendo de parentesco de filiação. Outrora este fato só produziria efeito de parentesco se estivesse sob o manto de determinada situação pré-definida pelo direito enquanto organização familiar, restrita à modalidade do casamento entre os genitores.

A situação de legitimação de filiação através do casamento, um dia criada pelo direito, como única forma de estabelecimento do parentesco, perde a razão de ser exclusiva com o advento do Estado Social e dos valores em seu entorno, desconfigurando situações que antes se situavam no campo da ilegitimidade. Não podemos afirmar que essa configuração não mais exista, em razão das presunções jurídicas de filiação, previstas no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro que a legitimam, embora de forma mais amena, como soma das possibilidades da qualificação do estado de filiação, mas não como única forma, como no passado.

A norma situacional tem a virtude de por em existência uma real situação jurídica, que, como veremos adiante, é uma relação que posiciona sujeito concreto,

---

[91] CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, p.05.

diante de um objeto, para assim projetar essa própria relação atributiva perante outro sujeito, ou perante terceiros.[92]

Dessa forma, não há que se confundir a lei prévia (instrumento político e teórico, oferecido à descoberta da norma situacional/ existência apenas pensada), com a norma situacional. O pensar no direito é instrumental, apenas para o agir prático, e é escravizado ao problema que condiciona a esse agir.

Sobre a estrutura da situação jurídica Torquato[93] esclarece ainda:

> A norma opera através de qualificações ideais. A qualificação jurídica dos elementos integrantes da situação – sujeito, objeto e posição de sujeito ou de cada sujeito – ocorre instantaneamente no exato momento da configuração integral do fato jurídico que dela constitui fundamento da existência.

Os elementos constitutivos da situação jurídica definem-se como: *a) sujeito; b) objeto; c) posição de sujeito; d) relação intersubjetiva ou relação jurídica que se estabelece entre os sujeitos.*

Identificamos, na atualidade, dois fatos que podem dar ensejo à relação jurídica entre os sujeitos, referente ao liame do parentesco de filiação: o fato natural e biológico do nascimento e o fato social da convivência familiar.

Além disso, a norma previu que através do ato jurídico formal da adoção, e portanto na ficção da lei, que tal liame pudesse se estabelecer independentemente do vínculo biológico e até mesmo de prévia convivência familiar, desde que para alcançar não apenas fins de natureza privada como a constituição do vínculo de filiação, mas também de ordem pública, ao garantir à criança ou adolescente, em situação de risco, a inserção em novo núcleo familiar que lhe permita o desenvolvimento da personalidade. Nasce, portanto, o parentesco da filiação também pela ficção jurídica da lei.

O fato biológico, contudo, pode ainda em situação real mais complexa, encontrar-se bifurcado entre a essência da consanguinidade e a essência da genética, conforme adiante será esclarecido, isso se decorrer de uma manipulação assistida por profissional médico.

Tal complexidade implicará na reflexão sobre possíveis novas qualificações normativas, máxime com relação à paternidade e maternidade, uma vez que

---

[92] CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. 1985, p.49.

[93] CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. Cit., p. 67.

atualmente, a norma jurídica estabelece a sua qualificação, com a exclusão de tais elementos variáveis e diferenciadores do circulo da ciência médica e social.

É certo que a norma jurídica buscou e busca os sinais da própria natureza para a caracterização do fato na relação jurídica de filiação. Nesse aspecto, o vínculo de filiação jurídica sempre foi raciocinado diferentemente no que diz respeito à paternidade e à maternidade. A paternidade, outrora sempre incerta para o direito pela ausência de meios científicos de sua aferição genética, foi lastreada em presunções, que têm por base o casamento ou a união estável de duas pessoas de sexos distintos, onde se presume que houve a união dos gametas feminino e masculino, pela reprodução, inicialmente inferida por meio apenas de prazos que antecedem o início da conjugalidade e que decorrem ao seu final.

Já a maternidade, ao contrário, sempre certa para o direito, estaria lastreada no vínculo biológico (genético e consanguíneo), sempre definido pela gestação aparente e pelo parto.

De qualquer forma, e tendo em vista uma gama de novas probabilidades fáticas para a busca da qualificação do estado de filiação, indagaríamos sobre a possibilidade de uma ficção, que fosse capaz de conferir certa unidade, sem perigo do retrocesso à estrutura fechada antes calcada apenas no casamento.

A partir dessas considerações gerais de inquietude, poderíamos indagar: onde se encontra a relação de filiação, juridicamente falando na atualidade e segundo a norma jurídica vigente? Em que fatos a norma que atribui o vínculo jurídico poderá incidir?

A complexidade trazida pela possibilidade de manipulação medicamente assistida de gametas para auxílio na reprodução humana induz o intérprete e muitas vezes o aplicador, a concluir, equivocadamente, que além do critério biológico pela origem genética ou consanguínea, e do critério socioafetivo (por lei, como a adoção ou decorrente de prévia convivência familiar, como a posse de estado de filiação), os indivíduos estariam autorizados pela vontade contratual, a alterar tais critérios, sem a observância dos limites da sua autonomia.

Assim, de acordo com as probabilidades fáticas, poderíamos construir uma gama de combinações, considerando o avanço da biotecnologia, mas nem todas as combinações possíveis estariam sujeitas aos efeitos jurídicos, pela não incidência normativa.

Imaginemos, apenas faticamente, as seguintes possibilidades:

a) O fato da reprodução humana

a.1. Na Reprodução Humana Natural

a.1.1 A paternidade biológica (necessariamente genética), é atribuída pelo reconhecimento voluntário ou compulsório (judicial) com base na investigação pericial do DNA, tenha ou não havido intenção no projeto parental;

a.1.2 A maternidade identificada pela prenhez e pelo parto (consanguínea e genética), atribuída à gestante, independentemente do elemento intencional do projeto parental;

a.2. Na Reprodução Humana Assistida com projeto parental

a.2.1 A paternidade biológica/genética do marido ou companheiro, pelo uso de seu material em projeto parental conjunto com sua esposa/companheira (homóloga), que por sua vez, será a gestante;

a.2.2 A paternidade ou a maternidade biológica/genética do homem e da mulher, pelo uso consentido de material de terceiros na reprodução(óvulo ou sêmen), com intenção de realização do projeto parental conjunto, independentemente do casamento e de união estável;

a.2.3 A maternidade biológica/consanguínea da mulher, pelo uso consentido de material genético de terceiros (doação de óvulo e de sêmen), com intenção de realização do projeto parental individual ;

a.2.4 A maternidade biológica/genética, com o uso de seu material genético e de terceiro (sêmen), e utilização da gestação subrrogada, com intenção de realização de projeto parental individual ou em conjunto;

a.2.5 A paternidade biológica autônoma (com vínculo genético, doação de óvulo e gestação subrrogada), decorrente de projeto parental individual.

O que se observa enquanto parâmetro da filiação a ser estabelecida através da Reprodução Humana Assistida, é o necessário elemento intencional na realização do projeto parental em conjunto ou separadamente. Este por sua vez, o elemento intencional, independeria da existência de casamento ou de união estável, ou ainda da existência ou não de carga genética ou biológica. A intervenção médica seria o instrumento através do qual se viabilizaria o projeto parental. Atribuir-se-ia a filiação àquele (a) que tem a intenção do exercício da paternidade ou maternidade, intenção essa refletida na busca e formalização de instrumentos contratuais, com a intervenção do responsável técnico.

Contudo, das inúmeras combinações possíveis elaboradas pela ciência médica, para efeitos jurídicos, apenas a genética poderia ser dispensada tanto para o pai como para a mãe, mas a gestação, juridicamente, sempre atribuirá a maternidade seja pela natureza, seja pela incidência normativa e ainda pela impossibilidade de renúncia do poder familiar, no modelo Brasileiro.

Dessa forma, na especial técnica da gestação subrrogada, ou maternidade de substituição, dentre tantos outros adjetivos já atribuídos, pretende-se que o vínculo biológico da gestante, não seja capaz de permitir a incidência do vínculo de filiação e para favorecer esse argumento, recomenda-se que quando utilizada, não seja a gestante a doadora do material genético (óvulo). Esta maternidade "social", não obstante calcada nas mais nobres intenções solidárias invocadas, abre vasto campo de discussão na ciência do direito, na medida em que a mulher gestante passa a ser um meio e não um fim em si mesma. Assim, o propósito dessa gestação residiria na solidariedade para viabilizar o projeto parental de terceiros, mas comprometendo bens jurídicos superiores, como a própria vida da gestante.

Em tese, essa técnica também permitiria que a gestante, responsável pela "gestação solidária", doasse também o seu óvulo, mas isto comungaria em sua pessoa, as duas faces da origem biológica (a consanguínea e a genética), e eticamente, poderiam comprometer ainda mais o favorecimento do projeto parental, abrindo precedente que fragilizaria o caráter irrenunciável do poder familiar em nosso sistema, e permitindo interpretações em torno da possibilidade de doação de filhos entre particulares, pela avença contratual.

Para aquele que cedeu o seu material genético de forma anônima, não houve intenção no projeto parental, não ensejando o liame de parentesco, não devendo aí ser atribuída qualquer paternidade ou maternidade, responsabilidade e direitos decorrentes deste vínculo.

Por essa razão, é assente em nossa doutrina, que a inseminação heteróloga, quando realizada na esposa, com o expresso consentimento do marido, configura-se em presunção *jure et de jure* da paternidade deste.

b) O fato social da convivência

O fato social da convivência familiar, por sua vez, pode ou não exigir o elemento intencional *ab initio* do projeto parental. A conduta reiterada dos deveres decorrentes de um exercício da paternidade ou maternidade, por si só, poderá trazer a

incidência do vínculo parental da filiação e a busca pela formalização registral do vínculo, através do qual se permitirá a produção dos efeitos decorrentes.

A convivência familiar prescinde de uma reprodução humana, seja natural ou artificial, ou mesmo do vinculo do casamento ou da união estável.

Registraríamos dentre as possibilidades, as seguintes:

b.1. Paternidade/maternidade legal – Adoção e Presunções jurídicas

b.1.1 Adoção – intenção *ab initio* para a convivência

Através do instituto legal da adoção, que exige a judicialização da pretensão, e os parâmetros determinados por lei, que tentam garantir a inserção deste em ambiente adequado à formação de sua personalidade e visa chancelar o projeto parental dos requerentes, autorizando o registro. O procedimento requer o elemento intencional dos requerentes, a sua habilitação e produz efeitos extintivos do vínculo de filiação originário, tenha sido ele decorrente de qualquer tipo de reprodução humana, ou mesmo de outra adoção. Além disso, a judicialização e habilitação dos pretendentes e do adotando, são expressões máximas da intervenção do Estado na configuração dessa filiação. Em capítulo próprio, a adoção será tratada, máxime com relação ao sentido de autonomia que lhe deve se emprestada;

b.1.2Presunções legais – valorização da convivência sob a conjugalidade (prazos e heteróloga)

Decorrentes das presunções legais de filiação, previstas nos incisos I, II e V do artigo 1597 do CCB, as presunções baseiam-se na existência de um vínculo jurídico do casamento ou união estável, para atribuir filiação ao pai, de filhos que tenham sido concebidos até 180 dias antes do estabelecimento do casamento ou união estável, ou ainda tenham nascido depois de 300 dias da dissolução destas entidades, independentemente da existência ou não de reprodução real entre os pares, seja natural ou artificial, ou mesmo de elemento intencional de projeto parental. A presunção prevista no inciso V garante a filiação ao marido, se este houver consentido no uso de material genético de terceiro em sua esposa ou companheira, atribuindo-lhe a paternidade pela intenção presumida do projeto parental e atendendo a sua autonomia expressa no consentimento;

Consideramos que as presunções jurídicas de filiação previstas nos demais incisos, III e IV do referido artigo 1597 do CCB, baseiam-se, também no elemento intencional do projeto parental, mas principalmente na existência de vínculo biológico/genético do casal, já que se refere ao uso homólogo do material de ambos,

não deixando dúvidas de que estaria na origem biológica e não na presunção da lei tal parentesco.

As hipóteses foram inseridas no capítulo das presunções, apenas para garantir a filiação independentemente do tempo ou época da concepção. Visaram, portanto, garantir que o uso do material do casal garantiria a filiação, independentemente da época da utilização do material pelo casal, ou pelo sobrevivente dentre eles.

Nesse sentido, não se configuram como verdadeiras presunções já que não há dúvidas de que se o material genético é do casal, portanto, já há a certeza da filiação biológica/genética.

b.1.3. A posse de estado de filiação – convivência pré-constituída – com ou sem intenção posterior para o estado de filiação

A posse do estado de filiação advém de um comportamento entre os sujeitos da relação, que importa na reciprocidade de tratamento entre eles como pai/mãe e filho, e de assunção de responsabilidades de sustento, cuidado e proteção, devendo tal conduta realizar-se de forma contínua, duradoura e aparente para a sociedade ou grupo comunitário, de forma a não deixar dúvidas para a sociedade, quanto ao tipo de vínculo ali estabelecido.

Requer como pressuposto ao seu reconhecimento, não apenas a convivência nesses moldes, como também a judicialização do processo para a obtenção da autorização do registro, uma vez provada a posse pela convivência, tratamento e notoriedade(*nomen, tratactus e fama*), o registro civil poderá ser alterado para a configuração do estado de filiação registral.

b.1.4. A adoção à brasileira – convivência sob a "falsidade" e sem erro

Terminantemente proibida por lei, a denominada "adoção à brasileira", seria a convivência estabelecida nos mesmos moldes da posse do estado de filiação, porém, iniciada ou deflagrada através da iniciativa de registro pelos "pais", mediante conduta tipificada como crime em nossa legislação penal, que consiste na declaração falsa perante oficial público do registro civil de que o seu filho é natural.

As consequências não seriam apenas penais, mas, civilmente, tal registro seria maculado pela nulidade. Contudo, a realidade brasileira judicial, revela que há, pelo judiciário, uma valorização desse registro, em nome do verdadeiro sentido do instituto da filiação, que se houver cumprido com o seu propósito de estabelecer entre as partes *a afecctio*, será inútil a sua anulação formal.

O caso para obter relevância e preponderância da filiação registral não obstante a sua falsidade, não poderá se estabelecer com prejuízo de direito de terceiros, que foram sonegados quanto ao exercício de sua paternidade/maternidade. Assim, a denominada adoção à brasileira, para obter a incidência positiva do estado de filiação, deve conjugar a existência de erro (ignorância) e a ausência de sequestro e captação de menor, sob pena de estarmos sobrelevando a conduta afetiva e com isso estarmos justificando uma prática criminosa.

Assim, todos os fatos acima mencionados poderão ensejar o vínculo jurídico da filiação. Em nenhum deles haverá a dispensa do elemento formal do registro, qualificação jurídica da filiação em nosso ordenamento jurídico. O que estamos a considerar é que tal registro poderá ter como instrumentos deflagradores: a declaração unilateral ou conjunta do(s) pai(s) interessados, simultânea ou sucessivamente, perante o registro ou por meios dos instrumentos previstos em lei; a sentença judicial que determine o registro, seja pelo reconhecimento compulsório (investigação de paternidade/maternidade), seja pela declaração de filiação socioafetiva (adoção e posse de estado de filiação); e a própria lei nas presunções jurídicas de filiação, advindas do casamento e da união estável, que autorizam o registro do filho ao casal.

O corte a ser atribuído pelo direito diante de tão diversas combinações fáticas residiria, portanto, nessa ordem:

- Na identificação do fato originário da filiação se proveniente da reprodução humana (natural ou artificial) ou da convivência familiar;
- Na identificação de existência ou não do projeto parental pelo elemento intencional, ou seja, se houve o planejamento familiar ou o projeto parental, considerando a utilização das técnicas de reprodução humana e os materiais genéticos doados;
- Na legitimação e licitude do instrumento que viabilizará o fato e o registro (declaração, contrato, sentença e lei);
- Nos parâmetros a serem estabelecidos aos instrumentos, garantindo que a conduta tenha se pautado em limites éticos permeados pelo nosso ordenamento jurídico (solidariedade), no combate às condutas criminalizadas (sequestro e o tráfico) e antijurídicas ou ilícitas (onerosidade), no consenso moral da sociedade e atentas ao que se convenciona dignidade da pessoa.

Vistos os pressupostos fáticos naturais e culturais ensejadores da qualificação do vínculo de filiação para fins e efeitos jurídicos desse parentesco, passemos a analisar os detalhes de suas novas configurações, em razão do aumento das possibilidades conferida pela ciência médica.

2.1.1. As Técnicas de Reprodução Humana

Por certo a abordagem completa desse item envolveria conceitos técnicos e um conhecimento científico médico mais aprofundados, se o estudo estivesse concentrado nos aspectos do biodireito. Contudo, o que se pretende com vistas a presente tese é principalmente, analisar como a procriação não sexuada e a evolução das técnicas envolvidas afetaram valores culturais e requerem um olhar diferenciado e precavido de seus efeitos na esfera social e no campo jurídico ligado às relações parentais.

No ítem anterior reconhecemos que os elementos fáticos decorrentes da utilização das técnicas podem ensejar o estabelecimento de vínculos jurídicos parentais, e aqui tentaremos relacionar as técnicas que teriam relevância para o estabelecimento de tal vínculo, já trazendo alguns elementos que justificam limites éticos na utilização. Isso porque a matéria da reprodução humana assistida se insere nas discussões da bioética e do biodireito, que por sua vez requer considerações filosóficas e sociológicas, além das jurídicas.

No tratamento dado por Maria Helena Diniz[94], a reprodução humana assistida, é o conjunto de operações para unir artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano e poderá se dar pelos métodos ZIFT (que concretiza a ectogênese ou fertilização *in vitro*) ou GIFT (fecundação *in vivo* ou inoculação do sêmen na mulher).

Em caso de inseminação artificial, poderá haver a chamada inseminação homóloga (praticada na esposa ou convivente com o sêmen do marido ou convivente, em vida deste ou após a sua morte (AIH – Artificial Insemination by Husband), e a inseminação heteróloga, durante o casamento ou união estável, feita na esposa ou convivente, com esperma de terceiro (AID – Artificial Insemination by Donor).

---

[94] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 452.

A partir daí, a autora[95] elenca uma série de combinações que poderiam ser realizadas, com o auxílio da ciência médica, e que podem envolver pessoas da família ou terceiros, todos voltados ao papel de auxiliar a resolução dos problemas da infertilidade humana:

> a) Fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com esperma do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;
> b) Fertilização in vitro com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
> c) Fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente à sua mulher, mas implantado no seu útero;
> d) Fertilização, com esperma de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela;
> e) Fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizando do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa (convivente);
> f) Fertilização com esperma de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher;
> g) Fecundação in vitro de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente) seja implantado no útero da mulher ou de outra.

O entusiasmo foi grande, da engenharia genética e o *frenesi* passou a se constituir um grande desafio para o direito, não apenas pelos problemas ético-jurídicos que envolvem a possibilidade de coisificação do ser humano, como também as categorias jurídicas do parentesco de filiação e seus efeitos decorrentes.

A valoração que a norma estabeleceu sobre o fato biológico do nascimento, sempre considerou a simultaneidade e origem comum das duas essências (consanguínea e genética), partindo sempre do pressuposto de que não haveria outra forma de reprodução humana que não a natural e proveniente do relacionamento sexual.

No Brasil, não obstante diversos projetos de Lei com os seus respectivos substitutivos, ainda não há normatização específica na utilização e limites das Técnicas de Reprodução Humana - TRH, já largamente implementadas em diversos centros médicos do país. Posteriormente teremos a oportunidade de analisar a perspectiva legal no Brasil, que tramita no Congresso Nacional.

---

[95] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, *Cit., p.452*.

Com relação ao parentesco da filiação, tema central da presente tese, as incertezas em nosso ordenamento sempre estiveram em torno da paternidade, que quando não presumida pelo casamento, dependeria de um reconhecimento voluntário ou involuntário, uma vez comprovado que o relacionamento do suposto pai com a gestante ocorreu na provável época da concepção, já que não havia meios científicos para confirmar dita paternidade. Com os avanços do estudo da engenharia genética, o DNA passou a ter um valor significativo como prova da filiação, contudo, sem caráter absoluto em nosso sistema, haja vista a existência do estado de filiação independente da origem genética.

Já com relação à maternidade, nunca houve incerteza em nosso ordenamento jurídico, e as primeiras discussões sobre as combinações científicas possíveis a partir das técnicas de reprodução humana, chegou-se a refletir sobre a relativização da presunção *mater semper certa est*.

Com a garantia do auxílio da ciência médica na reprodução natural, quando presente a infertilidade parcial ou total dos interessados, geraram-se inúmeras expectativas e anseios. Estando a infertilidade catalogada como doença pela Organização Mundial de Saúde - OMS, o auxílio na Reprodução, estaria atendendo a um direito fundamental à saúde (Infertilidade masculina CID 10- N46[96] e infertilidade feminina – CID 10 – N96[97]).

Ingressando na prática médica que auxilia a reprodução humana, podemos visualizar a possibilidade de bifurcação da essência biológica, na medida em que a gestante poderá gerar por meio de óvulo que não produziu, detendo com o feto consanguinidade mas não liame genético.

Contudo, as descobertas e atuação médica, primeiro precisam passar por um crivo de aceitação moral e ética, e em seguida, deverão ser valoradas para a construção de uma situação jurídica, a partir de sua normatização pelo Estado.

Conforme se pode depreender das características da Reprodução Humana Assistida, a medicina foi capaz de desenvolver-se ao ponto de alterar e ampliar a possibilidade de critérios biológicos em mais de duas pessoas, quando nos referimos, por exemplo, à técnica de gestação subrrogada ou cessão de útero.

---

[96] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. Medicina Net. http://www.medicinanet.com.br/cid10/2124/n46_infertilidade_masculina.htm, acesso em 04.01.2016.

[97] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. Medicina Net http://www.medicinanet.com.br/cid10/2160/n97_infertilidade_feminina.htm, acesso em 04.01.2016.

Nesta, a criança pode ter uma origem genética distinta da origem consanguínea, na medida em que o gameta feminino a ser utilizado pode ser o da contratante, aquela que intenciona o projeto parental, não obstante a gestante também lhe transmita dados e detenha com a criança, como dito, a consanguinidade.

Precisaríamos, na ressignificação da maternidade, considerar juridicamente o elemento intencional, nessa hipótese, como determinante, para a sua configuração, quando em verdade o nosso modelo legal não deixa dúvidas quanto à certeza da maternidade - *mater semper certa est* – e a gestante seria a detentora dos direitos à maternidade, não obstante tenha concordado, por contrato, com a "gestação solidária" em prol de projeto parental alheio. Aliás, o oficial de Registro Civil, por lei, só poderá registrar a maternidade em nome da gestante.

Não havendo legislação que estabeleça limites na utilização das técnicas, estas continuam sendo ofertadas e ingressam no mundo dos fatos por meio de autorização ética dos profissionais da saúde, através de Resolução do Conselho Federal de Medicina, regras estas que por sua vez, deixam dúvidas com relação à sua constitucionalidade, na medida em que não podem invadir a reserva do legislador.

A esse respeito, aliás, é de extrema gravidade não apenas o fato de tais regras invadirem a reserva do legislador, estabelecendo direitos e obrigações, como também a forma de sua elaboração e autoria, realizada por segmento médico, com total déficit democrático, já que não há participação representativa popular, razão pela qual não poderia ter reflexo sequer indireto, quanto mais direto como vem obtendo.

A esse respeito, atente-se ao que dispõe o artigo 5º, II de nossa Carta Magna, ao estabelecer que *ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* Assim, nenhuma das obrigações previstas em tais Resoluções sujeita o usuário a seguir.

No mundo, temos vários sistemas jurídicos que regulam diferentemente a matéria da reprodução humana, ora favorecendo a plena autonomia dos particulares, ora limitando tal autonomia e inibindo a utilização de algumas técnicas.

A OMS – Organização Mundial de Saúde, ao definir a infertilidade enquanto doença, conforme acima mencionado, admite o auxílio para a minimização dos aspectos da infertilidade, mas tal auxílio, não envolve a possibilidade de extrema manipulação, mas tão somente de minimização dos efeitos da infertilidade, por meio de estímulos na produção de material genético ou doação destes, mediante o anonimato de quem doa em auxílio de projeto parental alheio.

A técnica que envolve a participação direta de "terceiro" como a gestação subrrogada, no entanto, não obstante amplamente difundida no Brasil e autorizada pelo nosso Conselho Federal de Medicina, desvirtua paradigmas legais estabelecidos pelo nosso sistema.

A possibilidade de manipulação, sem limites, considerando uma autonomia absoluta dos contratantes e da atuação do centro médico responsável, além de infringir preceito Constitucional, encobre uma finalidade corporativa e lucrativa por parte de profissionais da medicina, conferindo-lhes a possibilidade de seleção embrionária e outros fatores que podem por em risco o futuro da natureza humana. (*Grifo nosso*)

Já esboçamos no primeiro capítulo, as diversas vicissitudes que passaram a gerar dúvidas na configuração da filiação, e pela ausência de proibição legal ou regulamentação de limites na utilização das técnicas, os profissionais de saúde, não obstante recebam orientações éticas, detém certo poder de utilização e centralizam em sua atuação a decisão quanto aos seus próprios limites profissionais.

A ciência médica parece não ter limites para as suas descobertas, atuações e intervenções e pode se utilizar do discurso da "cura" da infertilidade e da garantia da liberdade no projeto parental para obter aceitação.

A intervenção no genoma humano e a possibilidade de alteração da cadeia genética em processo de seleção que elimine doenças hereditárias e salve vidas é uma possibilidade estimulante, para considerarmos a teoria liberal – *Pro Choice*, mas coloca em risco as considerações sobre a própria vida e escolhas que podemos fazer com relação às vidas que não nos pertence.

Habermas[98] reflete sobre uma eugenia liberal, admitindo que esta não reconhece um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, deixando às preferências individuais dos integrantes do mercado. Na medida em que a produção e utilização de embriões para fins de pesquisas na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo benefício.

---

[98] HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução Karina Jannini, São Paulo: Marins Fontes, 2004, p. 18.

Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[99], há limites a serem observados que justificam as legislações dos países da Europa, conforme previsão em seu artigo 3º, *nomeadamente a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro*.

Em verdade, o que se tornou tecnicamente disponível por meio da ciência deve sofrer balizamento moral de indisponibilidade, que por sua vez e de certa forma, também pode revelar uma posição partidarista e conservadora – *Pro Life*.

O autor diferencia o uso do Diagnóstico Genético Pré-Implantatório (DGPI), que torna possível submeter o embrião que se encontra no estágio de oito células a um exame genético de precaução, evitando riscos de transmissão de doenças hereditárias, poupando a mãe de uma interrupção da gravidez, ou seja, que permite prevenir um eventual aborto pela rejeição, da interrupção da gravidez em aspectos relevantes.[100]

Obviamente já existem sistemas de intervenção nas características do DNA, que por sua vez, é o responsável por identificar as características únicas das pessoas, que possibilitam o uso de ferramentas simples, que visam melhoria, revitalização do código genético da pessoa, eliminando a possibilidade de doenças, contudo, essa mesma ferramenta pode ser utilizada por finalidade estética e que se encontram na escolha exclusiva não do verdadeiro interessado que vem a ser o ser, mas das pessoas que promovem as sua manipulação, visando interesses individualistas.[101]

De qualquer forma, a indisponibilidade não reside apenas na figura que recebe *status* de um sujeito de direitos e, portanto, não é apenas aquilo que a dignidade humana tem ou naquilo em que se define.

> A autonomia é, antes, uma conquista precária de existências finitas, que só conseguem se fortalecer quando conscientes de sua vulnerabilidade física e de sua dependência social. É o universo das relações e interações

---

[99] CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, **Jornal Oficial das Comunidades Européias.** http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf, acesso em 04.01.2016. Direito à integridade do ser humano. 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
- o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;
- a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que tem por finalidade a seleção das pessoas;
- a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; e
- a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

[100] HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução Karina Jannini, São Paulo: Marins Fontes, 2004, p.43.

[101] CAIN, Chris. **CRISPR genome editing.** http://www.nature.com/scibx/journal/v6/n4/full/scibx.2013.77.html, **acesso em 04.01.2016.**

> interpessoais possíveis, que necessita e é capaz de impor regras morais. Apenas nessa rede de relações de reconhecimento e legitimamente reguladas é que as pessoas podem desenvolver e manter uma identidade pessoal, juntamente com sua integridade física.[102]

A discussão só se torna relevante para a presente tese, na medida em que as técnicas de reprodução humana podem permitir também esse tipo de manipulação no projeto parental. Assim como para demonstrar que o projeto parental está sujeito ao exercício de uma autonomia "limitada", não apenas em razão de ideologias morais, mas quando tais ideologias definem o sistema jurídico, como no caso do Brasil.

A legitimação ou não de vínculos parentais e seus efeitos jurídicos, nas diversas combinações acima exemplificadas e possíveis pela ciência médica, deve ser definida pelo direito e não por regras deontológicas ou ainda autorizações administrativas.

O problema no Brasil, pela ausência de legislação específica, se revela ainda maior quando o próprio judiciário autoriza o exercício da autonomia contratual pelos interessados para determinar a mudança da categorização do estado de filiação estabelecido pela lei, sem levar em conta as condições de validade do negócio jurídico e os paradigmas de nosso ordenamento.

Se tais limites estarão sujeitos a alterações em um futuro não muito longínquo, isso exigirá uma forte mudança de paradigmas a serem redefinidos culturalmente.

A título de buscar algumas justificativas comparadas de sistemas jurídicos que apresentam limites na utilização das técnicas de reprodução humana, adotaremos como exemplo, as leis de Portugal, Itália e Espanha, que dentre outros países da Europa, estabelecem tais limites para a configuração do estado de filiação.

As legislações europeias abaixo identificadas trazem consigo uma tradição religiosa, contudo, o parâmetro que se pretende traçar, não pode desprezar a influência de muitas delas no Brasil.

Na Suiça, por exemplo, que não possui essa tradição, podemos encontrar também uma legislação bem rígida a esse respeito, embora não esteja presente no estudo comparado dessa tese.

---

[102] HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução Karina Jannini, São Paulo: Marins Fontes, 2004, p.48.

Segundo Buchler[103], o acesso à medicina reprodutiva na Suiça é restrito quando se fala de pessoas do mesmo sexo e pessoas solteiras, que são excluídas da doação de gametas. Existe um banimento absoluto de certas técnicas, como a maternidade de subrrogação, e a doação de óvulo e embrião, e a regulação de RMA, coloca vários mecanismos com o intuito de garantir o direito da criança em conhecer as suas origens.

Para os padrões internacionais, a legislação Suiça é restritiva, portanto não é surpresa que as pessoas busquem satisfazer os seus desejos de paternidade em outros países.

Com relação à maternidade subrogada por exemplo, diga-se enquanto técnica mais complexa, há expressa proibição, contudo, quando realizada em outros países, ela pode vir a ser reconhecida na Suiça, principalmente quando os pais pretendentes são heterossexuais, pois haverá para o oficial do registro uma presunção mediante a declaração. Contudo, quando se trata de pessoa solteira ou casal homossexual, essa presunção não se estabelece facilmente.

Segundo a autora, o artigo 27 do Código Civil, prevê que o exame dos documentos e decisões do exterior, devem atender ao que eles consideram Ordem Pública Substantiva do País. [104] E esta implica na análise, se a decisão ou documento estrangeiro, observa o bem estar da criança.

A título de exemplo, a autora menciona decisão de 21 de maio de 2015, em que a Corte Suprema da Suiça decidiu no sentido de não reconhecer ao vínculo paterno-filial ao pretendente não biológico que utilizou a referida técnica no Estado da Califórnia. A hipótese concreta foi de casal homossexual masculino, que, segundo a fundamentação da Corte, teria se evadido à Ordem Pública da Suiça.

Na avaliação do caso, as autoridades entenderam necessário que um instrumento estrangeiro (contrato ou decisão) teria que incluir considerações sobre o bem estar da criança, particularmente no que se refere à adequabilidade dos pretendentes assumirem papéis parentais.

Se nas decisões ou documentos não constassem tais considerações, a ordem pública evitaria que o reconhecimento fosse garantido.

---

103 BUCHLER, Andrea. Surrrogacy and international private law in Switzerland, *In:* **The international survey of Family law,** Bristol: Jordan Publishing, 2005, p. 327.

104 BUCHLER, Andrea. Surrrogacy and international private law in Switzerland, *In:* **The international survey of Family law,** Bristol: Jordan Publishing, 2005, p. 329.

2.1.1.1. Portugal e a norma sobre Procriação Medicamente Assistida

Portugal, cuja regulamentação adveio de Lei 32/2006, de 26 de Julho de 2006[105], que apresenta em sua Constituição Federal de 1976 os mesmos parâmetros de liberdade de planejamento familiar que a nossa Constituição de 1988, estabeleceu limites rigorosos à utilização das técnicas, proibindo, por exemplo, a técnica de maternidade de substituição, sob pena de, se realizada, ser considerada mãe, a gestante. Tanto Portugal, como o Brasil, tiveram influência do direito romano-germânico, contudo, este na falta de legislação específica, termina favorecendo o uso das técnicas sob a regulamentação tão somente da deontologia médica, nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que não são normas jurídicas.

Portugal aprovou a denominada lei da PMA – Procriação Medicamente Assistida, que regulamenta as seguintes técnicas: a) Inseminação artificial; b) Fertilização *in vitro;* c) Injecção intracitoplasmática de espermatozoides; d) Transferência de embriões, gametas ou zigotos; e) Diagnóstico genético pré-implantação; e f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalente ou subsidiárias.

Como condição de admissibilidade, estabelece que as mesmas só poderão ser utilizadas subsidiariamente e com finalidade terapêutica, sendo os seus beneficiários apenas as pessoas casadas ou condições análogas de convivência.

É permitida a doação de espermatozoide, ovócitos e embriões, proibida qualquer negociação onerosa, garantindo-se a confidencialidade da identidade do dador anônimo, exonerando-o com relação a qualquer responsabilidade parental.

São técnicas proibidas, a inseminação *post mortem* de material genético e a denominada maternidade de substituição. Na hipótese da inseminação *post mortem*, a proibição reside mesmo tendo havido prévio consentimento do projeto parental pelo *de cujus,* salvo se o material corresponder a embriões já fecundados e desde que tenha havido expressa autorização e no caso da maternidade de substituição, a maternidade será definida pela gestação se esta vier a ocorrer.

A referida lei sofreu críticas da doutrina portuguesa, entre os considerados mais "conservadores" e os mais "progressistas".

---

[105] PORTUGAL. Lei 32/2006 de 26 de julho. Procriação Medicamente Assistida. http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf, acesso em 16 de janeiro de 2016.

Oliveira Ascenção[106] aponta para uma série de contradições na referida lei e ressalva:

> Basta ter presente que neste domínio se perfilam hoje interesses milionários, como, aliás, em todo o sector da saúde. O *lobby* da liberalização é muito poderoso e activo e tem entrada franca nos meios políticos e na comunicação social. As preocupações éticas surgem naturalmente como um empecilho à expansão empresarial. Isto explica o carácter ambíguo da lei, que é destinada a permitir muito mais do que aparenta.

Para o autor ainda, a lei é clara de que se destina a projeto parental conjunto entre pessoas de sexos distintos. Apesar da lei não requerer vínculo familiar ou base biológica aos beneficiários, concede a estes efetivo domínio sobre o material doado, na medida em que podem cedê-lo às pesquisas ou doá-lo, como se proprietários fossem, o que importa em "coisificação" do material genético de tem qualificação própria que não de "coisa".

> Todo o elemento genético é da ordem das pessoas. Particularmente no que respeita aos embriões, mesmo quem não aceita que sejam pessoas deve reconhecer que são da ordem das pessoas. Isso significa que o seu estatuto não pode ser desligado do da pessoa e tratado como se fosse coisa. Por isso não são venais; não podem ser objecto de comércio. Mas falando-se em *doação* deixa-se escapar uma visão defeituosa. O objecto da doação são coisas; cede-se a propriedade. Se o elemento genético não é coisa, não pode ser objecto de doação. Isto é ainda mais chocante no que respeita aos embriões.[107]

Mas enquanto a doutrina portuguesa considerou ampla a normativa do país e por vezes contraditória e temerosa, conforme acima explanado, uma outra linha de pensamento pautada no exercício de uma liberdade plena no projeto parental, entende que as técnicas deveriam estar disponíveis, para pessoas celibatárias e casais homossexuais para o exercício do que consideram um direito fundamental à reprodução, que apenas poderia se dar por meio das referidas técnicas.

Este é o posicionamento de Marianna Chaves[108] ao criticar a lei portuguesa, que segundo ela, teria sido reducionista na garantia de tais "direitos fundamentais". Defende a autora:

---

[106] ASCENÇÃO, Oliveira J. **A LEI N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida.** http://www.apdi.pt/pdfLEI%2032-06%20PMA.pdf, acesso em 04 de novembro de 2015.

[107] ASCENÇÃO, Oliveira J. **A LEI N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida.** http://www.apdi.pt/pdfLEI%2032-06%20PMA.pdf**,** acesso em 04 de novembro de 2015.

[108] CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre a Lei de Procriação Medicamente Assistida portuguesa e os "bebês fora da lei"**. http://jus.com.br/artigos/20653/algumas-notas-sobre-a-lei-de-procriacao-medicamente-assistida-portuguesa-e-os-bebes-fora-da-lei acesso em 04 de novembro de 2015.

> Um Estado que negue o direito à parentalidade a uma parte dos indivíduos – celibatários e/ou homossexuais, impedindo a realização pessoal dos mesmos viola seus direitos fundamentais à igualdade e à não-discriminação, obstrui o exercício da cidadania e coloca em xeque a própria democracia e dignidade das pessoas, ao deixar de promover positiva e igualitariamente as liberdades fundamentais de todos os seus cidadãos.

Há que se questionar, no entanto, se se trata de negativa do Estado quanto à parentalidade e se de fato as restrições da lei impedem o projeto parental de pessoas que tiveram uma opção que não permite uma reprodução natural ou mesmo assistida entre os pares. O impedimento natural de autoreprodução ou de reprodução entre pessoas do mesmo sexo, configura-se em discriminante natural, que não os diminui absolutamente enquanto pessoas e cidadãos, mas coloca-os de forma diferenciada. O comprometimento de outros valores éticos para a humanidade, pode situar-se em bens jurídicos de defesa mais relevante para o Estado e para toda a comunidade, inclusive para os que fizeram a sua livre opção.

2.1.1.2. O Estatuto Normativo da Itália

A Itália tem sua lei de origem, de nº 40, no ano de 2004, gerando uma série de polêmicas com relação a disposições que posteriormente foram consideradas discriminatórias e contrárias aos preceitos constitucionais, pela Corte Constitucional da Itália.

Os recursos à procriação medicamente assistida serão consentidos apenas quando não houver outros meios ou métodos terapêuticos eficazes para a eliminação das causas da esterilidade ou infertilidade.

A lei restringe o seu acesso a casais de sexos diferentes, casados ou convivendo, maiores e com idades potencialmente férteis entre si, conforme prevê o seu artigo 5º. [109]

---

[109] ITÁLIA. LEGGE 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita. www.normattiva.it//dispatcher?task=a…, acesso em 04.01.2016.
Art. 5º (Requisiti Soggettivi)
1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle teniche di procrezione medicalmente assistita copie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in eta'potenziamente fertile, entrambi viventi.

A Corte Constitucional da Itália, no entanto, vem revendo alguns posicionamentos da lei.

Em 2009, alterou o veto à produção de mais de três embriões por casal[110], em 2014, alterou a proibição de inseminação heteróloga, que estabelecia inclusive multas caso houvesse a utilização de gametas doados[111], e mais recentemente em 2015, a

[110] REPUBLICA ITALIANA, Corte Constituzionale. Sentenza **151/2009** Giudizio **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE** Presidente *AMIRANTE* - Redattore *FINOCCHIARO*U dienza Pubblica del 31/03/2009 Decisionedel 01/04/2009Deposito del 08/05/2009 Pubblicazione in G. U. 13/05/2009 n. 19Norme impugnate:Artt. 6, c.3°, e 14, c. 1°,2°, 3° e 4°,dellalegge19/02/2004,n.40.Massime:33408 33409 33410 33411 33412 33413 33414 33415 33 416 33417 33418 Atti decisi:ord. 159, 323 e 382/2008, http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do, acesso em 04.01.2016.

Sentenza 151/2009 Riuniti i giudizi;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»;

***dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna;**

dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 323 del 2008;

dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza r.o. n. 323 del 2008 e, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dallo stesso Tribunale con ordinanza r.o. n. 382 del 2008;

dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 4, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 382 del 2008.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 1¡ã aprile 2009.

[111] REPUBLICA ITALIANA, Corte Constituzionale. Sentenza **162/2014** Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE** Presidente SILVESTRE - Redattore TESAURO Udienza Pubblica del 08/04/2014Decisione del **09/04/2014** Deposito del 10/06/2014 Pubblicazione in G. U. 18/06/2014 **n. 26** Norme impugnate: Artt. 4, c. 3°, 9, c. 1º e 3º, e 12, c. 1º della legge 19/02/2004,n.40. Massime: 37993 37994 37995 37996 37997 Atti decisi:ord. 135,213 e 240/2013, **http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do,** acesso em 04.01.2016.

Sentenza 162/2014

1) **dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili;**

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nei limiti di cui in motivazione.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 aprile 2014.

Corte[112] decidiu não ser crime, a seleção de embriões para evitar o desenvolvimento de fetos com doenças genéticas, ou seja, o DGPI, ou diagnóstico pré-implantatório. Assim, as sentenças 151/2009, 162/2014 e 96/2015, se pronunciaram, respectivamente.

De qualquer forma, a Itália, apesar da flexibilização concedida pela sua Corte Constitucional à referida lei, ainda se instaura como uma das mais rígidas legislações em matéria da procriação medicamente assistida.

Em um país em que se questionava a legalidade da utilização de material genético de terceiro para o projeto parental do casal, também não há que se falar de cessão de útero. Não há dúvidas de que a gestação deverá ser levada pela esposa e que, portanto, esta será a mãe. Não há qualquer referência proibitiva da técnica da cessão de útero, mas há previsão propositiva de que a mãe (gestante) que se submete à técnica de reprodução humana não pode declarar a vontade de não ser nominada como tal.

Ainda assim, não obstante as modificações mencionadas, a lei Italiana é alvo de várias críticas e se revela extremamente confusa em seu texto, e as decisões da Corte Constitucional da Itália, não lhe retiram o caráter mais limitativo em comparação com outros sistemas legais, mesmo da Europa.

2.1.1.3 Estatuto Normativo da Espanha

O ordenamento espanhol sobre a matéria preceitua que as técnicas de reprodução humana só deverão ser aplicadas, quando haja possibilidade razoável de êxito, e não suponham grave risco para a saúde física e psíquica da mulher, ou de sua possível descendência, visando com isso proteger a saúde dos cidadãos.

---

[112]Redatto e MORELLI Udienza Pubblica del 14/04/2015 Decisione del 14/05/2015 Deposito del 05/06/2015 Pubblicazione in G. U. 10/06/2015 n. 23 Norme impugnate: Artt. 1,c. 1º e 2º e 4, c. 1º della legge 19/02/2004,n.40. Massime: 38390 Atti decisi: ord. 69 e 86/2014**,** http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do, acesso em 04.01.2016.
Sentenza 96/2015 riuniti i giudizi,
dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), **nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche.** Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 14 maggio 2015.

Assinala em suas disposições de motivos, que a aplicação das técnicas deverão se desenvolver de forma extensiva, em especial no âmbito privado e que a intervenção do poder público deverá ser para compensar a assimetria da informação entre quem procura a aplicação e quem a aplica, garantindo-lhes um equilíbrio de interesses.

A nova lei nº 14 de 2006 revogou a Lei n. 35/88. A preocupação com a utilização dos serviços se faz presente na intervenção protetiva do Estado que se compromete a supervisionar a atividade. Assim, os Centros se submetem periodicamente a auditorias das autoridades sanitárias, que avaliarão os requisitos técnicos e legais, bem como os efeitos registrais correspondentes e os resultados obtidos na prática clínica.[113]

Diferentemente da legislação anterior, que se destinava expressamente apenas à finalidade terapêutica, a nova lei amplia as hipóteses de sua utilização, admitindo a utilização de material de terceiros para a sua aplicação, o que supõe que vai muito mais além do âmbito estritamente terapêutico, podendo afetar aspectos básicos de ordem familiar, psicológico e jurídico preexistente.[114]

Na Espanha, a Lei nº. 14/2006 regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida e considera que a presunção de filiação é regulada pela lei civil, como as ressalvas das especificações referidas pelo seu art. 7º, que prevê que a filiação havida mediante as técnicas, se regerá pela legislação civil, com a ressalva dos artigos subsequentes, sem que haja qualquer identificação no registro com relação à origem, admitindo ainda, que na hipótese de casamento entre duas mulheres, que não estejam separadas legalmente ou de fato, a companheira poderá declarar perante o registro

---

[113] ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. **http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html,** acesso em 20 de janeiro de 2016.
Artículo 19. Auditorías de funcionamento.
Los centros de reproducción humana asistida se someterán con la periodicidad que establezcan las autoridades sanitarias competentes a auditorías externas que evaluarán tanto los requisitos técnicos y legales como la información transmitida a las Comunidades Autónomas a los efectos registrales correspondientes y los resultados obtenidos en su práctica clínica.

[114] CONTRERAS, Daniela Jarufe. **Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordienamiento jurídico español: adopcion "versus" técnicas de reproducción humana assistida**. Editorial DYKINSON, S.l. meléndez Valdés, Madrid, 20143, p. 98.

que se determine a seu favor o filho nascido de seu cônjuge. [115]

A regra por sua vez, sofreu algumas alterações posteriores, em março de 2007 (Lei 3/2007) e em julho de 2015(vigente a partir de outubro de 2015 – lei nº 19/2015).

Os artigos 8º, 9º e 10º da Lei nº. 14/2006, referidos no art. 7º, ressalvam algumas situações em que a filiação decorrente da técnica de reprodução humana assistida não se rege pela lei civil e sim pela própria lei que trata das técnicas de reprodução humana assistida.

O art. 8º estabelece, no parágrafo primeiro, que a paternidade decorrente de fecundação heteróloga, por determinação da lei, será da mulher progenitora e do marido quando hajam prestado seu consentimento formal, prévio e expresso para que a fecundação ocorresse com a contribuição de doador. A determinação do parágrafo primeiro impõe uma presunção de filiação em desacordo com a paternidade genética. No parágrafo segundo do art. 8º, determina o legislador que o consentimento do marido, formalizado anteriormente ao casamento e realização da técnica, não enseja a reclamação judicial da paternidade. No parágrafo terceiro, verifica-se a intensidade da presunção legal ao constatar que a filiação imposta pela lei não se altera com a revelação da identidade do doador.

O art. 9º estabelece regras específicas para legalmente atribuir a filiação ao marido falecido. A filiação matrimonial não será reconhecida se o material reprodutor do marido não se encontrava no útero da mulher na data da morte, exceto se tiver havido consentimento prévio do marido em documento hábil que autorize a utilização de seu material reprodutor que por sua vez deverá ser utilizado nos 12 meses seguintes ao seu falecimento para fecundar sua mulher. O consentimento poderá ser revogado a qualquer tempo antes da implantação do material. O artigo, em respeito ao princípio da igualdade, também outorga os mesmos direitos tanto ao homem não unido por vínculo matrimonial como ao unido pelo matrimônio.

---

[115] ESPANHA. **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.**http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html, **acesso em 20 de janeiro de 2016. Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida**

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

O artigo 10 preconiza regras sobre gestação por substituição e consagra o critério do parto como elemento determinante da filiação materna. Ao adotar esse critério para determinar a filiação materna, contratos de gestação que tenham por de rechaçados pela lei e declarados nulos de pleno direito. Por outro lado, o artigo ressalva a possibilidade de o pai biológico reclamar a paternidade, conforme as regras gerais.[116]

A regra romana, *mater semper certa est*, na qual a maternidade mantém seus requisitos configuradores: o fato do parto e a identidade do filho, encontra respaldo no ordenamento jurídico espanhol (arts. 44, 47, 49.3 LRC e 167 e 168 RRC).

A lei é clara quanto a destinatária das técnicas que será a mulher, ainda que a gestação também seja intenção do genitor varão, por não haverem modos substitutivos ou alternativos para a gestação, cujo desenvolvimento reclama o útero feminino. A legislação também não assinala como requisito para a sua utilização que a mulher usuária padeça de algum tipo de esterilidade o que favorece a utilização para um projeto individual de maternidade.[117]

2.1.1.4. O Brasil e a matéria da Reprodução Humana

Conforme já mencionado, o Brasil não possui lei que regulamente a matéria de reprodução humana, tais como as mencionadas acima em outros países, definindo parâmetros e formas de intervenção do Estado para a garantia dos direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos.

A liberdade de inciativa científica conferida aos médicos e a sua atuação em grandes centros de reprodução humana vem sendo uma tônica pública, notória e cada vez mais acessível à população, que vivenciando os seus anseios naturais de paternidade e maternidade, demandam, às vezes, irrefletidamente, com a finalidade de alcançar o seu ideal.

Não há que se falar de matéria legal especifica sobre a reprodução humana no Brasil, mas temos preceitos que autorizam a sua prática, além de algumas menções legais que terminam por delinear alguns aspectos éticos e permissivos em nossa cultura.

---

[116] ESPANHA. **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.**http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html, **acesso em 20 de janeiro de 2016.** ***Artículo 10 Gestación por sustitución***
1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

[117] CONTRERAS, Daniela Jarufe. **Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordienamiento jurídico español:adopcion "versus" técnicas de reproducción humana assistida**.

A história da reprodução assistida no Brasil é, portanto, de origem médica, com os avanços de estudos, qualificação de especialistas, ampliação do ensino, e cadastramento em redes internacionais que viabilizaram os avanços das pesquisas e implementaram a prática no Brasil.

Na virada da década 1980/1990 surgiram vários centros de Reprodução Assistida em São Paulo, Curitiba, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Recife, de modo que, no início da década de 1990, o número havia ultrapassado a marca de 10 (dez) clínicas.

Três associações médicas têm se destacado no ensino de reprodução humana por meio de cursos e congressos: a SBRH (Sociedade Brasileira de Reprodução Humana), a FEBRASGO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) e a SBRA (Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida), mais focada na fertilização extracorpórea. A REDLARA (Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida, criada em 1995 no Chile) continua compilando os resultados e tem realizado seminários (*talleres*) na América Latina com a participação da maioria das clínicas do Brasil e possui o cadastramento atual de mais de 140 clínicas brasileiras.

Mas a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida - SBRA surgiu em 1996. A ANVISA - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária tornou obrigatória a elaboração de relatório anual reportando as atividades de laboratório de embriões (SisEmbrio), com o propósito de fiscalizar a atuação dos Centros Médicos de Reprodução - CMR e produzir compilação de dados nacionais mediante o relatório SisEmbrio, e ensaia a possibilidade de ser o órgão nacional compilador de dados estatísticos de todos os CMR cadastrados.[118]

O Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) é um sistema desenvolvido pela ANVISA, que tem como objetivo criar um banco de dados sobre a produção de células germinativas (oócitos) e embriões humanos armazenados nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos-BCTGs, mais conhecidos como clínicas de reprodução humana assistida.

A publicação do ultimo relatório atualiza, para o ano de 2014, as informações sobre o número de embriões criopreservados e doados para pesquisas com células-

[118] PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. **A história da reprodução humana no Brasil**. http://www.febrasgo.org.br/site/wp-content/uploads/2013/05/femina_v39n2_59-64.pdf, acesso em 05.01.2016.

tronco embrionárias, conforme determinação da Lei 11.105/2005 e do Decreto 5.591/2005.[119]

Os dados são impressionantes e registram a realidade da reprodução assistida no Brasil, além da realidade relativa dos embriões excedentários para as pesquisas de células tronco, de acordo com a Lei de Biossegurança.

Inicialmente o relatório apresenta tabela indicativa dos estados federados e as informações prestadas pelos mesmos sobre congelamento de embriões e doação de embriões para pesquisa com células-tronco embrionárias em 2013.

Na atualização, o relatório atualiza os dados até 20/02/2015. Até essa data, o SisEmbrio recebeu dados de 106 (cento e seis) BCTGs referentes à produção de embriões do ano de 2014. O Quadro 1, abaixo, resume os dados obtidos.

Quadro 1. Resumo dos dados informados no SisEmbrio referentes a embriões congelados pelos BCTG segundo a Unidade Federativa (ano base: 2014).[120]

Unidade Federada	Quantidade de serviços	Embriões congelados (%)		Embriões doados para pesquisa com células-tronco embrionárias (%)	
BA	2	1.116	2,33	0	0
CE	3	2.254	4,71	0	0
DF	3	1.175	2,46	0	0
ES	2	1.449	3,03	0	0
GO	3	1.402	2,93	0	0
MA	1	303	0,63	0	0
MT	1	591	1,24	0	0
MS	1	530	1,11	0	0
MG	12	3.421	7,16	0	0
PA	1	71	0,15	0	0
PR	13	1.920	4,02	0	0
PE	1	611	1,28	0	0
PI	2	800	1,67	0	0
RJ	9	7.019	14,68	0	0
RN	1	148	0,31	0	0
RS	6	2.918	6,10	0	0

[119] ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões.** http://www.sbra.com.br/index.php/legislacao-em-ra, acesso em 05.01.2016.
[120] ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões.** http://www.sbra.com.br/index.php/legislacao-em-ra, acesso em 05.01.2016.

SC	6	1.104	2,31	0	0
SP	37	20.690	43,27	227	100
SE	2	290	0,61	0	0
TOTAL	106	47.812		227	

Na distribuição de embriões congelados no ano de 2014 no Brasil, dos 47.812 embriões congelados no ano, cerca de 68% estão em BCTGs da Região Sudeste, 12% na Região Sul, 12% na Região Nordeste, 8 % na Região Centro-Oeste e 0% na Região Norte.

Com relação à doação de embriões para a pesquisa clínica com células-tronco embrionárias, as informações contidas no Quadro 2, desde a aprovação da Lei no 11.105/2005, indicam que foram doados 1.110 embriões para a realização de pesquisas com células tronco embrionárias no Brasil. O período avaliado foi entre os anos de 2007 a 2014.

Quadro 2. Total de embriões doados para pesquisa com células-tronco embrionárias no Brasil no período de 2007 a 2014.[121]

Ano	Número de embriões doados
2007	-**
2008	220**
2009	74**
2010	194**
2011	29**
2012	-**
2013	366**
2014	227
Total	1.110

** Os Bancos estavam contabilizando como doados os embriões congelados que tinham os Termos de Consentimento Livre e Esclarecido assinados, com a autorização para a doação. Entretanto, os mesmos não tinham saído do BCTG. Após a notificação da ANVISA, apenas os embriões que foram efetivamente doados para instituições de pesquisa foram incluídos no SisEmbrio resultando nos dados indicados no Quadro 2.

Com relação à produção de células germinativas e embriões humanos utilizados nas técnicas de fertilização in vitro, a publicação da RDC 23/2011 instituiu novos dados de produção de células e tecidos germinativos para possibilitar o

[121] ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões.** http://www.sbra.com.br/index.php/legislacao-em-ra, acesso em 05.01.2016.

desenvolvimento de indicadores de qualidade dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos.

O quadro 3, resume os dados de:

• número de ciclos de fertilização realizados;

• número de oócitos produzidos;

• número de embriões transferidos;

• número de embriões descartados, conforme RDC 23/2011 e Resolução CFM 2.013/2.013.

Quadro 3. Resumo dos dados informados no SisEmbrio referentes à produção de células (oócitos) e embriões segundo a Unidade Federativa (ano base: 2014)[122]

Unidade Federada	Quantidade de serviços	Número de ciclos realizados	Número de oócitos produzidos	Número de embriões transferidos	Número de embriões descartados
BA	2	853	7.571	1.409	1.164
CE	3	910	6.506	3.040	246
DF	3	788	7.581	1.729	1.263
ES	2	455	3.809	1.305	376
GO	3	838	7.401	2.238	832
MA	1	62	671	172	76
MT	1	244	2.817	601	480
MS	1	226	2.105	493	543
MG	12	2.400	21.877	5.204	4.914
PA	1	119	784	222	168
PR	13	1.852	14.598	4.031	2.244
PE	1	245	2.941	1.831	370
PI	2	212	2.597	578	373
RJ	9	2.820	29.116	6.500	3.202
RN	1	57	474	160	-
RS	6	2.199	19.433	4.782	3.236
SC	6	748	6.382	1.907	1.041
SP	37	12.649	118.691	24.004	21.076
SE	2	194	1.652	462	226
Total	106	27.871	257.006	60.668	41.830

[122] ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**. http://www.sbra.com.br/index.php/legislacao-em-ra, acesso em 05.01.2016.

Até 20/02/2015, 106 (cento e seis) BCTGs informaram a produção exigida pela RDC 23/2011. De acordo com o quadro 3 acima, foram realizadas 60.668 transferências de embriões para as pacientes que realizaram técnicas de fertilização in vitro no Brasil.

Além disso, foram reportados mais de 27.871 ciclos de fertilização com mais de 257.006 oócitos produzidos. Considera-se como ciclo de fertilização *in vitro*, o conjunto de procedimentos médicos aos quais a mulher é submetida para a produção (estímulo ovariano) e retirada de oócitos para realizar a reprodução humana assistida.

O relatório ainda apresenta outros indicadores importantes, mas estes são suficientes enquanto amostra da realidade brasileira na prática da reprodução humana e nas taxas de transferência embrionária seja para doação em prol de projeto parental alheio, seja para as pesquisas em células tronco.

O relatório por fim conclui que considerando que o universo estimado para os Bancos de Células e Tecidos Germinativos no Brasil é de 130 estabelecimentos, o percentual de adesão dos mesmos ao SisEmbrio (106 - 81,5%) aumentou em comparação aos dados do ano de 2013. Este acréscimo ocorreu após consolidação do processo de notificação aos Bancos que não enviaram sua produção à ANVISA. Os BCTGs que não enviarem a sua produção exigida em Regulamento incorrerão em infração sanitária, sujeitos a penalidades previstas na Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977.[123]

Há que se imaginar também, que certamente há um universo de centros e clínicas não cadastradas e, cujos dados ficam à margem desse "controle". O sistema parece ser frágil, na medida em que há identificação de uma série de instituições que, embora cadastradas, não prestaram informações no prazo assinalado e certamente deverão ser notificadas.

Em Pernambuco, por exemplo, constam do sistema os seguintes Centros Cadastrados apenas: a) Nascer - Medicina Reprodutiva; b) Centro de Reprodução Humana de Pernambuco c) Clínica de Fertilidade Gerar d) IMIP. Destes, apenas o primeiro - Nascer - Medicina Reprodutiva, apresentou relatório quanto aos indicadores de Média de oócitos por mulher, Média da taxa de fertilização e Média da taxa de clivagem embrionária, não tendo os demais prestado informações.

---

[123] ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões**. http://www.sbra.com.br/index.php/legislacao-em-ra, acesso em 05.01.2016.

A relevância dos dados para a temática trabalhada justifica a preocupação do direito com uma realidade que vem ocorrendo à margem de seus preceitos legais, e que vem sendo sujeita a um controle "primário" pelo Estado Brasileiro, mas cuja única lei que rege, é a Lei de Biossegurança.

Os dados não indicam apenas a doação de embriões excedentários para pesquisas de células tronco, mas a margem de utilização das técnicas para o desenvolvimento de projeto parental próprio ou alheio.

A situação de controle, portanto, é crítica e revela certa desestrutura e, porque não dizer, primariedade e incompetência.

2.1.1.4.1. Normas Constitucionais

O Brasil possui base Constitucional para regulamentar as técnicas de reprodução humana e estabelecer novos critérios para o estabelecimento do estado de filiação.

Inicia-se com o reconhecimento do direito fundamental à saúde enquanto direito de todos e dever do Estado, a fim de que sejam reduzidos os riscos de doenças e o acesso igualitário às ações e serviços para a sua promoção. A regra encontra-se inserta no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.[124]

Basta relembrar a referência anterior quanto à categorização pela Organização Mundial de Saúde das infertilidades masculina e feminina no cadastro internacional de doenças, para concluirmos que o acesso às técnicas de reprodução humana estarão incluídas enquanto direitos reprodutivos do cidadão.

Também o desenvolvimento científico necessário para a garantia de tal direito fundamental constitui-se dever de promoção pelo Estado, conforme dispõe a norma prevista no artigo 218 da Constituição da República de 1988, cujo texto foi alterado pela Emenda Constitucional nº 85 de 2015. [125]

---

[124]BRASIL. Constituição da República Federativa. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 20 de janeiro de 2016. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[125]BRASIL. Constituição da República Federativa. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, aceddo em 20 de janeiro de 2016. Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

A problemática insere-se na ordem pública, também no que se refere à normatização que envolve os direitos de futuras gerações na coletividade e, portanto, extrapola a garantia do projeto parental apenas enquanto interesse individual da paternidade e/ou maternidade, de acordo com o que estabelece o artigo 225 da CF/1988.[126]

Ora, a otimização das chances de reprodução humana, implica também, não apenas na garantia de acesso direito à saúde, como na legitimação da liberdade de planejamento familiar, que em muitas situações só poderá ser exercida por meio de assistência médica, devendo esta ser garantida, em tese, pelo Estado. Dessa forma, também e ainda na esfera Constitucional, dispõe o § 7º do Artigo 226 do mesmo diploma normativo Constitucional.[127]

Com base nesse contexto Constitucional, o Brasil regulamentou de forma infraconstitucional a matéria referente ao patrimônio genético e a sua utilização, por meio da Lei de Biossegurança de nº 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, assim como a matéria referente ao planejamento familiar, por meio da Lei 9.263/96, que por sua vez, regulamenta o § 7º do artigo 226.

---

[126] BRASIL. Constituição da República Federativa. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 20 de janeiro de 2016. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1o Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

II – **preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;**

IV– exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V– controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

[127] BRASIL. Constituição da República Federativa. http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, aceddo em 20 de janeiro de 2016. 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.

2.1.1.4.2. Normas infraconstitucionais

Com relação à primeira lei, a de Biossegurança, de nº 11.105/2005, nos restringiremos à análise do art. 5º, cuja constitucionalidade foi questionada, tendo sido referendada ao final pelo Supremo Tribunal Federal.

De certo, em razão das amplas discussões sobre a bioética em nosso país, máxime na referida decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, que julgou pela constitucionalidade do seu artigo 5º[128], no que se refere à pesquisa em embriões excedentários inviáveis, o Estado conferiu certa autonomia aos "donos" do material genético, definindo juridicamente e de certa forma, a situação do embrião criopreservado perante a lei. Esta seria a única legislação voltada ao tratamento do material genético obtido nos Centros Médicos, quando das tentativas da reprodução humana: o denominado embrião excedentário - material fecundado que consiste na "sobra" de um projeto parental.

A regra permite a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos criopreservados, que não foram utilizados no projeto parental, desde que estes sejam inviáveis ou estejam congelados há mais de 03(três) anos. O tempo da criopreservação presume a sua inviabilidade para fins de implantação em útero e desenvolvimento, presunção esta que não se faz absoluta.

Além disso, seja a hipótese de inviabilidade diagnosticada ou congelamento, será necessário o consentimento dos genitores.

Esta mesma regra veda a comercialização do embrião excedentário, sob pena de tipificação criminal prevista no artigo 15 da Lei 9434/1997.

---

[128] BRASIL. Lei de Biossegurança. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm, acesso em 20 de janeiro de 2016.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células -tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ **1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.**

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Nesse sentido, o material genético está sob a égide do que parece ser em uma leitura superficial, uma espécie de "propriedade" de seus genitores, assim como o seu destino de "morte" ou "destruição", caso venha a ter a sua utilização consentida para as pesquisas humanitárias.

De alguma forma, foi reconhecida a vida e origem do material, a exemplo de Portugal, enquanto sendo da "ordem da pessoa", e portanto com impossibilidade de no tráfico jurídico pelo modelo brasileiro referente à coisa jurídica. (*Grifo nosso*)

Contudo, nem por isso, perdem os genitores a autonomia quanto à decisão de seu destino, considerando-se a manutenção de sua criopreservação, utilização própria para o projeto parental, a cessão/dação do material para projeto parental de terceiro, e mesmo o descarte, indiretamente considerado, tendo em vista a autorização para a pesquisa de células tronco, a partir da sua presumida inviabilidade pelo tempo de congelamento.

É, pois, óbvio que o Brasil, com essa decisão, deixa claro que o embrião excedentário não ocupa o mesmo *status* que o nascituro, de forma que não poderá ser sujeito de direito, assim como não o insere na qualidade de coisa jurídica, não sendo permitido o seu descarte pela revogação do projeto parental, máxime se ainda estiver na zona de viabilidade.

O embrião excedentário seria um "ser", assim considerado por ser dotado de vida, proveniente da natureza humana, mas que não ingressou ainda na concepção social de ser humano, situando-se, portanto, em uma zona cinzenta em que, apesar de admitir disponibilidade, exige o respeito, proíbe a comercialização e considera-se de destinação limitada, sempre voltada ao benefício pessoal e não patrimonial do ser humano. (*Grifo nosso*)

Acima, registramos a realidade brasileira, "controlada" pela ANVISA, através do SisEmbrio – sistema criado para cadastro e controle dos dados relativos aos embriões doados, por meio de centros e clínicas de reprodução humana no Brasil.

Há limites éticos e jurídicos à intervenção científica que devem ser observados e essa é uma matéria que tende a ser universalizada, não obstante o contexto histórico e cultural de um povo possa ser determinante para o estabelecimento de tratamentos diferenciados.

A busca de uma satisfação individual atualmente é alimentada por uma sociedade de consumo nos sujeitando a uma compreensão de pseudo realização de

todos os desejos dos envolvidos. Ao direito também cabe, no entanto, projetar os riscos de resultados inesperados advindos das escolhas "livres".

Maria Cláudia Brauner[129] adverte sobre a necessidade de construir uma posição coerente e objetiva, no sentido de organizar a intervenção médica na reprodução humana, a fim de assegurar a saúde e a integridade física e psicológica das pessoas envolvidas na reprodução medicamente assistida. Para a autora, os princípios mínimos a serem observados, devem estar adstritos a critérios que possam garantir o consentimento esclarecido dos interessados e, principalmente, a proteção ao ser humano que será gerado a partir das referidas técnicas.

Nessa ordem é que tentaremos construir nesse contexto Constitucional brasileiro, o sentido jurídico para o exercício da autonomia parental.

O Código Civil Brasileiro, também traz no direito familiar, as expressões referentes às técnicas de reprodução humana, sem, contudo, deixar claro o seu alcance.

O intuito foi apenas de deixar claro que, seja qual for a origem da filiação, pela via natural ou "artificial", as presunções jurídicas incidirão para definir a paternidade, em razão da conjugalidade e/ou companheirismo, conforme veremos a seguir.

Com relação à segunda lei, do planejamento familiar, de nº 9263/96, que regula o § 7º da Constituição Federal, há expressa definição do planejamento, como sendo *o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.*[130]

Diferentemente da expressão constitucional, a lei estende a liberdade de planejamento a pessoas, independentemente da existência de conjugalidade, sugerindo em uma primeira leitura, a possibilidade de projeto individual de paternidade ou maternidade.

As ações de atenção e atendimento global à saúde, previstas pela lei correspondem a, de acordo com o seu artigo 3º:

> I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das

[129] BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:conquistas médicas e o debate bioético**, Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p.01.
[130] BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. **Regula o planejamento familiar de acordo com a CF/88**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm, acesso em 20 de janeiro de 2016.

> doenças sexualmente transmissíveis; V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.

Particularmente nos interessa o disposto no inciso I, com relação à assistência à concepção e contraconcepção, bem como o que estabelece o artigo 4º e seu parágrafo único que dispõe a garantia do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.[131]

No espectro do que se denomina "saúde reprodutiva", podemos vislumbrar os meios de combate à infertilidade e a utilidade das técnicas de reprodução humana para tanto.

Mas dois elementos devem ser considerados:

a) Se a Constituição Federal estabelece a liberdade de planejamento familiar ao casal, estará restringindo a utilização de quaisquer meios à pessoa sozinha, e mesmo que o dispositivo infraconstitucional tenha expressado nova abertura, deverá ser interpretado conforme a Constituição;
b) A infertilidade possui diversos tratamentos que importam também em manipulações genéticas e hormonais, e tais tratamentos não estão voltados necessariamente à disposição de material genético de terceiro, ou mesmo de cessão do próprio corpo.

Esses são, portanto, os dispositivos legais no Brasil que poderiam fornecer alguma base de legitimação a procedimentos científicos ligados à reprodução humana, no auxílio ao planejamento familiar, mas que não traz, absolutamente, a extensão que se pretende conferir na prática médica.

2.1.1.4.3. A previsão das técnicas nas presunções jurídicas de paternidade – artigo 1597 do CCB/2002 e sua reconfiguração

As expressões referentes às técnicas de reprodução humana foram referenciadas no capítulo da filiação, no artigo referente às presunções jurídicas, pelo Código Civil de 2002.

---

[131] BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o planejamento familiar de acordo com a CF/88. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm, acesso em 20 de janeiro de 2016.
Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas **e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.**
Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

A premissa para a introdução desse item é a busca do esclarecimento quanto ao significado de uma "presunção" para o direito. O vocábulo presunção provém do latim *praesumptione*[132], tendo o sentido vulgar de "Ato ou efeito de presumir; inferência ou opinião baseada na probabilidade; suposição; ação de admitir qualquer coisa como verdadeira, até que se prove o contrário."

Para o direito, compreende *conjectura, consequência ou conclusão que a lei ou o juiz tira de fatos conhecidos, para afirmar a existência ou verdade do fato que se pretende provar.*[133]

Assim, as presunções legais, no dizer de Didier[134], *são regras jurídicas que impõe que se leve em consideração a ocorrência de determinado fato*. A razão de tais normas jurídicas se dá pela necessidade de se adotar um critério único, face à impossibilidade de se aferir se ocorreu ou não o fato.

Sousa ressalta os sentidos vulgar e jurídico da presunção, enquanto díspares, uma vez que naquele caracteriza-se como um estádio prévio à certeza, aparecendo como uma atividade mental valorativa incompatível com a certeza, enquanto neste, constitui um instrumento normal para conseguir alcançar a convicção judicial.[135]

Para o autor, particularmente, o estabelecimento de uma norma de presunção está vinculada à função de estabilização de expectativas e objetivos que as instituições pretendem cumprir. O estabelecimento de uma norma de presunção pode então ser coerente com essa pretensão, não representando apenas o resultado de uma regularidade preexistente, mas denotando, sobretudo, o intuito de estabelecer uma normalidade institucional, como é o caso da presunção de paternidade do marido da mãe.

No Direito Brasileiro, as presunções de filiação têm por finalidade fixar o momento da concepção, de modo a definir esta e fixar a paternidade, com os direitos e deveres decorrentes. Na identificação atribuída por Paulo Lôbo[136], são as seguintes:

---

[132] Dicionário da língua portuguesa *On Line*. http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=presun%E7%E3o, acesso em 05 de novembro de 2015.

[133] Dicionário da língua Portuguesa *On Line*. http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=presun%E7%E3o, acesso em 05 de novembro de 2015.

[134] Didier Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil. teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**, Salvador: Ed. Jus Podium, 2015, v.2, p. 56.

[135] SOUSA, Luis Filipe Pires de. **Prova por presunção no direito civil**. Edições Almedina AS, Coimbra, 2013, p. 18.

[136] LÔBO, Paulo. Direito Civil: **famílias.** 6.ed.-São Paulo:Saraiva, 2015, p.201.

> a) *pater is est quem nuptiae demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar; b) *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada. A maternidade manifesta-se por sinais inequívocos da gravidez e do parto, não obstante as dúvidas suscitadas em decorrência da manipulação genética; c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção.

Além dessas, as previstas no artigo 1597 do Código Civil vigente, referentes à paternidade, dos filhos nascidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal e os nascidos até trezentos dias após a sua dissolução.

Como se pode perceber, a presunção de concepção relaciona-se ao nascimento, e reflete hodiernamente, segundo o autor, a mudança de concepção da família da legitimidade para o plano da afetividade, com redirecionamento da função tradicional.[137]

As presunções jurídicas de filiação em nosso ordenamento, podem se apresentar com base no critério biológico ou no critério socioafetivo, segundo a disposição da referida regra, tendo em vista as novas inserções realizadas pelo Código Civil de 2002.

O artigo 1597 do Código Civil foi acrescido com a utilização das técnicas de reprodução humana, suscitando uma série de dúvidas quanto à interpretação de seu alcance.[138]

As referidas presunções, portanto, decorrem de um estado de conjugalidade dos "pais", conjugalidade esta aqui entendida em sentido amplo para também se considerar a união estável. Assim, atribuía-se certeza à paternidade incerta, pela conjugalidade deste com a gestante, que por sua vez, em nossos preceitos é sempre certa e aparente pela prenhez e parto. (*grifo nosso*)

Em razão da autorização legal do uso da presunção, é possível, por exemplo, além da presunção da paternidade da filiação prevista no artigo 1597, a presunção de paternidade daquele que se nega a fazer exame de DNA em demanda investigativa,

---

[137] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** Cit., p. 203.

[138] BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 20 de janeiro de 2016.
Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 301), hoje positivado, já que a lei 12.004/09 incluiu o artigo 2-A na lei 8.560/92, cujo parágrafo único afirma: *A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório*. [139]

Como não é possível obrigar o pretenso pai a colher material para a realização do exame, o juiz presume a paternidade e resolve o litígio, contudo considerando o conjunto de provas apresentados e justificando a aplicação da referida presunção.
(*grifo nosso)*

A relatividade da presunção, segundo Fredie Didier[140] constata-se do trecho final do texto normativo, que remete o órgão julgador ao exame de todo contexto probatório para a confirmação da presunção, o que seria irrelevante se estivéssemos diante de uma presunção legal absoluta.

Isso significa que podemos afastar a presunção com a prova contrária, como por exemplo, a prova de esterilidade ou de tipo sanguíneo incompatível com o do suposto filho.

Sistematizando, o autor identifica, portanto, duas regras que cuidam da recusa da parte a submeter-se a exame médico judicial: a) uma regra geral, prevista no artigo 232 do Código Civil, de pouca utilidade prática, pois se refere à presunção judicial que decorre da recusa, vista como indício; e b) uma regra específica para as ações de investigação de paternidade, que prevê uma presunção legal relativa de paternidade biológica, no caso de haver recusa da parte a submeter-se ao exame de DNA.

A mencionada lei de 2009 que reformulou a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça trouxe avanço, pois proporciona essa relativização. A Súmula, extremamente criticada, assim se expressava: *Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção 'juris tantum' de paternidade.*

Esse enunciado tinha uma série de problemas: a) não estava em conformidade com os precedentes do próprio STJ, pois todos cuidam de presunções judiciais, que não podem ser absolutas nem relativas, atributos exclusivos das presunções legais; b)

---

[139] BRASIL. Lei 8560 de 29 de dezembro de 1992. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências,** acesso em 06 de fevereiro de 2016.

[140] JUNIOR, Fredie Didier. **Editorial 68**. http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-68/, acesso em 26 de junho de 2015.

ainda assim, não havia, à época da edição do enunciado da súmula, a mencionada presunção legal relativa, não prevista na legislação civil codificada; tanto não existia essa presunção, que houve necessidade de edição de uma nova lei para determiná-la. O enunciado da súmula do STJ estava, portanto, em desconformidade com os próprios precedentes e com o texto do Código Civil, que cuidava da matéria.

Observe-se também, que ainda com relação às presunções do artigo 1597, o legislador civil de 2002 introduziu "irresponsavelmente", expressões técnicas (fecundação, concepção e inseminação) que possuem sentido próprio, visando à atribuição de paternidade, não obstante as incertezas relacionais que poderia causar.

Em verdade, o tema a respeito das técnicas de reprodução humana, merece tratamento individualizado, que esclareça o seu alcance e limites, o que o Brasil não tem. A utilização das expressões pelo legislador civil suscita uma permissividade no seu uso, em razão da ausência expressa de proibição, mas não define e nem poderia definir os parâmetros e limites dessa utilização.

A polêmica gerada em torno dos incisos III, IV e V do referido artigo, incluídos sem uma maior e necessária reflexão, reside na insegurança quanto ao tempo na utilização dos procedimentos, e a titularidade do material genético utilizado.

É importante frisar, contudo, a distinção que deve se estabelecer entre a busca da paternidade genética, para fins de constituição do estado de filiação, da busca da identidade genética, enquanto direito de personalidade, como bem pontua Paulo Lôbo:

> O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao reconhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. 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 genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida. Não há 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 dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, o do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. (…) Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é

> individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não)[141]

Os filhos adotivos, e decorrentes de inseminação heteróloga, na melhor interpretação da lei, não possuem legitimidade para a investigatória de paternidade para fins de constituição de estado de filiação com base na origem genética, a uma, porque por ficção, a adoção é instituto irrevogável; a duas, porque a inseminação heteróloga exige prévio consentimento do marido para o uso de material genético de terceiro. Contudo, nada impedirá que os mesmos busquem a sua origem genética no exercício de seu direito fundamental à saúde.

Considerando o sentido e natureza jurídica das presunções na esfera cível, observa-se que a verdadeira "presunção" prevista na regra do artigo 1597, restringe-se aos incisos I e II, acima mencionadas, assim como a prevista no inciso V, que prevê a paternidade do marido, não obstante a ausência de vínculo genético com o mesmo, em respeito ao elemento intencional do projeto parental.

Retomando a fala inicial desse item ao sentido da presunção para o direito, não há que se considerar os incisos III e IV inovados pelo Código Civil de 2002 enquanto verdadeiras presunções, visto que, não há mera probabilidade na união de gametas pertencentes ao casal (homóloga), mas certeza com relação à paternidade. Estamos nos referindo à busca das técnicas de reprodução assistida pelo casal casado ou convivente, com a finalidade de um projeto parental, por meio de instrumento negocial com interveniência médica consentida e devidamente esclarecida e utilização de material genético extraído de ambos.

Por que considerar tal fato na esfera das presunções, enquanto ficção ou ainda probabilidade, se há certeza da origem biológica que advém da junção do material genético do casal? Além disso, justifica-se a presunção diante da possibilidade pericial de investigação do DNA, não obstante a sua desnecessidade na hipótese de inseminação homóloga?

As presunções, historicamente, sempre foram a ficção ideal para a definição da filiação biologicamente incerta, ligada à paternidade, visando, como mencionado acima, auxiliar a aproximação da verdade real e biológica da verdade jurídica.

---

[141] LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 19, p. 151-153

No contexto do Estado Liberal e, portanto, da família institucionalizada, hierarquizada e matrimonializada, as presunções justificavam-se enquanto deduções legais de fatos que poderiam ter ocorrido ou não e destinavam-se a estender um manto protetor ao casamento e sua paz doméstica estabelecendo o vínculo de filiação aos casais que assim estivessem unidos pelo casamento, com relação aos filhos que, em prazos definidos em lei, fossem concebidos anteriormente ao casamento ou nascidos posteriormente à sua dissolução.

As presunções seriam um instrumento fictício e garantidor da certeza da filiação, máxime com relação à paternidade que foi sempre cercada de incertezas, pela ausência de mecanismos científicos que pudessem atestar a origem biológica e via de consequência, a filiação.

A sua manutenção, em resposta à indagação, apenas se justifica com redirecionamento de seu novo sentido, conforme já ressaltado, que garante o espaço da família pelo afeto e convivência e não pela legitimidade institucional.

Assim, os incisos já mencionados, I, II e V justificam a presunção posto que se está diante de uma provável condição (probabilidade), ou mesmo da certeza da ausência biológica, contudo definindo-se a certeza de uma paternidade.

Ao mesmo tempo, os tribunais confundem os conceitos de identidade biológica com filiação e diante de um conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, ainda, em sua maioria, confere preponderância à primeira.

Essa disputa entre os dois critérios tomou uma dimensão que nos parece hoje inútil, na medida em que cada um dos pressupostos fáticos (biológico e socioafetivo) detém valores relativizados a depender da situação jurídica concreta e suas especificidades.

Não nos parece lógico também fomentar ainda mais esta disputa entre os adeptos da teoria socioafetiva e os adeptos da teoria do critério biológico enquanto defensores da preponderância de um sobre o outro, em tese, mas tão somente na concretude da norma.

O Estatuto das Famílias, cujo projeto de Lei nº 470/2013 tramita no Congresso Nacional propõe nova redação para o artigo 1.597 do CCB.

Em seu artigo 82, referente às presunções jurídicas de filiação, resume as presunções dos prazos ao aspecto decorrente da convivência familiar, e delimita a utilização das técnicas de reprodução assistida, impondo o tempo certo para sua

utilização, desautorizando a técnica *post mortem* e mantendo as modalidades homóloga e heteróloga. [142]

De certo, na referida proposta, a eliminação das técnicas com possibilidade de implantação *post mortem*, que geraram uma série de debates, máxime com relação à condição ou não de sujeito de direito a ser atribuído ao pré-embrião criopreservado, ameniza a inquietude gerada por doutrinadores que enxergam antinomia entre os artigos 1.597 e 1.798(capacidade sucessória), mas continua a gerar dúvidas a respeito da utilização das várias técnicas, dentre as quais as polêmicas técnicas de "gestação subrrogada" e "doação de óvulo".

Além disso, se observamos bem, o afastamento dos prazos e a ideia de que o casal esteja convivendo à época da concepção, fortalece a hipótese unicamente do critério biológico para a filiação.

Paralelamente, nos deparamos com resultados jurídicos de tais debates, quanto à incursão da matéria de reprodução assistida no âmbito do instituto da filiação, sem que haja uma lei federal própria e adequada para regular os seus limites, de acordo com os preceitos constitucionais e morais da sociedade, a exemplo do Enunciado nº 257, da III Jornada de Direito Civil, que recomenda a interpretação restritiva das técnicas.

> 257 – Art. 1.597: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, **devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição**. (G.N.)

Ora, embora o Enunciado não seja um comando legal e imperativo, reflete uma orientação advinda de um debate sistematizado que pode influenciar na interpretação e aplicação do direito.

A restrição afasta, indiretamente, o acesso das técnicas pelo casal homoafetivo, visando à filiação pela presunção.

---

[142] SENADO FEDERAL. **Estatuto das Famílias**. Senadora Lídice da Mata. Projeto de Lei 470/2013. SEGRAF - Secretaria de Editoração e Publicações, Brasília/DF, 2014, p. 45.
Art. 82. Presumem-se filhos:
I- os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção;
II- os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor;
III- os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do cônjuge ou companheiro, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha acontecido antes do seu falecimento.

Nesse particular, e procedendo com a mudança de entendimento em trabalhos anteriores, julgamos que a interpretação restritiva se faz adequada aos limites legais já impostos em nosso ordenamento jurídico, não apenas no contexto das presunções, como no contexto do reconhecimento da filiação e seu registro, normatizada pela lei 6015/73.

Também com relação aos incisos III e IV do artigo 1597, a I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, aprovou enunciado ressalvando que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados após a dissolução da sociedade conjugal, se houver autorização prévia e por escrito do ex-cônjuge, assim como deve a esposa se encontrar na condição de viúva em seu estado civil, para garantir que a presunção de paternidade seja do *de cujus*.

Não obstante os aspectos ideológicos que envolvem os direitos familiares e parentais do casal homoafetivo, as interpretações restritivas aos referidos incisos seriam o caminho ideal para o atendimento de nossos critérios legais.

Na práxis brasileira, no entanto, dificilmente acompanhamos posturas administrativas que se adequem aos limites estabelecidos pelo ordenamento. As posturas judiciais também imprescindem de uma fundamentação que esteja adstrita à norma jurídica brasileira, e traduzem-se em posturas subjetivas e ideológicas daquilo que se é considerado "justo" pelo aplicador e adequado à sua moral. O argumento sempre está em torno da força construtiva dos fatos para o direito.

A esse respeito, e em capítulo próprio, discorreremos sobre algumas dessas práticas, formalizadas por meio de programas (políticas públicas), provimentos e decisões que mitigam e estabelecem-se em contradição às premissas legais do sistema jurídico Brasileiro.

Por fim, com relação à inseminação heteróloga, que admite a possibilidade de material genético de terceiro dador anônimo na reprodução, no caso o sêmem, se faz necessário a autorização prévia do marido de acordo com o dispositivo legal. Apesar de não haver ressalvas com relação à forma dessa autorização, entendemos e até pelas orientações anteriores, de que a mesma deve se dar por escrito. Embora a autorização verbal possa também vir a ser legitimada judicialmente, o fato é que isso garante às partes a correta atuação do Centro de Reprodução Humana intermediador.

O mais importante, contudo, a respeito deste dispositivo, é a sua condição de irrevogabilidade, uma vez que o marido que autorizou não poderá impugnar a paternidade pela ausência do vínculo biológico consigo. De forma análoga vêm sendo

decididas as negatórias de paternidade nas hipóteses da denominada "adoção à brasileira" em que não houve erro ao se proceder o registro e onde se estabeleceu a posse de estado de filiação.

2.1.1.4.4. Projetos de lei no Brasil para a normatização da Reprodução Medicamente Assistida

O ultimo projeto de lei proposto, de autoria do Deputado Juscelino Rezende Filho (MA) sobre o Estatuto da Reprodução Assistida no Brasil, em tramitação, é o projeto de lei - PL 115/2015[143], que se encontra na Comissão de Constituição e de Cidadania, que apresenta distinções no que se refere à Resolução do Conselho Federal de Medicina em vigor, acima comentada.

É importante trazer à baila a perspectiva legal no Brasil, não obstante reconheçamos que os maiores entraves nos avanços do Direito de Família encontram-se no Congresso Nacional, na postura parcial e ideológica de nossos congressistas, lamentavelmente eleitos em um processo democrático.

O artigo 5º do referido projeto de lei ressalta que a utilização das técnicas de reprodução humana tem caráter subsidiário e deverão ser utilizadas apenas na hipótese de diagnóstico médico que indique o tratamento a fim de remediar ou prevenir a infertilidade e esterilidade. Guarda, portanto, finalidade terapêutica.

As práticas vedadas são as seguintes:

> I – Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não o da procriação humana;
> II - Criar seres humanos geneticamente modificados;
> III – Criar embriões para investigação de qualquer natureza;
> IV – Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;
> V – Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Além disso, está prevista a proibição de redução embrionária na hipótese de gravidez múltipla e a "mistura" de material genético dos doadores com os dos pretensos genitores.

---

[143] BRASIL. **Projeto de Lei 115/2015** , http://www.camara.gov.br/proporsicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504, acesso em 26 de junho de 2015.

A doação de gametas é permitida dentro de limites quantitativos e territoriais, sem finalidade lucrativa. O sigilo é garantido salvaguardando o direito de conhecimento à origem genética no exercício de direito de personalidade. Os médicos ou integrantes da equipe multidisciplinar não podem ser doadores nos programas.

Da mesma forma, a chamada cessão temporária do útero também é permitida no Projeto, sem retribuição econômica à gestante, apenas na hipótese de indicação médica em razão da saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges. A cessão deverá ser feita por parente dos interessados até o 2º, e excepcionalmente por pessoas que não sejam parentes se autorizado pelo Conselho Regional de Medicina. O projeto prevê ainda exigência de homologação judicial do pacto, antes do início dos procedimentos, sob pena de nulidade e consideração da gestante como a mãe da criança que vier a nascer.

Interessante registrar também que há previsão de possibilidade de criopreservação de embriões, e exigência de que os donos do material genético neste ato, já estabeleçam cláusulas na hipótese de divórcio, morte, doença grave ou desistência de um deles, com relação ao destino dos mesmos. Apesar de prever essa autonomia aos donos do material genético, vincula o destino dos embriões excedentários à implantação pelo beneficiário. Entrega para adoção ou pesquisa científica, proibido o descarte.

A reprodução assistida *post mortem* também é permitida, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo: a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião; a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento. Há também previsão de direito sucessório da criança que vier a nascer *post mortem*, desde que a gravidez ocorra em até 03(três) anos da abertura da sucessão do genitor falecido que autorizou expressamente. O projeto pretende alterar dispositivos do Código Civil, portanto, na medida em que apesar do prazo estabelecido para a gestação, a hipótese não exclui o direito de petição de herança. Ora, temos previsão legal de prazo para a petição da herança que deverá ser expressamente revogado ou alterado para que se consolide a hipótese. Além disso, O embrião pode ser fideicomissário em substituição testamentária, figurando como exceção à regra da concepção prevista no art. 1.952 do Código Civil de 2002.

Com relação aos sujeitos, o projeto prevê que qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz, que mediante manifestação inequívoca de sua vontade e por indicação médica, deseje ter um filho, pode se submeter ao tratamento de reprodução humana assistida.

No capítulo III, o projeto traz previsões de presunção de filiação, estabelecendo que esta será dos cônjuges ou companheiros que a buscaram, além do respectivo sobrevivente e do *de cujus*, na hipótese *post mortem*.

No capítulo IV, ao se referir às ações de investigação de vínculo biológico e negatória de paternidade, o projeto traz algumas contradições. Note-se que não se refere à investigação de paternidade mas apenas da origem biológica, estabelecendo que com a identificação não haverá vínculo paterno-filial para o doador do material. Contudo, admite a negatória de paternidade, em havendo vício no consentimento informado (erro ou fraude) ou na hipótese em que não foi aplicada a técnica escolhida no termo. Ao mesmo tempo, prevê que a sentença que reconhecer o erro médico não desconstituirá vínculo paterno-filial existente.

Em que pese o projeto ser bastante recente (2015), já encontra-se aquém da recomendação ética do Conselho Federal de Medicina, na medida em que esta observa não necessariamente o caráter subsidiário em razão da saúde mas também a garantia dos direitos fundamentais do casal homoafetivo, que não terá condição de procriar entre si.

O fato é que, mesmo sem lei sobre a matéria da reprodução assistida, os centros de reprodução humana já desenvolvem uma prática recorrente, em conformidade com as suas regras éticas autorizadoras das técnicas de "gestação sub-rogada" e "doação de óvulo", mas essa prática não legitima o *status filiae,* que tem previsão divergente em nossa legislação civil, máxime no que diz respeito à maternidade. São fatos não apreendidos pelo direito.

É óbvio que o casal homoafetivo pode buscar o auxílio médico para a reprodução, mas as articulações a serem estabelecidas "negocialmente", não têm força para a alteração das concepções legais. Por essa razão, sugere-se a interpretação restritiva do dispositivo legal das presunções, deixando claro que não estava no propósito do projeto que resultou o Código Civil de 2002, a manipulação de todas as técnicas. O discurso da solidariedade familiar e da busca da isonomia para os homossexuais são frequentemente utilizados como justificativa para a utilização das técnicas, mas requer uma reflexão mais aprofundada pelo direito.

Não se trata da autodeterminação que o indivíduo detém sobre o seu próprio corpo, mas com as relações que essa autodeterminação venha a se estabelecer e os interesses envolvidos, como o da criança que será o fruto do projeto parental.

Faticamente os pretendentes vêm alcançando o seu intento, já que a oferta do serviço existe, mas a validade dos ajustes estabelecidos deve ser questionada. Por mais que a conduta da procura possa demonstrar o afeto juridicamente relevante externado pelos que intencionam um projeto parental, pela via da reprodução humana assistida, há que se buscar o enquadramento aos limites atuais vigentes.

Se um casal homossexual masculino, por exemplo, em união estável, buscasse a gestação subrrogada junto à mesma doadora de óvulo e com esta firmasse também a intenção do projeto parental, implicaria na filiação dela com um dos pares, e caso o outro dos pares viesse a querer adotar unilateralmente aquele que seria o seu enteado, implicaria no rompimento da filiação originária. Esta seria a solução legal para o projeto parental desse casal, mas não tem sido assim em nossa realidade, principalmente considerando uma série de atos administrativos que têm viabilizado uma conduta *contra legem*, o que oportunamente trataremos.

Construído o ordenamento jurídico dentro de um sistema binário de filiação, a sua desconstrução poderá inviabilizar diversas soluções jurídicas, inclusive sucessórias. Há também razões históricas e antropológicas que não podem ser desconsideradas, e o perigo de retrocesso ao primário das relações existenciais. Desde que a complexidade passou a ser um fator inevitável das sociedades contemporâneas, a busca do estabelecimento de limites e categorias se fez presente.

O corte a ser estabelecido pelo direito às situações fáticas tão presentes em nossa realidade, deverá considerar a ideia de coexistencialidade e de autodeterminação limitada, sob pena de perdermos a trilha traçada na busca da segurança das relações e na própria ordenação da sociedade, cuja base é a própria família. Não basta, portanto existir, mas garantir a coexistência, base dessa tese.

2.1.1.4.5. A Resolução do Conselho Federal de Medicina no Brasil

Já a última Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2121/2015, que se constitui medida de regulamentação deontológica à classe dos médicos, procura garantir a estes também uma ampliação do nicho de mercado. A Resolução se arvora

no papel do legislador para procurar estabelecer relações jurídicas, criando direitos e deveres, por vezes contrários aos valores estabelecidos pelo sistema jurídico.

No histórico de tais regramentos no país, tivemos a Resolução 1358 de 1992, que vigorou durante 18 anos, tendo sido revogada pela Resolução 1957/2010, e posteriormente a Resolução 2013/2013 e por último a Resolução 2121/2015.

As Resoluções são editadas com base na competência recebida pelo Conselho Federal de Medicina, através da lei 3268/1957, que foi alterada pela lei 11.000/2004.

A lei originária de 1957 manteve-se intacta com relação às atribuições do Conselho Federal de Medicina, segundo dispõe o seu artigo 5º, que o autoriza, na alínea "g" a expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais.[144]

Para compreender melhor o elemento crítico da presente tese no que diz respeito à reverência que vem sendo dada pela doutrina e pelo Poder Judiciários às referidas regras deônticas, faz-se necessário um esclarecimento elementar, bem realizado por Marcos Bernardes de Mello[145]:

> Das espécies de sistemas de direito o nosso caracteriza-se como um direito escrito e legislado, e neste as normas jurídicas são expressadas sob a forma de proposições abstratas que se destinam, em geral, a regular situações futuras e consubstanciadas em documentos escritos, denominados diplomas legais ou legislativos. Logo a sua elaboração exige a observância de normas procedimentais específicas pela a autoridade que detenha a competência, no nosso caso, o Poder Legislativo. Diferentemente no sistema do direito consuetudinário, as normas são elaboradas ordinariamente pelos órgãos judiciais, que analisando os costumes e as tradições de comportamento social, as revelam nas decisões de caso concreto. Nem um nem outro sistema esgota as situações possíveis de serem encontradas nas relações sociais, de forma que no sistema

---

[144] BRASIL. Lei 3268 de 30 de setembro de 1957. **Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm, acesso em 06.01.2016. Art . 5º São atribuições do Conselho Federal: a) organizar o seu regimento interno; b) aprovar os regimentos internos organizados pelos Conselhos Regionais; c) eleger o presideite e o secretária geral do Conselho; d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais; e) promover quaisquer diligências ou verificações, relativas ao funcionamento dos Conselhos de Medicina, nos Estados ou Territórios e Distrito Federel, e adotar, quando necessárias, providências convenientes a bem da sua eficiência e regularidade, inclusive a designação de diretoria provisória; f) propor ao Govêrno Federal a emenda ou alteração do Regulamento desta lei; g) expedir as instruções necessárias ao bom funcionamento dos Conselhos Regionais; h) tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimí-las; i) em grau de recurso por provocação dos Conselhos Regionais, ou de qualquer interessado, deliberar sôbre admissão de membros aos Conselhos Regionais e sôbre penalidades impostas aos mesmos pelos referidos Conselhos. j) fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina; e l) normatizar a concessão de diárias, jetons e auxílio de representação, fixando o valor máximo para todos os Conselhos Regionais.

[145] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

> escrito, na falta de legislação expressa, admite-se a aplicação do costume, dos princípios gerais do direito, da analogia, e até excepcionalmente da equidade como norma jurídica e no sistema consuetudinário admite-se normas jurídicas expressas em diplomas legais escritos.

Não basta, pois, nos deparamos com uma série de procedimentos autorizados com a finalidade de regular uma atividade profissional, para de logo, atribuirmos à esta prática ou fatos/atos decorrentes dessa prática, uma qualificação e uma imputação que a norma jurídica não o fez. Lourival Vilanova[146] elucida que, *sem norma, um fato não adquire qualificação de fato jurídico.*

Vejamos o que estabelece a Resolução em vigor do Conselho Federal de Medicina, de nº 2121/2015: a Resolução justifica a intervenção como garantia do direito fundamental à saúde, considerando a "infertilidade" como patologia, e o anseio humano em supera-la; que o avanço e descobertas já alcançadas no meio médico, já permitem solucionar as situações de infertilidade; e a grande inovação com relação às duas primeiras Resoluções anteriores, foi a consideração da decisão do STF, que qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva, já introduzida pela Resolução 2013/2013.

A partir daí, estabelece o que denomina de Princípios Gerais, identifica os sujeitos que podem se submeter às técnicas enquanto pacientes, estabelece os requisitos de composição e reponsabilidade do Centro, clínica ou serviço que aplica a técnica, regula a doação de gametas ou embriões e suas condições, regula sobre a criopreservação dos gametas e embriões, dispõe sobre o DGPI – Diagnóstico genético de pré-implantação do embrião, regula sobre a gestação de substituição (doação de útero) e por fim, sobre a reprodução assistida post-mortem.

O universo tratado pela Resolução, portanto, constitui-se na realidade da atividade médica no Brasil e engloba todas as questões importantes relativas à bioética que são tratadas por instrumentos normativos da espécie, a exemplo dos já analisados anteriormente, sugerindo que a prática possa produzir efeitos jurídicos de qualificação de filiação, pela vontade procriacional, sem considerar quaisquer dos paradigmas de categorização da filiação enumerados pelo nosso ordenamento jurídico.

O impacto e a repercussão na sociedade é tal, que tanto a doutrina brasileira como a estrangeira, tratam as Resoluções do Conselho Federal do Brasil, como se

---

[146] VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.55.

normas jurídicas fossem, assim como algumas decisões judiciais, reconhecem a realidade como posta e inevitável, acolhendo a vontade das partes que renunciam, o que a lei diz ser irrenunciável, e alteram o elemento de qualificação da filiação pelo contrato. Que norma jurídica estaria incidindo para justificar a produção de efeitos jurídicos de acordo com a vontade das partes, máxime quando se está falando de direitos indisponíveis?

É curioso também, o lapso temporal de vigência das Resoluções no Brasil, coincidentes com o marco dos avanços da engenharia genética e com o crescimento de redes e agentes corporativos que favorecem a atividade profissional. Da primeira à segunda Resolução foram 18 anos, conforme acima mencionado, da segunda para a terceira, 03 anos e da terceira para a quarta e última, apenas 02 anos.

Vejamos os quadros comparativos das Resoluções com relação aos temas tratados e seus conteúdos:

Quadro 1 – Temas tratados

Res. 1358/1992	**Res. 1957/2010**	**Res. 2013/2013**	**Res. 2121/2015**
Princípios Gerais	Princípios Gerais	Princípios Gerais	Princípios Gerais
Usuários das técnicas de RA	Pacientes das Técnicas de RA	Pacientes das Técnicas de RA	Pacientes das Técnicas de RA
Referente às Clinicas e Centros que aplicam as técnicas	Referente às Clinicas e Centros que aplicam as técnicas	Referente às Clinicas e Centros que aplicam as técnicas	Referente às Clinicas e Centros que aplicam as técnicas
Doação de Gametas ou pré-embriões	Doação de Gametas ou embriões	Doação de Gametas ou embriões	Doação de Gametas ou embriões
Criopreservação de gametas ou pré-embriões	Criopreservação de gametas ou embriões	Criopreservação de gametas ou embriões	Criopreservação de gametas ou embriões
Diagnóstico e tratamento de pré-embriões	Diagnóstico e tratamento de embriões	Diagnóstico e tratamento de embriões	Diagnóstico e tratamento de embriões
Gestação de substituição (doação temporária do útero)	Gestação de substituição (doação temporária do útero)	Gestação de substituição (doação temporária do útero)	Gestação de substituição (doação temporária do útero)
xxxxxxxxxxxxxx	Reprodução Assistida *Post Mortem*	Reprodução Assistida *Post Mortem*	Reprodução Assistida *Post Mortem*

Quadro 2 – Conteúdos e principais modificações / Princípios e Pacientes

Resoluções	Princípios	Pacientes
1358/1992	1 - As técnicas de RA como auxílio da infertilidade, após ineficácia de outras terapêuticas . 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente. 3- O consentimento informado obrigatório de pacientes inférteis e doadores sobre os aspectos médicos e detalhamentos da aplicação da técnica de RA, além dos resultados já obtidos naquela unidade. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. 4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer. 5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana. 6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade. 7 - Em caso de gravidez múltipla, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.	1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.
1957/2010	Há identidade de todos os Princípios, com alteração apenas do Princípio de nº 6 que passou a ser acrescido: O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.	**1- Todas as pessoas capazes,** que tenham solicitado o procedimento, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.
2013/2013	1 - As técnicas de RA têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos. 3- *Idem* 4- *Idem.* 5 - *Idem.* 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos. 7 - *Idem*	1 – Idem à Res. 1957/210. 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.
2121/2015	1- Idem à anterior	1 – Idem.

	2- As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos. As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos. 3- Idem. 4 - Idem. 5 - Idem. 6- O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) 4 mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos. 7- Idem.	2- 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. 3- É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

Quadro 3 – Conteúdos e principais modificações/ Centros e doação de gametas

Resoluções	Centros/Clínicas	Doação
1358/1992	As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos: 1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico. 2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões. 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.	A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial. 2 – Anonimato dos doadores e receptores. 3- Sigilo da identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores, salvo situações especiais, por motivação médica, as informações dos doadores podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a sua identidade civil. 4 – Os Centros devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora. 7 - Não será permitido ao médico responsável, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

1957/2010	As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos: **1 -** um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição. **2 –** Idem à anterior. **3- Idem .**	**1 -** Idem. **2 -** Idem. **3 -** Idem. **4 -** Idem. **5 -** Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes. 6 - Idem. 7- Idem.
2013/2013	As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos: 1 - Idem; 2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões; 3 – Idem. 4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.	1 – Idem.. 2 – Idem. 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem. 4 – Idem ao íten 3 da Resolução de 1992. 5 – Idem ao ítem 4 da Resolução de 1992. 6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. 7 – Idem ao ítem 6 da resolução de 1992. 8 – Idem ao ítem 7 da resolução de 1992. 9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.
2121/2015	As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano para o(a) paciente de técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos: 1- Um diretor técnico – obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição – com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será	1. Idem. 2. Idem. 3. Idem. 4. Idem. 5. Idem ao ítem 3 da Resolução de 1992. 6. Idem. 7. Idem ao ítem 6 da Resolução de 1992. 8. Idem ao ítem 7 da Resolução de 1992. 9. Idem à Resolução anterior.

	responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados; 2- Idem ao anterior. 3- Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o(a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças; 4- Idem ao anterior.	

Quadro 4 – Conteúdo e principais modificações/ criopreservação e DGPI

Resoluções	Criopreservação.	DGPI
1358/1992	1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões. 2 . O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. 3 .No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.	As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica. 1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal. 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.
1957/2010	**1.** As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões. **2.** Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados. 3.Idem ao anterior.	Idem com relação ao anterior
2013/2013	1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos. 2. O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados. 3. Idem. 4. Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.	1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças. 2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos. 3 – Idem..

2121/2015	1. Idem. 2. Idem. 3. Idem. 4.Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.	1- Idem. 2. Idem. 3. Idem..

- DGPI – Diagnóstico pré-implantatório

Quadro 5 – Conteúdo e principais modificações/ Gestação subrrogada e inseminação *post mortem*

Resoluções	Gestação subrrogada	*Post Mortem*
1358/1992	As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.	*Sem previsão*
1957/2010	Idem.	Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológicocriopreservado, de acordo com a legislação vigente.
2013/2013	1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 3. Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as	É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

	circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal- os riscos inerentes à maternidade; - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.	
2121/2015	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 ou em caso de união homoafetiva. 1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.	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.

Da análise dos quadros comparativos das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, podemos constatar que as modificações marcam o avanço da ciência no desenvolvimento científico com relação à engenharia genética, e embora traga termos que expressam preocupação de ordem ética, os conteúdos expressos não eximem a inobservância de preceitos éticos e jurídicos.

Aqui, não obstante a visão global que optamos em conferir, destacaremos a técnica de maternidade de substituição, a doação de gametas e a inseminação *post mortem*, que sugerem alterar a qualificação do estado de filiação estabelecido pela lei ou mesmo alguns de seus efeitos.

A finalidade terapêutica para a utilização das técnicas também se revela muito anunciada, tomando-se por base a cura da infertilidade. Contudo, na união homoafetiva a infertilidade não existe, mas tão somente a incompatibilidade genética entre gametas provenientes de um mesmo gênero.

Logo, a cada passo, as técnicas passam a ser mais facilitadas em seu acesso. A dispensa da finalidade terapêutica, mesmo para garantir eventual isonomia ou discriminação em razão de orientação sexual, abre precedente preocupante, para que outras razões futuramente possam ser perseguidas.

A participação de outra pessoa no processo de criação de projeto parental alheio traz grande complexidade, e as Resoluções tentam simplificar, mediante a assunção de anuência e concordância entre as partes quantos aos efeitos jurídicos, como se tivesse a possibilidade de revogar a norma jurídica, máxime quando estamos falando de direitos indisponíveis, irrenunciáveis e portanto, de ordem pública.

Como dito alhures, o impacto que tais Resoluções trazem, não obstante a ausência de norma jurídica termina impelindo os julgadores a assim considera-la, sob o argumento mal versado de conteúdo Principiológico que, na qualidade de norma jurídica, também autorizaria.

Nesse aspecto, também alertamos e isso será oportunamente tratado no próximo capítulo, que os princípios constitucionais atinentes à matéria, não possuem conteúdo aberto e indeterminado para o critério subjetivo do julgador, mas sim conferem maior elasticidade para a hipótese de incidência, primordialmente, na ausência de lei que defina a forma de tratamento a ser conferida.

O engodo a que tais Resoluções levam, chega também a afetar atos administrativos importantes, a exemplo do último provimento da Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que tratou de "autorização" de registro

pelo oficial de registro, de contratos de maternidade de substituição, independentemente de judicialização da demanda.[147]

O referido provimento destina-se a regulamentar o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos e homoafetivos admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e se baseia na Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, em Enunciados das Jornadas de Direito Civil, além do julgamento do STF com relação à união homoafetiva. Sem dúvida um passo ousado, mas que coloca em risco a segurança jurídica, além de contrariar expressa disposição da lei.

2.1.2. **O modelo argentino e as categorias de filiação**

Em nosso corte metodológico e visando uma colaboração de readequação interpretativa de nosso sistema de filiação, optamos pelo estudo de uma das legislações civis mais recentes na América Latina, que trouxe em seu capítulo, em matéria de filiação, novas categorias, sem prejuízo de quebra de alguns paradigmas.

A escolha da legislação argentina se deu, principalmente por ser a mais recente legislação civil aprovada, e por se tratar de um país vizinho, da América do Sul, que guarda identidades culturais com o Brasil. Por essa razão, não restringiremos a nossa análise aos aspectos das técnicas de reprodução humana, como fizemos acima com relação aos países da Europa analisados, mas sim com relação a todo o sistema de filiação, aqui se incluindo a Adoção.

O Código Civil Argentino, promulgado no ano de 2014[148], parece instalar-se em um contexto bem semelhante ao Brasil e preocupou-se em adequar-se às vicissitudes da contemporaneidade, máxime nos avanços da biotecnologia, introduzindo, sistematicamente, o que o legislador denominou de "fontes da filiação", quais sejam, a própria natureza, as técnicas de reprodução humana assistida e a lei (adoção).

---

[147] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Corregedoria de Justiça. **Provimento 21/2015**. http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1101062/Provimento+21-2015.pdf/d0687a55-dd57-4cdb-8ee0-169e4f190624?version=1.0, acesso em 07.01.2016.

[148] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.

A matéria referente à filiação no Título V da referida legislação[149], divide-se em capítulos dispostos nas seguintes temáticas: disposições gerais, regras gerais relativas à filiação por técnicas de reprodução humana, determinação da maternidade, determinação da filiação matrimonial, determinação da filiação extramatrimonial, ações de filiação, ações de reclamação da filiação e ações de impugnação de filiação.

No título VI, é destinado tão somente a filiação decorrente da adoção, subdividido em capítulos que trazem disposições gerais, a declaração judicial da situação de adotabilidade da criança ou adolescente, a guarda com fins de adoção, a competência do juízo de adoção, os tipos de adoção, que por sua vez subdividem-se em quatro seções, que contemplam as disposições gerais, a adoção plena, a adoção simples e a chamada adoção de integração, trazendo por último um capítulo referente à nulidade e inscrição.

A princípio, pois, há definição por lei da qualificação do estado de filiação, que poderá ser alterado pela vontade procriacional decorrentes das técnicas de reprodução humana, reconhecidas como outra fonte de filiação.

Para ajustar a filiação ao sistema binário, de logo a legislação traz expressa proibição quanto a manutenção de mais de dois vínculos filiais, qualquer que seja a natureza da filiação, em seu artigo 558.[150]:

Os registros de nascimento devem ser lavrados, contudo, sem que haja identificação da origem da filiação, se decorrente da natureza, das técnicas de reprodução ou mesmo da adoção.

2.1.2.1. A filiação como fonte das técnicas de reprodução assistida

A legislação argentina traz um capítulo inteiro sobre as regras gerais que devem ser observadas no uso das técnicas de reprodução humana para fins de configuração da filiação.

---

[149] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015,p.116.

[150] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015,p.116.

Art.558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción huma- na asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. (G.N)

É dever do Centro de Saúde responsável pela intervenção médica, obter o consentimento prévio, informado e livre das pessoas que se submetem ao uso das técnicas. O consentimento informado e livre, pois é a peça chave para a mudança do estado de filiação.

O instrumento do consentimento deverá ser público e certificado pela autoridade sanitária competente na jurisdição, só podendo ser revogado, enquanto não tenha havido a concepção na pessoa ou a implantação do embrião.

A vontade procriacional, portanto, irá qualificar a filiação em prol daqueles que buscaram a utilização dos meios e, portanto, que detinham o projeto parental, independentemente de identificação genética, conforme dispõe o seu artigo 562.[151]

O dispositivo assegura que possa haver uma gestante que abdique da fonte natural de sua filiação, por meio de consentimento prévio, a fim de colaborar com o projeto parental alheio e, portanto, valoriza o elemento intencional para a configuração da filiação, porém, garantindo a legitimação de uma formalidade, onde todos os participantes e envolvidos tenham plena consciência por meio do consentimento.

O direito de personalidade daqueles nascidos por meio das técnicas também restou assegurado, na medida em que os mesmos podem, mediante petição, obter os dados genéticos com relação a sua origem, se necessitar para o exercício de seu direito fundamental à saúde, ou mesmo obter a identidade civil dos doadores do material genético, se demonstrar razões devidamente fundamentadas, e desde que haja autorização judicial.

2.1.2.2. A determinação da maternidade e as presunções

O capítulo referente à determinação da maternidade restringe-se à filiação advinda da própria natureza, e se prova com o nascimento e a identidade do nascido. Dessa forma, a maternidade decorre da gestação e do parto devidamente

---

[151] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015, p. 117.
Art. 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproduc- ción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que tam- bién ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

comprovados perante o oficial de registro, se a fonte não for a decorrente da reprodução assistida.

Diferentemente, embora o nosso sistema baseie-se na presunção de *Mater semper certa est*, esta não se configura expressamente como na legislação argentina. As nossas normas assumem essa condição ao silenciar quanto às dúvidas à respeito da maternidade, na medida em que as presunções são apenas de paternidade.

De qualquer forma, a disposição restritiva da lei argentina, não exclui a interpretação sistemática, considerando as disposições especiais referentes às técnicas de reprodução humana. Ora, o elemento intencional pode afastar o exercício da maternidade natural, e isso também não traz incertezas em razão da predefinição em prol dos atores do projeto parental. Não obstante as críticas anteriormente traçadas, no que diz respeito aos perigos da coisificação da pessoa humana, o fato é que a Argentina procedeu corretamente ao legislar sobre a situação, conferindo legitimidade aos seus dispositivos, enquanto sistema de direito escrito.

A determinação da filiação matrimonial se dá por meio das históricas presunções. Trata-se de dispensar qualquer prova relativa à natureza, com relação aos filhos, para estabelecer a filiação a partir da conjugalidade (casamento ou união estável), se o filho vir a nascer após a união e até 300 dias após o divórcio, a anulação do casamento, a separação de fato ou a morte.

Por expressa disposição as presunções não se estenderam aos filhos advindos das técnicas de reprodução humana, de acordo com disposto em seus artigo 566 e 567.[152]

A ideia do consentimento informado para a utilização das técnicas, de fato deve restar bem definido, para não facilitar conflitos que posam advir à respeito da

---

[152] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015. P.117-118

Art. 566.- Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.(GN)

Art. 567.- Situación especial en la separación de hecho. Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y de- más requisitos dispuestos en la ley especial.

desistência do projeto parental e o momento adequado para tanto, considerando a possibilidade restrita que seja de revogação da vontade.

Um exemplo público e notório da possibilidade de tais conflitos se não houver o adequado esclarecimento ocorreu em Nova York. O ex-noivo da atriz colombiana Sofia Vergara, Nick Loeb, publicou nota no New York Times intitulada: *Nossos embriões congelados têm direito à vida.* Declarou ainda o noivo que para proteger os seus embriões congelados, abriu processo contra a atriz em agosto de 2014 invocando a sua pretensão de ser pai há anos e o interesse que as vidas criadas por ele ou com o seu material genético venham à termo em seu projeto parental, não obstante o término da relação afetiva com a atriz. O mesmo quer evitar a destruição ou mesmo que eles permaneçam criopreservados para sempre. O fato é que o contrato firmado por ambos não especificou solução, caso isso ocorresse, deixando margem para o seu pleito. Assim, estamos falando de custodia de embriões, que levanta importantes questionamentos sobre vida e paternidade. [153]

Os prazos das presunções também preveem a definição da paternidade em caso de haver casamentos sucessivos. Assim, se a mulher der a luz a um filho, dentro dos 300 dias subsequentes ao divórcio ou anulação do casamento e dentro de 180 dias da celebração do segundo casamento, será presumido como pai o do primeiro casamento. Se nascido porém após os 180 da celebração do casamento, será presumido pai o cônjuge do segundo casamento. De qualquer forma, as presunções admitem prova em contrário.

Em qualquer situação, a prova da filiação matrimonial se dá com a inscrição do nascimento no registro civil, com a sentença ou com o termo de consentimento com base nos filhos decorrentes das técnicas de reprodução humana.

2.1.2.3. A filiação extramatrimonial e as ações de estado de filiação

A filiação extramatrimonial imprescinde de reconhecimento, seja este voluntário ou involuntário, ou mesmo tenha sido consentida mediante as técnicas de reprodução humana. O termo de consentimento estabelece a filiação com relação aos contratantes, não permitindo o vínculo com aquele que contribuiu com a origem

[153] http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/ex-noivo-de -sofia- vergara-diz-que-lutara-para-salvar-embrioes-congelados-16020221, acesso em 03 de maio de 2015.

genética ou com o projeto parental que não lhe era próprio, de acordo com o disposto em seu artigo 575[154].

Questão interessante é o tratamento dado pela legislação argentina com relação às denominadas ações de estado de filiação. Elas estão definidas em dois grupos: as ações de reclamação de filiação e de impugnação de filiação.

O dispositivo prevê a imprescritibilidade do direito de ação do estado de filiação, mas não de seus efeitos patrimoniais, que sofreriam prescrição, assim como em nosso sistema com relação ao prazo da petição de herança.

No que diz respeito aos filhos advindos das técnicas de reprodução humana, a lei reforça a não parentalidade em razão da origem genética, necessariamente afastada por meio do consentimento informado das partes, bem como prevê a impossibilidade da demanda com base nesse fim.[155]

Trata-se de valorização também do critério socioafetivo, uma vez que não é possível a revogação com base na ausência de vincula biológico, o que já temos construído doutrinariamente e jurisprudencialmente na melhor interpretação de nosso artigo 1597 do Código Civil Brasileiro.

A restrição ao duplo vínculo filial é reforçada, na medida em que há expressa previsão de que em caso de procedência da demanda que busca da filiação, o registro anterior deverá ser substituído pelo novo.[156]

---

[154] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.p.119.
Art. 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.
En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, **la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.(GN)**
Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena(GN).

[155] ARGENTINA, Códigos. Código Civil y Comercial y Leys Complementarias comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.p.119.
ARTÍCULO 576.- Caracteres. El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.
ARTÍCULO 577.- **Inadmisibilidad de la demanda**. **No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.(GN)**

[156] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.p.120.
Art. 578.- Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación.

A biparentalidade, portanto, é ressaltada pela legislação, como modelo máximo do estabelecimento do estado de filiação.

A possibilidade de decretação de ofício da prova genética nesse tipo de ação, elimina a complexidade do conjunto probatório.

De qualquer forma, percebe-se, nas entrelinhas da lei, uma valorização também com relação ao vínculo genético em algumas situações, como a intervenção Estatal de ofício acima mencionada, bem como a prova contrária genética admitida nas ações de posse de estado de filiação.[157]

A impugnação ao reconhecimento pode ser exercida pelo filho a qualquer tempo e pelos demais interessados no prazo de hum ano do ato do reconhecimento ou hum ano do fato conhecido de que poderia não ser o filho.

2.1.2.4. A adoção na legislação argentina

A adoção na Argentina, também constitui-se medida excepcional, na medida em que se configura como direito da criança e adolescente à uma família, quando não possa desenvolver-se em sua família de origem, prevendo em seu artigo 594, enquanto Princípios, o interesse do menor, o respeito ao direito à identidade, o esgotamento das possibilidades de permanência na família de origem ou ampliada, a preservação de grupos fraternos (adoção de irmãos), o direito ao conhecimento de sua origem e o direito do menor ser ouvido, cuja obrigatoriedade se dá a partir dos dez anos.[158]

---

[157] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.p. 121.
Art. 584.- Posesión de estado. La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético.

[158] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.p 123.
Art. 595.- Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:
a. el interés superior del niño;
b. el respeto por el derecho a la identidad;
c. el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
d. la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
e. el derecho a conocer los orígenes;
f. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimento a partir de los diez años.

Como no Brasil, a adoção deve ser judicializada[159], e as pessoas que estão sujeitas a serem adotadas são os menores não emancipados e declarados adotáveis, em razão dos pais de origem haverem sido privados da responsabilidade parental. As pessoas maiores só podem ser adotadas em duas exceções: quando se tratar da adoção do filho do cônjuge ou companheiro (para nós, denominada de adoção unilateral) e na hipótese de prova de filiação devidamente comprovada, desde a menoridade.

Foi garantida pela lei argentina o direito de personalidade para conhecimento da origem genética pelos adotados.

Aqui nos interessa primordialmente no sistema de adoção Argentino, os tipos de Adoção elencados pela lei. Enquanto no Brasil temos um sistema unitário de adoção, sendo a PLENA, uma vez que o Código Civil de 2002 revogou a Adoção simples antes prevista no Código de 1916, na Argentina existem 03(três) espécies de adoção: A plena, a simples e a chamada adoção de integração, conforme distinção abaixo.[160]

A Adoção Plena confere ao adotado a condição de filho e extingue os vínculos jurídicos com a família de origem, com exceção dos impedimentos matrimoniais que subsistem. Na família adotiva, o adotado possui todos os direitos de filho.

A Adoção Simples confere o estado de filho ao adotado, mas não cria vínculos jurídicos com os parentes e com o cônjuge do adotante.

A Adoção de Integração se configura quando se adota o filho do cônjuge ou do convivente, gerando os seguintes efeitos entre o adotado e o adotante: a) se o adotado tem um só vínculo de origem, os efeitos são idênticos ao da adoção plena e a regras da responsabilidade parental se aplicam ao pai ou mãe de origem, ao adotante e ao adotado; b) os efeitos que serão previstos judicialmente, pela concessão legal de

---

[159] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015.p 123.
Art. 594.- Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en uma familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.
La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

[160] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015, p. 129-131

arbítrio ao julgador, conforme dispõe o artigo 621.[161]:

Nesse particular o sistema Argentino merece crítica, pois parece contraditório com relação à sua regra de biparentalidade mencionada anteriormente, uma vez que admite na adoção plena a manutenção de vínculo jurídico com pais de origem e admite na adoção simples, a criação de vínculos com parentes do adotante. Ao mesmo tempo, a regra esclarece que tais vínculos não modificam o regime legal da sucessão ou da responsabilidade parental, tão pouco os impedimentos matrimoniais, previstos na lei para cada tipo de adoção. A que se prestariam tais vínculos então?

Esta regra se assemelha muito com algumas posturas judiciais que vem sendo adotadas no Brasil, que serão objeto de reflexão em capítulo próprio, e que são denominadas de "Adoção poliafetiva".

Contudo, no Brasil, não há alternativas para a adoção ou mesmo a lei confere arbítrio ao juiz para alterar o que prevê em relação a Adoção Plena, que é a quebra irrevogável dos vínculos de origem e todos os seus efeitos, à exceção dos impedimentos matrimoniais.

Tudo fica ainda mais confuso, quando o legislador Argentino na regra da sucessão legítima prevê regra específica para a adoção, sem especificar qual seja o tipo de adoção, no artigo 2.430.[162]

Assim, se há um regime sucessório para tipo de adoção, estes não se encontram devidamente especificados e diferenciados na lei argentina.

2.1.2.5. A responsabilidade parental no parentesco afim

Por fim e não menos importante para a reflexão com relação à nossa temática, é imperioso tratar do capítulo referente ao parentesco por afinidade, na figura entre padrastos/madrastas e enteados. O Código Civil Argentino dedicou capítulo próprio, em franco reconhecimento da multiplicidade de famílias recompostas que geram essa realidade.

---

[161] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015, p. 129.
Art. 621. - Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico com uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

[162] ARGENTINA, **Códigos. Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015, p.434.
Art.2430.- Caso de adopción. El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida.

A matéria está disposta em cinco artigos e destina-se a reconhecer que os progenitores afins também têm responsabilidade parental com os enteados, mesmo que não a um equivalente "Poder Familiar" dos pais. Ele deve colaborar com a criação e adotar atos considerados de urgência em prol da formação da criança ou adolescente, mas se houver dissenso com relação ao pai ou mãe, prevalecer a vontade deste, pois tal colaboração não afeta a titularidade destes últimos.

Os pais poderão delegar também ao progenitor afim o exercício de sua responsabilidade parental, sempre que não estiver em condições de exercer em razão de várias hipóteses, como doença, incapacidade transitória ou trabalho. Da mesma forma, poderá haver o exercício conjunto dessa responsabilidade, em caso de morte ou incapacidade do pai ou mãe não convivente, situação em que o progenitor afim compartilhará com o seu cônjuge ou convivente essa responsabilidade. De qualquer forma, sempre que houver dissenso a lei prevê que prevalece a vontade do pai ou mãe. E em havendo divórcio, encerra-se também o seu exercício.

Um dos principais efeitos jurídicos dessa responsabilidade é também de ordem patrimonial. Prevê o artigo 676 que o progenitor afim poderá obrigar-se subsidiariamente com relação ao sustento do enteado. A princípio essa assistência se encerraria com o divórcio ou separação, mas em havendo acordo formal entre os divorciandos, poderá ser estabelecida uma cota assistencial transitória, por prazo a ser fixado judicialmente, sempre respeitando o binômio necessidade – disponibilidade.[163]

O que se pode depreender ao final é que o sistema argentino avançou na qualificação da filiação, prevendo adequadamente as hipóteses que possivelmente já se faziam presentes em sua realidade social, contudo mantendo a generalização das técnicas de reprodução humana, uma vez que o direito jamais poderá acompanhar a evolução da biomedicina no mesmo ritmo. Nestas, as previsões legais acolhem as possibilidades da doação de gametas e da subrrogação ou cessão de útero, sempre definindo, nessas hipóteses a maternidade e a paternidade por meio do elemento

[163] ARGENTINA, Códigos. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015, p.140.
Art. 676.- Alimentos. La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

intencional de constituição do projeto parental, como uma nova fonte da filiação que se não presente, prevalecerá as demais.

O Brasil encontra-se na mesma esteira da Argentina, no que se refere aos usos e costumes no que diz respeito à prática na reprodução humana assistida, contudo, sem regulação legal sobre a mesma. A referência legal ao termo na esfera civil se dá apenas na regra referente às presunções jurídicas de filiação, prevista no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro de 2002, menção esta que suscita uma gama de dúvidas que exigiram estudos e a construção de Enunciados para a sua compreensão.

A realidade brasileira, portanto, reclama uma solução do sistema jurídico, e nesse sentido, a lei brasileira para se adequar à realidade tende a considerar a vontade procriacional garantida pelo consentimento informado contratual, como meio para o estabelecimento do estado de filiação, haja vista os Projetos de lei em tramitação.

Contudo, até lá, estaria sujeitando toda a sua estrutura referente aos direitos indisponíveis a uma mudança de paradigma sem igual, e sem garantias de controle Estatal que possa evitar que o Poder econômico venha a ditar as regras na prática, como demonstra a amostra acima elencada do relatório oficial da ANVISA.

Há, portanto, muita semelhança do sistema argentino com o sistema jurídico Brasileiro, mas a introdução da matéria referente à reprodução humana é o seu maior diferencial, assim como o tratamento dado ao parentesco por afinidade, que vem sendo confundido, aqui no Brasil, na interpretação da denominada "multiparentalidade", ou no sentido que se deve atribuir a esta.

2.1.3. As dimensões do critério socioafetivo

É preciso ressaltar, que a socioafetividade na esfera familiar, vem sendo trabalhada de forma muito restrita, para fins apenas de configuração e efeitos em matéria de filiação.

No entanto, ela poderá ser estendida a outras esferas parentais, máxime em razão de decorrer da própria solidariedade familiar.

Conferindo a importância exigida, primeiro trataremos da socioafetividade e sua evolução na relação parental de filiação, sem prejuízo de trabalharmos outras dimensões, posteriormente.

As características de uma sociedade complexa não se limitam aos avanços biotecnológicos que interferem na qualificação das relações sociais. A mutabilidade dos relacionamentos também passou a justificar uma crescente importância conferida

à afetividade, aqui entendida não enquanto sentimento que possa ser desenvolvido entre as pessoas pertencentes a uma relação familiar, mas principalmente como condutas expressas decorrentes de uma convivência, que revelam cuidado, tratamento e reponsabilidade entre os sujeitos.

Dessa forma, ao lado de tantas transformações que nos levam a alterar as concepções biológicas acima mencionadas, houve certo decréscimo da relevância que um dia já foi concedida aos elos biológicos ou registrais.[164]

Essa visão de pessoa e de subjetividade nem sempre esteve presente na história, como bem demonstramos no primeiro capítulo.

Na visão de Eduardo de Oliveira Leite[165], o século XVIII inaugura na história da humanidade, a possibilidade de um maior espaço para o amor, na busca da satisfação pessoal e realização íntima, ainda que de forma tímida, gerando uma nova concepção de casamento.

Contudo será na metade do século XX que se verá triunfar o sentimento, com a libertação da pressão do meio social, da família e da comunidade, restringindo-se o nível de relacionamento entre pai, mãe e filhos, e consequente aumento dos laços afetivos.[166]

Calderon[167] reconhece que a evolução da afetividade à levou ao centro das relações familiares, enquanto vetor determinante da relações familiares. A sociedade passou a dotar gradativamente o aspecto afetivo como suficiente e relevante nas escolhas pessoais.

Não demorou muito para que a doutrina brasileira passasse a enxergar a importância e, por vezes, a predominância desse critério sobre o vínculo biológico, passando a não mais reconhecer apenas neste a determinação da filiação.

Para Paulo Lôbo[168], a afetividade se firma como princípio, com fundamento constitucional. Assim, não se trata apenas de questão subjetiva, ligada ao sentimento que une às pessoas, mas resolve-se imperativamente em nosso ordenamento jurídico,

---

[164] CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de janeiro:Renovar, 2013, p. 31

[165] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba, Juruá, 1991, p.277.

[166] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento,** Cit**.,** 1991, p.338.

[167] CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**, Cit., 2013, p. 205.

[168] LÔBO, Paulo. O princípio jurídico da afetividade na filiação. *IN:* http://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao, acesso em 29 de junho de 2015.

não podendo ser visto apenas como fato exclusivamente sociológico ou psicológico. O autor identifica na Constituição Federal de 1988, elementos essenciais do referido princípio, no artigo 226, § 4º e 227, §§ 5º e 6º, conforme disposto a seguir.[169]

> a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
> b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
> c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Assim, se fôssemos classificar a doutrina brasileira atual em matéria de filiação, poderíamos dividir em duas grandes linhas, sendo uma voltada aos teóricos da socioafetividade, que reconhecem nesse critério o verdadeiro gênero da filiação, e os adeptos à verdade real biológica que ainda a reconhecem, como fator preponderante, na hipótese de conflito positivo de paternidade.

De sorte, afastamos de nossa intepretação a possibilidade de preponderância em tese, de uma teoria sobre a outra, na medida em que os casos concretos apresentam especificidades que ora exigem a qualificação socioafetiva, ora exigem a qualificação genética, não obstante possam aparentar alguma identidade.

A ideia de classificação da filiação socioafetiva na atualidade, poderia advir da denominada posse de estado de filiação, da adoção à brasileira, da adoção propriamente dita e ainda quando decorrente da inseminação heteróloga, conforme previsto no na letra b.1 do item 2.2 acima.

De qualquer forma, exceto nas hipóteses da inseminação heteróloga e da adoção propriamente dita, que exigem prévia disposição dos interessados, as demais hipóteses exigiriam uma qualificação, pelo estabelecimento da convivência, assunção de responsabilidade e tratamento. Estes seriam os elementos que justificariam a manutenção e validade registral da adoção à brasileira, não obstante a conduta criminosa, bem como justificariam a constituição registral na hipótese de posse de estado de filiação.

As dimensões do critério socioafetivo, portanto, dependeriam de tais qualificações, e não apenas da declaração de vontade no estabelecimento de filiação. Este posicionamento, no entanto, não é unânime.

---

[169] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

A exemplo e dentro da proposta da presente tese, registre-se a postura do Tribunal de Justiça de Pernambuco com o Provimento nº 9/2013 da Corregedoria Geral da Justiça[170], que prevê a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva, perante o oficial de Registro Civil.

A Resolução invoca a igualdade jurídica em matéria de filiação para admitir que alguém perante o oficial de registro civil possa declarar a sua paternidade, independentemente da prova biológica da filiação, justificando também essa permissão em razão do grande número de crianças e adultos sem paternidade registral estabelecida, não obstante haja a relação consolidada.

Apesar disso, o referido provimento prevê em seu artigo 4º, admite que o oficial de registro deixe de praticar o ato de reconhecimento se suspeitar de fraude, falsidade ou má-fé do declarante. [171], conforme abaixo transcrito:

O formulário constante do anexo único do referido Provimento, ainda propõe o modelo de declaração, quanto a verdade da filiação socioafetiva declarada, em caráter irrevogável e de que não tramita ação judicial relativa à paternidade do mesmo.[172]

Em que pese a valorização do elemento intencional em matéria de filiação, trabalhado em toda a extensão deste trabalho, o fato é que a simples declaração perante o oficial de Registro Civil não seria suficiente, salvo se estivermos admitindo que o crime contra a fé-pública registral não repercutira diretamente no estado de filiação, quando sabemos que, embora de fato não repercuta em determinados casos,

---

[170]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Provimento 09 de 02 de dezembro de 2013**. Corregedoria geral de Justiça. http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/149195/PROVIMENTO+09-2013.doc+02.12.2013.pdf/a1415bce-2b42-4ca1-8529-9d4540dbc9db, acesso em 29 de junho de 2015.

[171]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Provimento 09 de 02 de dezembro de 2013**. Corregedoria geral de Justiça. http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/149195/PROVIMENTO+09-2013.doc+02.12.2013.pdf/a1415bce-2b42-4ca1-8529-9d4540dbc9db, acesso em 29 de junho de 2015. Artigo 4º - Sempre que qualquer Oficial de Registro de Pessoas Naturais, ao atuar nos termos deste Provimento, suspeitar de fraude, falsidade ou má-fé, não praticará o ato pretendido e submeterá o caso ao magistrado, comunicando, por escrito, os motivos da suspeita.

Artigo 5º - Efetuado o reconhecimento de filho socioafetivo, o Oficial da serventia em que se encontra lavrado o assento de nascimento, procederá à averbação da paternidade, independentemente de manifestação do Ministério Público ou de decisão judicial.

[172]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Provimento 09 de 02 de dezembro de 2013**. Corregedoria geral de Justiça. http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/149195/PROVIMENTO+09-2013.doc+02.12.2013.pdf/a1415bce-2b42-4ca1-8529-9d4540dbc9db, acesso em 29 de junho de 2015. ".....DECLARO, sob as penas da lei, que a filiação socioafetiva por fim afirmada é verdadeira e que RECONHEÇO meu (minha) filho(filha) socioafetivo(a) acima identificado(a) em caráter IRREVOGÁVEL, bem como que não tramita qualquer ação judicial relativa à paternidade do mesmo. Por ser expressão da verdade, firmo o presente termo."

estes não poderiam se generalizar, no espectro de uma norma jurídica, mantendo coerência com a manutenção do tipo criminal vigente.

Sabemos, contudo, que, embora o referido Provimento não tenha força normativa, autoriza um procedimento administrativo no âmbito Estadual que contraria frontalmente aspectos legais, cuja relativização apenas poderia se estabelecer judicialmente para fins de obtenção de sua legitimidade.

Julgamos que a simples declaração de que há filiação socioafetiva poderá também atingir o direito ao exercício da paternidade pelo pai biológico que porventura tenha sido sonegado quanto a informação da existência de filiação, assim como poderá ser a declaração manipulada para outros fins de natureza meramente patrimonial e que talvez, o sistema de limites trazido pelo caráter binário da filiação seja útil na manutenção da ordem e de parâmetros para a qualificação da filiação.

Há efeitos patrimoniais previstos em nossa legislação familiar que são restritos à linha reta descendente ou no máximo à linha colateral até o 2º (grau), como é o caso do direito aos alimentos na esfera familiar.

Grande parte das demandas para a alteração de filiação, não obstante o caráter de repersonalização das relações familiares, se dá em razão da busca de tais efeitos patrimoniais restritos. Essa é uma constatação já antevista na doutrina desde 2004, como bem asseverou Paulo Lôbo.[173]

> A confusa redação dos preceitos relativos à filiação (principalmente a imprescritibilidade prevista no art. 1.601) estimula que a impugnação ou o reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel interesse econômico (principalmente herança), ainda que ao custo da negação da história de vida construída na convivência familiar.

Em uma segunda dimensão, o critério socioafetivo poderá ir além do parentesco de filiação, se estiver voltado a atender o interesse da criança e do adolescente em seu contexto convivencial.

Um dos *locus* visitados pela denominada "multiparentalidade" encontra-se na família recomposta, onde se quer atribuir filiação na esfera da afinidade em primeiro 1º (grau) na linha reta. Contudo, esse manejo torna-se absolutamente desnecessário, seja para não desqualificar a paternidade responsável, principalmente se ela também o é exercida, seja para não servir de instrumento para busca de maiores vantagens

---

[173] LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. http://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia, acesso em 30 de junho de 2015.

patrimoniais, por meio de um triplo direito sucessório ou mesmo de meios de busca de subsistência material mais favorável.

Um grande passo para asseverar a necessidade do sistema binário de filiação se deu com a consagração da adoção plena no Brasil e revogação da adoção simples. Esta mantinha o adotado vinculado aos pais de origem, fosse para obter direito sucessório, fosse para obter direito a alimentos.

Assim, em atendimento ao interesse da criança e do adolescente e com base na doutrina de proteção integral desta, a responsabilidade parental vai além do núcleo paterno ou materno-filial. A multiparatenlidade não estaria na alteração do *status* de filiação, mas no compartilhamento da convivência e consequentemente de responsabilidade parentais, mas não gera direito sucessório ou mesmo o fato de haver acrescentado o nome registral, configura o estado de filiação.

Nesse sentido, atualmente, seria de grande utilidade o antigo instituto da Adoção Simples, que embora transferisse a outro, responsabilidades parentais, não o desvinculava do seu vínculo filial de origem e seus efeitos patrimoniais, assim como também prevê a legislação argentina.

Tendo o Brasil caminhado para a configuração da adoção apenas na forma plena, assumiu postura de escolha em matéria de filiação e de exclusão de uma possível multiparentalidade no sentido da filiação socioafetiva, também.

CAPÍTULO III – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARENTAIS E SUA DENSIDADE NORMATIVA

3.1. Os Princípios Constitucionais e sua funcionalidade na heterogeneidade da família

A metodologia Civil-Constitucional, em muito facilitará a ideia de proteção dos arranjos familiares e em razão disso partiremos da reflexão sobre a sua importância e posteriormente a identificação dos Princípios Constitucionais aplicáveis à temática ora trabalhada.

Ressalta Paulo Lôbo[174] que, em sendo uma metodologia, não compete com o Direito Civil, e não abandona categorias que foram consolidadas, mas sim, promove a ressignificação de tais categorias, visando contemplar a sua vocação histórica que é a de ser um direito de todo um povo e não apenas de um segmento.

Assim, como nas regras, os princípios também exigem para a sua incidência, um suporte fático abstrato, que aguarda a realização no mundo da vida, da hipótese normativa, gerando o suporte fático concreto, posto que pertence à categoria de norma jurídica.

Há, portanto, na visão de Fabíola Lôbo[175], uma bidimensionalidade no sistema jurídico Constitucional que exige compreender o sistema jurídico constitucional como uma estrutura aberta, composta de duas dimensões: regras e princípios. Por estrutura normativa aberta, continua a autora, entenda-se a capacidade de absorção e de diálogo das normas constitucionais com a realidade social, sendo a norma gênero das espécies regras e Princípios.

A falta de coerência e contradição de algumas decisões, que não observam a correta interpretação da norma, não invalida a utilidade dessa metodologia, que auxilia para uma maior mobilidade no ajuste de valores dinâmicos na sociedade, permitindo uma releitura permanente de categorias. Não fosse o conteúdo aberto e elástico da norma principiológica, talvez estivéssemos em um sistema ainda maior de

---

[174] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Metodologia do direito civil constitucional. *In :* **Direito Civil Constitucional -a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**/ Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e outros, Florianópolis: conceito Editorial, 2014, p.20.

[175] LOBO, Fabíola. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família *In* **Famílias no direito contemporâneo**, Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 31.

exclusão na legitimação de relações jurídicas, sendo, portanto, inegável a sua importância no contexto atual e na defesa da presente tese. (grifo nosso)

Contudo, o que pretendemos demonstrar é que a interpretação conforme a Constituição requer a busca de elementos lógicos, que nos leve a respostas e soluções viáveis na unidade do sistema, e as regras serão responsáveis pela cauterização de interpretações inteiramente subjetivas, muito comuns na esfera do direito existencial. (grifo nosso)

Ao discorrer sobre realismo jurídico, Perlingieri ressalta que o jurista tende a abraçar a sociologia e arroga-se, de fato, no poder de fundar o direito. Há uma crença de que o jurista seja vinculado à norma, mesmo Constitucional, somente se concretamente se verificar que ela exprime um valor que é presente segundo as condições históricas e sociais daquele momento.[176] Ressalta enfaticamente o autor:

> Em outras palavras, no contraste entre uma norma social (norma "efetiva") e uma norma jurídica (norma "válida") a primeira prevalece. A norma social (praxe, nesse caso, *contra legem*) somente aparentemente é a expressão de uma espontânea capacidade de auto-regulamentação do corpo social e, portanto, somente aparentemente é mais avançada e progressiva do que a norma jurídica.

Mas, a superação da garantia formal da norma é inadmissível no nosso sistema jurídico. A superação da norma jurídica a favor daquela social viola o princípio da legalidade e aquele de *democraticitá*, na medida em que a produção de normas é sempre assistida pela garantia da *democraticitá*.

Por outro lado, isso não implica em manter o complexo dogmático tradicional, na redução da sociedade a conceitos, ao invés de se perguntar sobre o significado atual de determinada categoria.

Para Marcelo Neves[177], a autofundamentação constitucional do sistema não deve levar a uma compreensão hierárquica linear do sistema jurídico, pois, embora as normas Constitucionais sirvam como fundamento de validade das demais normas jurídicas, os sentidos normativos da Constituição dependem tanto da legislação quanto dos atos de interpretação-aplicação da Constituição. Há o desenvolvimento de uma hierarquia entrelaçada no processo dinâmico de concretização normativa.

---

[176] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Crista De Cicco, 2ª Ed. Rio de janeiro: Renovar, 2002, p.61.

[177] NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras Constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 117.

Sendo marca registrada de uma sociedade complexa, o dissenso entre perspectivas morais e valorativas, provoca a construção paulatina de Princípios Constitucionais, que passam a ser um filtro fundamental em face da pluralidade de expectativas normativas.

Assim, no que se refere a Princípios e Regras, o autor[178] entende que os Princípios, por implicarem certa distância do caso a decidir e uma relação mais flexível entre o antecedente e o consequente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas que circulam na sociedade, ao mesmo tempo em que se apresentam subcomplexos perante o caso a decidir. As regras em sua estruturação mostram-se mais adequadas para oferecer fundamento imediato ao caso a decidir.

Não podemos dispensar essa clássica distinção entre princípios e regras, principalmente no critério da generalidade. [179]

Regras são normalmente relatos mais objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista, a regra deve incidir pelo mecanismo tradicional da *subsunção,* predominantemente. Na hipótese de conflito entre duas regras, só uma será considerada válida irá permanecer.

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Na hipótese de colisão, a sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação,* predominantemente.

Barroso[180] ressalta que a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica que é aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. Ou seja, o conflito tem que ser insuperável pela subsunção.

Dessa forma, em um sistema ideal e com a correta distribuição de regras e Princípios, aquelas desempenham o papel referente à segurança jurídica –

---

[178] NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras Constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. Cit. p. 118.

[179] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2009, p.354.

[180] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. Cit., p.360.

previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios com a sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.

Paulo Lôbo[181] ainda ressaltando a natureza metodológica do Direito Civil Constitucional, alega que ele representa a fundamentação de categorias fundamentais do direito civil, para atender uma sociedade em mudanças para todos.

Nesse sentido será importante no âmbito dessa tese, a crítica que o autor faz ao que denomina de "jurisprudencialismo", uma deferência que se faz aos julgamentos de casos concretos, como se estes fossem passar a orientar a nossa doutrina, que, ao contrário da jurisprudência, deve se voltar ao futuro e não ao passado, ao passo em que é aquela (a doutrina) que deverá orientar esta (a jurisprudência).[182]

É com base nessa deferência inadequada, que se constroem categorias inexistentes e soluções inadequadas, pulverizando-se o sistema, e contrariando a sua unidade.

"Categorias" como "multiparentalidade", "adoções poliafetivas" e "contratos de filiação", se apresentam com um sentido absolutamente inabsorvível pelo nosso sistema, tratadas equivocadamente como novas formas de arranjos familiares, sob o argumento da diversidade e complexidade das relações existenciais, e pior, à exemplo, sob a fundamentação do atendimento do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, sem qualquer arcabouço lógico com os parâmetros normativos estabelecidos.

Ocorre que, sem julgamento moral, o papel do direito sempre foi e sempre será limitador, o que não significa ser ou voltar a ser excludente de situações jurídicas existenciais, no entanto, requer a coerência com o próprio sistema.

Nesse esteio, pretendemos refletir sobre os Princípios Constitucionais parentais e seu conteúdo, com vistas a contribuir na composição e densidade dos

---

[181] LOBO, Paulo. **Metodologia do Direito Civil Constitucional**. http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda/pos-graduacao/mestrado-em-direito/publicacoes/artigos-do-professor-marcos-erhardt/livro-direito-civil-constitucional-a-ressignificacao-da-funcao-dos-institutos-fundamentais-do-direito-civil-contemporaneo-e-suas-consequencias, acesso em 21 de novembro de 2015.

[182] LOBO, Paulo. **Metodologia do Direito Civil Constitucional**. http://www.ufal.edu.br/unidadeacademica/fda/pos-graduacao/mestrado-em-direito/publicacoes/artigos-do-professor-marcos-erhardt/livro-direito-civil-constitucional-a-ressignificacao-da-funcao-dos-institutos-fundamentais-do-direito-civil-contemporaneo-e-suas-consequencias, acesso em 23 de novembro de 2015.

mesmos em sua aplicabilidade, bem como na clareza quanto a dimensão da autonomia parental em nosso sistema.

Entre os princípios não há hierarquia, e quase sempre eles detém a mesma força normativa, de forma que, na hipótese de colisão, não haverá antinomia como nas regras, e a prevalência de um sobre o outro apenas se dará no caso concreto, mediante a ponderação de valores pelo intérprete.[183]

Adotando a classificação de Paulo Lôbo[184], constituem-se Princípios Fundamentais estruturantes das relações familiares, a Dignidade da Pessoa Humana e a Solidariedade Familiar. Há outros Princípios Gerais elencados pelo autor, como a igualdade familiar, a liberdade familiar, a afetividade, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e aqui acrescentaríamos também o Princípio da parentalidade responsável, ainda denominado pela maior parte da doutrina e na letra da lei de paternidade responsável.

A finalidade primordial da presente tese é estabelecer um norte de interpretação adequada para fixar o verdadeiro sentido das normas, no caso, aquelas responsáveis pela qualificação do estado de filiação, a esfera das responsabilidades parentais e os limites da autonomia, nas expressões e conteúdo do direito. Já delineamos o sentido das regras de nosso sistema jurídico no que diz respeito à filiação, considerando os elementos fáticos apresentados no segundo capítulo, do nascimento e da convivência, dentro dos critérios biológico e socioafetivo.

A hermenêutica descobre e fixa o sentido que rege a interpretação, sendo, portanto a teoria científica da arte de interpretar.[185] O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Jamais será possível que um sistema normativo contemple todas as faces da realidade social. Assim, o alcance de um dispositivo legal se avalia confrontando-o com outros, na visão sistemática do direito.

No Brasil, há que se verificar para a eficácia normativa do fato, além da autenticidade, também a constitucionalidade. Nesse sentido, um preceito contrário ao estatuto supremo não necessita de exegese, porque não obriga a ninguém: é como se nunca tivesse existido.

---

[183] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**., São Paulo: Saraiva, 2008, p.35.
[184] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2015, p.54.
[185] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

Assim, é necessária primeiramente a verificação se o prolator da norma foi o poder competente. Feito isso, verificar se a mesma é de alçada federal, estadual ou municipal; se constitui matéria de lei, ou de regulamento; se este se enquadra naquela, ou inova alguma coisa não autorizada implicitamente pelas câmaras; se o ato do Executivo emana de delegação e se esta foi concedida em termos toleráveis com a lei fundamental; desde que o elaborador ultrapassou os limites das próprias atribuições, o juiz nada interpreta; nega eficiência ao texto, porque não se trata de disposições válidas e sim de excesso de um poder.[186]

Um dos principais temas da atualidade constitucional no Brasil é equacionado nos termos da ponderação de valores, e interessa especificamente à presente tese que é o debate acerca da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, envolvendo a aplicação de normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais.

Repita-se que a ponderação ainda não atingiu e talvez nunca atinja o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial, e esta deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou um interesse que deva prevalecer. A existência da técnica não é um convite ao exercício indiscriminado de ativismo judicial.

E aqui, não há que se confundir o ativismo judicial com a judicialização. Lênio Streck[187] pontua adequadamente a diferença entre esses dois fenômenos, alertando que o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais dos juízes e Tribunais, ao passo em que a judicialização pode ser ruim ou não, porque dependem de níveis e da intensidade em que é verificada. Assim, uma questão judicializada pode ter como consequência uma resposta ativista, o que seria ruim, mas também pode apresentar uma resposta adequada à Constituição e, portanto, concretizadora de direitos fundamentais.

Não é incomum a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado. Ou seja, diante dos mesmos fatos e elementos normativos,

---

[186] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35

[187] STRECK, Lênio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo, acesso em 12.01.2016.

pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. Por isso a necessidade de uma correta argumentação jurídica na decisão, e esta tem que apresentar fundamentos normativos e não apenas bom senso, sentido de justiça pessoal, razões lógicas ou morais.

Barroso[188] elenca uma série de parâmetros voltados a balizar tal argumentação, dentre eles dois conjuntos de princípios: os instrumentais que são específicos de interpretação constitucional e os princípios materiais, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Servem de orientação a atividade do intérprete de tal forma que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá o intérprete percorrer o caminho traçado pelos princípios instrumentais para a realização do estado pretendido dos princípios materiais.

Os princípios instrumentais não se encontram expressos no texto constitucional e são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência. São eles: I - O princípio da supremacia da Constituição; II – O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; III – O princípio da interpretação conforme a constituição; IV – o princípio da unidade da constituição; V – o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; VI – o princípio da efetividade.

Os princípios materiais, por sua vez, estariam classificados em: I – Fundamentais; II – Gerais; e III – Setoriais.

De qualquer forma, parece fácil distinguir os dois tipos de normas (regras e princípios), quando consideramos apenas a perspectiva de um observador externo.

Lorenzetti[189] chama a atenção para a importância dessa mudança de perspectiva, quando a análise parte do julgador, aquele que deve emitir a decisão, ou mesmo daquele que deve se submeter à decisão. Os paradigmas adotados pelo julgador podem estar ligados ao seu caráter mais formalista, intervencionista, realista, feminista, racista, conservador ou progressista, daí a existência de decisões díspares com relação às mesmas regras. Tais paradigmas diferenciados trazem problemas que podem ser prejudiciais ao sistema republicano de equilíbrio entre poderes. Quem toma a decisão deve estar consciente de que existem valorações diferentes, mas que há um "metavalor", que é o pluralismo de valores.

---

[188] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

[189] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho**, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 21.

Dessa forma, se há dispositivo Constitucional que condiciona a liberdade de planejamento familiar ao casal para garantir a dignidade da pessoa humana e a parentalidade responsável, é porque essa liberdade é e deve ser relativizada, sempre que a sua prática, colocar em risco tais valores.

Nessa tese e desde o início não desprezamos os métodos histórico e sistemático de interpretação, para o alcance das dimensões da autonomia na atualidade. A razão de ser de legitimarmos ou não novos comportamentos pode estar justificada em posturas, condutas e comportamentos que foram afastados ou superados em prol do desenvolvimento de novos valores na sociedade.(grifo nosso)

O curioso é o olhar que se lança na história, pois ora pode justificar o retorno a pegadas do passado, ora, ao contrário, justifica diante da mudança de contexto, a razão para não retroceder. É o caso da racionalidade binária do parentesco. Esta, conforme foi trabalhada no primeiro capítulo, se construiu como um modelo mais apto ao atendimento de uma sociedade mais complexa. Saímos de comunidades onde não podíamos identificar a parentalidade dada a falta de limites nos relacionamentos, para uma comunidade baseada em uma ordem, que pode fugir aos desejos, mas atende ao espectro da racionalidade humana.

Dessa forma e traçados os delineamentos da análise da densidade normativa, no contexto das relações parentais, passemos a analisar, pontualmente, os princípios materiais fundamentais gerais e setoriais pertinentes ao tema.

3.2. A dignidade da pessoa humana

Das teorias filosóficas sobre a dignidade, entre os teóricos modernos, aqui nos filiaremos à de Kant, que institui como imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Assim, todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens, precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal.

Para Kant ainda, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto aquele representa um valor exterior e manifesta interesses

particulares, a dignidade representa um valor interior e é de interesse geral. Acoisas têm preço; as pessoas têm dignidade.[190]

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[191], assinada em dezembro de 2000, prevê em seu primeiro artigo: *A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.* Lá se encontram tutelados os direitos à vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e à proibição à escravidão e ao trabalho forçado.

No Brasil a Constituição Democrática de 1988, explicitou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, em seu art. 1º, III. Juridicamente e no âmbito do direito civil, mais do que os direitos elencados na Carta Européia significa que o direito não mais encontra nos valores individualistas de outrora, o seu fundamento axiológico.

Maria Celina Bodin[192] alerta que alcançando o valor da dignidade todos os setores da ordem jurídica, nas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta.

> Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do dircurso e da ação -, será "desumano", isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.[193]

Continua a autora especificando adequadamente, que são corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade.

> De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela,

---

[190] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 115.

[191] UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais, 2000. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf, acesso em 08.01.2016.

[192] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 119.

[193] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Cit., p.119.

> necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.[194]

Paulo Lôbo[195] ressalta que as manipulações genéticas impulsionam a distinção traçada por Habermas entre dignidade da vida humana e dignidade da pessoa humana.

Não obstante nos filiemos à teoria de que o embrião criopreservado, proveniente de manipulação genética, não se equipara ao nascituro enquanto sujeito de direitos, o reconhecemos como um ser, dotado de vida proveniente da natureza humana, e em razão disso, deve ser minimamente respeitado e não deve estar sujeito a todas as esferas do mercado, daí também não poder se equiparar à coisa, mesmo em sua concepção jurídica.

Além do mais, das técnicas apresentadas que estão sujeitas a regulamentações éticas do Conselho Federal de Medicina, o tratamento é de disponibilidade com relação ao material genético, e principalmente quando elaboramos a ideia de que a mulher gestante será um meio para a realização pessoal de terceiro, que por sua vez também não é a criança a nascer. O terceiro interessado tem sido apenas aquele que pretende o projeto parental e, portanto, contratante. A criança, nessa hipótese (maternidade de substituição) deverá ser entregue ao final do contrato. Equiparando-se, grosseiramente, a relação da gestante que recebe o material genético com a finalidade de desenvolvimento do embrião para depois devolvê-lo, podíamos comparar dita relação a um contrato de depósito, mas apenas se o objeto for considerado enquanto coisa. Nesse momento, podemos visualizar a possibilidade de comprometimento da dignidade da criança principalmente, e também da mulher que dispõe do seu corpo com sérios riscos de saúde e vida, inclusive, para servir de meio ao projeto alheio. Por solidariedade?

Há, portanto, pelo nosso sistema jurídico, total comprometimento da validade do ato "negocial" que envolve essa prestação.

É bem verdade, por outro lado, os princípios guardam uma característica que exigirá do intérprete uma integração subjetiva, porque há, inevitavelmente, um espaço de indeterminação, e a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica e filosófica do intérprete. O Princípio da Dignidade Humana, por exemplo,

---

[194] MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Cit. P. 119.

[195] LOBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p.54.

não explicita os comportamentos necessários para realizar a dignidade humana e o intérprete se depara com uma grande dificuldade que é descobrir tais comportamentos. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas.[196]

A tomada de posição nessa tese é quanto ao comportamento que envolve a utilização das técnicas de reprodução humana e a autonomia parental. Em síntese: gerar pessoa com a finalidade de entrega-la, seja por contrato escrito (gestação subrrogada), seja por ajuste verbal, quando se confere a particulares a possibilidade de entrega de seus filhos a terceiros para "Adoção".

O viés da responsabilidade sempre estará presente para garantir a dignidade das pessoas e entes. Daí a adoção de paradigmas como a irrenunciabilidade do Poder Familiar. Assim, a condição e exercício da parentalidade, não estão sujeitos à vontade de quem gera. Gestantes, independentemente do material genético que carregam, em nosso sistema, não possuem autonomia para negociar essa "filiação". Ao tolerar que a mesma entregue o seu filho à adoção, o Estado apenas almeja garantir o melhor interesse da criança, e a situação concreta deverá delinear a ausência de condições do exercício da maternidade para que se formalize, e nessa hipótese, por ficção, não haverá renúncia, mas extinção do Poder Familiar originário. Trata-se de mecanismo imediatista para a solução da desestruturação social do país, que guarda imenso percentual de pobreza e miserabilidade.

Supondo que o Brasil, ainda assim, aprove integralmente o seu Projeto de Lei, passando a regular, expressamente, tais comportamentos referentes às Técnicas de Reprodução Humana, há que se questionar a sua Constitucionalidade, dado o conteúdo orientador desse Princípio, em nosso sistema: a pessoa como um fim em si mesma e jamais como meio.

Há, contudo, uma margem de disponibilidade autorizada por lei para a pessoa, sobre si, seu corpo, seus órgãos, sua pele, e que pode servir também a terceiros, porém para garantir bens valorativamente maiores, como a vida e a saúde de outrem. Nesse ponto, indagamos: o auxílio à infertilidade de terceiros ingressa nessa disponibilidade? Se considerarmos a infertilidade como doença, diríamos que sim, mas apenas quando envolve a disponibilidade de material genético (doação de gametas fecundados ou não). No capítulo anterior, demonstramos que a prática

[196] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição; fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

médica sequer se restringe mais apenas ao critério terapêutico, na medida em que garante as técnicas como auxilio ao projeto parental de casal homoafetivo, pelo natural impedimento ou incompatibilidade de reprodução entre os seus materiais genéticos, mas não à infertilidade, o que nos parece nobre e justo, mas não quando envolve a utilização de outra pessoa. Aqui não se trata de valor ideológico dos interesses dos casais homoafetivos, mas do reconhecimento de discriminantes naturais insuperáveis e que não deixam alternativa para o direito.

Não haverá limites à ciência, e quem será responsável para apresentar soluções para os conflitos sociais, pessoais e familiares advindos? O Direito.

3.3. A solidariedade familiar

A palavra solidariedade tem origem francesa *solidarité*, que também pode remeter a uma responsabilidade recíproca.

A solidariedade não reside apenas em um sentimento de bondade e de caráter assistencialista, mas principalmente em um compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas as outras e cada uma delas a todas. Nesse sentido, o seu primeiro *locus* é no campo da moral, mas foi apreendido pelo direito em razão da situação jurídica em que alguns grupos se encontram. A família é um deles.

A sua primeira expressão na lei reside no inciso I do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto objetivo fundamental da República. [197]

A partir daí e no interesse da presente tese, a solidariedade se encontra insculpida no artigo 227 do diploma Constitucional, estabelecendo obrigações para o Estado, família e sociedade no que diz respeito à criança e ao adolescente, sujeito de

---

[197] BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 22 de janeiro de 2016.
Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

direito principal, nas relações familiares e para o Estado.[198]

Aqui não estamos falando da solidariedade do *Corpus Juris Civillis*, que é relativo à espécie de obrigação, para credores (solidariedade ativa) e devedores (solidariedade passiva), para a individualização do crédito ou do débito plurais, como bem pontua Paulo Lôbo.[199]

Diferentemente, trata-se de princípio insculpido na Convenção Internacional dos direitos da criança, de 1989, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, correspondente à assistência moral, material e afetiva que é devida entre cônjuges, companheiros e parentes, nos limites de legitimidade estabelecidos pela lei.

Este princípio pode vir a fundamentar uma ampliação de responsabilidades parentais, para além do que foi estabelecido pela legislação civil vigente, nas novas formatações familiares, ampliando a legitimidade de assistência material e imaterial para os parentes afins, no que tange aos seus enteados enquanto crianças e adolescentes, ainda que em caráter subsidiário.

Na análise da legislação civil vigente, Paulo Lôbo[200] alerta para uma série de dispositivos que podem contrariar o Princípio, como a imprescritibilidade das ações de impugnação de paternidade, máxime se já houver se estabelecido a filiação socioafetiva (art. 1601) e a primazia da vontade individual do cônjuge com relação à moradia do enteado (art. 1611).

Os dispositivos na manobra da interpretação conforme a Constituição, devem passar a ser lidos sob o âmbito da solidariedade familiar e no melhor interesse da criança e, portanto, são questionados quanto a sua constitucionalidade.

A solidariedade familiar não gera necessariamente direito sucessório ou implica na mudança de estado de filiação, e é capaz de harmonizar inúmeros conflitos que hoje se judicializam equivocadamente.

---

[198] BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 22 de janeiro de 2016.
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.

[199] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**., São Paulo: Saraiva, 2015, p.57.

[200] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**., São Paulo: Saraiva, 2015, p.58.

De forma mais ampla o Princípio também se insere na perspectiva dos direitos humanos e soma-se às demais estratégias de proteção integral à criança e ao adolescente, consagrando uma lógica voltada a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. [201]

Os direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como consequência, o estado e a sociedade devem assegurar todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento, das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, em condições de liberdade e dignidade.

Ocorre que a garantia de tais capacidades requer por vezes atos omissivos e comissivos por parte de seus responsáveis diretos, e isso já se inicia na expectativa de do seu surgimento, na esfera da sua reprodução. Há que se perquirir a densidade da solidariedade já nas escolhas que são realizadas no projeto parental, a fim de garantir a existência de seres com dignidade mínima ao seu pleno desenvolvimento.

A solidariedade impõe deveres que são preventivos e também corretivos, assim como se estabelece dentro de um caráter irrenunciável tão amplamente discutido e defendido na presente tese.

3.4. A convivência familiar

A convivência familiar torna-se pressuposto para o bem estar e imperativo para o desenvolvimento da criança ou adolescente, refletindo-se no exercício do Poder Familiar. Na hipótese de nunca ter havido conjugalidade entre os pais ou se ela deixou de existir, reflete-se por meio da guarda, que é um dos elementos do Poder Familiar.

Presume-se ser absolutamente necessária para o ideal desenvolvimento da criança, a convivência com ambos os genitores/pais, que devem estabelecer os valores paritários à formação de sua personalidade.

Quando da introdução do divórcio no Brasil e ainda na vigência do desquite, a convivência parental restava totalmente prejudicada por um regime rigoroso de guarda unilateral que não buscava atender ao interesse da criança, mas tão somente eleger aquele que, por lei, seria “a melhor pessoa” a ganhar “a posse” do filho diante

[201] PIOVESAN, Flávia e outro. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337.

da separação. O tratamento era absolutamente coisificado da criança e não foram poucas as desestruturações familiares em razão desse tratamento.

Hoje a intervenção Estatal é voltada inteiramente à proteção da criança e adolescente e toda definição de regime de convivência familiar na separação deve obedecer a tais parâmetros, que serão auxiliados muitas vezes no conflito familiar judicializado, por que avalizarão a melhor forma de 155 convivência em prol do desenvolvimento do menor. A definição pela lei, no capítulo referente à proteção da pessoa do filho, com as modificações introduzidas pela lei 13058/2014, define a guarda compartilhada como regra, exatamente para garantir em primeiro plano o direito e convivência familiar da criança ou adolescente com ambos os pais, na forma mais equitativa possível, consideradas as circunstâncias do caso concreto.[202]

Assim, não serão dispensados os deveres de assistência material e, sobretudo imaterial, considerando os aspectos psicológicos da criança, que deverão subsidiar o juiz para a definição do regime de convivência que melhor atender ao interesse do menor. A denominada "visitação" do não guardião, termo hoje inadequado, constitui-se muito mais um direito do menor, do que do pai/mãe.

---

[202] BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 22 de janeiro de 2016. Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.
II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.
§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.
§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.
§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.
§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.
§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação."

Independentemente de conjugalidade, no entanto, a convivência familiar para a criança é pressuposto básico para a sua formação e desenvolvimento. É bem verdade que a monoparentalidade dispensa formalmente a presença de um dos pais, mas o desenvolvimento da criança estará sempre melhor acompanhado por pelo menos duas pessoas que assumam funções complementares na formação de sua personalidade.

A intervenção Estatal estará sempre autorizada para garantir os direitos fundamentais do menor, mesmo que em face de seus pais e parentes, situação em que o Estado tomará para a si a tutela visando garantir-lhe a inserção em outro núcleo familiar.

O Princípio configura-se também no artigo 227 da Constituição Federal, já mencionado, e estabelece a presunção de assistência imaterial pela convivência diuturna e duradoura como elemento essencial à formação de personalidade do ser em desenvolvimento. Uma vez garantida e estabelecida, também pode gerar outros direitos e deveres, como no caso da posse de estado de filiação. Contudo se estamos falando de filiação já constituída, trata-se de um dever dos pais para com os filhos, ou daqueles que exercem a função do cuidado sobre o menor.

O seu descumprimento importa também no descumprimento de responsabilidades ligadas a afetividade, e pode gerar responsabilidade civil, segundo a mais recente jurisprudência, pelo abandono, considerando o dano *ipso Iure.*[203]

Importante ressaltar, por fim, e dentro dos critérios de harmonização que pretendem essa tese, que a convivência familiar enquanto direito do menor não estará restrita ao núcleo paterno-filial, em razão da ampliação do conceito de família e da responsabilidade parental, devendo aqui, serem considerados os avós (Lei

---

[203] CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **ABANDONO AFETIVO.** COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por **abandono** psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do **abandono afetivo,** a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. Recurso especial parcialmente provido.REsp1159242 SP 2009/0193701-9 Min.Nancy Andrighi (1118) T3 24/04/2012.

12398/2011) e outros parentes que exerçam função de cuidado com relação ao menor, seja o parentesco por afinidade ou mesmo dentro dos critérios estabelecidos pelo conceito da família extensa, trazida pela lei de Adoção (Lei 12010/2009).

A convivência familiar, embora pressuponha para uma maior eficácia, na moradia ou estada sob o mesmo teto, não está restrita a esta modalidade, na medida em que hoje, até os mais avançados meios de comunicação, podem dispensar o aspecto presencial real, considerando a possibilidade presencial virtual, por meio de *skipe* ou equivalentes, que asseguram, a depender das circunstâncias do caso, um mínimo de contato que atende o propósito da convivência familiar. O virtual não é o ideal, mas pode suprir o que poderia ser uma ausência mais expressiva na vida do menor.

Não há, pois, autonomia para os pais dispensarem tal convivência na medida em que se constitui em dever exigível e até mesmo punível, penal e civilmente, pela pena pecuniária ou mesmo de destituição do poder familiar.(*grifo nosso*)

3.5. O melhor interesse da criança e do adolescente

A versão original, na Inglaterra, vinculada a um conceito qualitativo influenciou a versão brasileira quantitativa do maior interesse da criança.

Na Inglaterra, o instituto do *Parens Patriae* é definido como a autoridade herdade pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica. O princípio consta da Convenção Internacional dos direitos d criança, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90.

Em nosso país, desde o século XIX, três correntes jurídico-doutrinárias surgiram em relação a proteção da infância: a doutrina do direito penal do menor; a doutrina da situação irregular e por fim a doutrina jurídica de proteção integral. A primeira era concentrada nos códigos penais (1830 e1890), preocupou-se com a delinquência e com a imputação na pesquisa do discernimento – responsabilização do menor em função do seu entendimento quanto ao delito; a segunda passou a vigorar com o código de menores (1979), período marcado por uma política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator; e a terceira passou a vigorar no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, segundo a qual a população

infanto-juvenil em qualquer situação deve ser protegida e seus direitos garantidos, além do reconhecimento de prerrogativas idênticas aos adultos.[204]

Tânia Pereira[205] ressalta três peculiaridades dos destinatários da proteção, quais sejam: *sua incapacidade para os atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais.* Pontua ainda a autora:

> Perceber a criança como "sujeito" e não como objeto dos direitos dos adultos reflete, talvez, o maior desafio para a própria sociedade e para o Sistema de Justiça. Ser sujeito de direitos é ser titular de uma identidade social que lhe permita buscar proteção especial, já que se trata de uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.[206]

No primeiro capítulo retratamos a passagem do menor à condição de sujeito de direito e a importância e prioridade que o mesmo assumiu, perante a família, o Estado e a sociedade.

O Princípio do melhor interesse da criança reflete essa prioridade que o menor possui no âmbito do direito legislado e aplicado. Houve, em verdade, um giro de 180º no que diz respeito ao conteúdo do Poder Familiar, que antes sendo Pátrio Poder, marcava uma desigualdade não apenas com relação ao gênero em face da mãe, como e principalmente com relação ao menor, já que este estaria subordinado à vontade paterna também com relação aos seus direitos fundamentais. De direito sobre os filhos, os pais passaram a ter muito mais deveres e em caso de inobservância, qualquer pessoa e também o Ministério Público, tem legitimidade para intervir e denunciar na apuração de violação, para fins de suspensão ou perda do poder familiar delegado pelo Estado aos pais.

Nesse sentido, em se tratando de filiação e sua perquirição, o critério biológico ou o critério socioafetivo poderão ser considerados diferentemente, a depender do caso concreto, desde que atenda ao interesse daquele menor em questão.

Não obstante esteja concentrado no caput do artigo 227 da Constituição Federal, este Princípio, considerado de forma conjugada com o da Dignidade da

---

[204] PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, n.6., p. 31-49.

[205] PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. Cit.,p.37.

[206] PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. Cit., p. 31-49.

pessoa humana e da paternidade responsável também informa e limita o direito ao planejamento familiar.[207]

Trata-se de garantir uma condição para o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Em face disso, é de extrema importância indagar, se a utilização das técnicas de reprodução humana, da forma como vêm sendo implementadas na realidade social, são capazes de atender todos esses fatores com relação ao ser delas proveniente. A indagação é de grande relevância em razão dos conflitos que, judicializados, põem em dúvida se tais procedimentos garantem o atendimento do interesse do menor ou apenas dos usuários em sua ansiedade à reprodução.

No próximo capítulo, teremos a oportunidade de relatar alguns casos que suscitam a reflexão de limites na autonomia para a garantia dos direitos fundamentais das crianças, inclusive daquelas que estão por vir ou de futura geração.

3.6. A afetividade

O Princípio da afetividade para alguns é considerado como implícito, mas reflete-se em dispositivos expressos na Constituição Federal.

Há que se distinguir também o sentido que toma a afetividade para o direito, que absolutamente confunde-se com o afeto de ordem psicológica.

Catarina Almeida[208] reflete sobre a condição da Afetividade enquanto Princípio, afirmando que:

> Apesar dos princípios em geral não possuírem, por sua natureza e finalidade rigidez de conteúdo (característica mais voltada às regras jurídicas), a afetividade como tem sido utilizada na doutrina e na jurisprudência, tem apresentado uma abertura de tamanha dimensão que mais aponta para o desconhecimento dos operadores do direito de que para a largueza de sua abrangência.

Continua a autora[209] afirmando que a afetividade para o direito, será o ânimus da família, assim considerado como elemento que não só integra, mas serve de prova

---

[207] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**, São Paulo: Atlas, 2008, p.80.

[208] OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? *In* **Famílias no Direito Contemporâneo.** Bahia: J*usPODVM*, 2010, p.49.

[209] OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? ***In* Famílias no Direito Contemporâneo**. Cit., p.55.

da existência de uma entidade familiar, Exatamente por isso não poderia restringi-lo apenas, ao sentimento de afeto. Trata-se da afetividade que depende mais do braço, do ombro e da razão, do que do coração.

No mesmo sentido que a solidariedade familiar, se restar ausente quando é devida, já que é norma jurídica que impõe dever, suscita a possibilidade de punição pecuniária, pelo abandono, e mesmo a pena pessoal relativa à destituição do poder familiar.

Como se pode notar, os princípios da solidariedade, melhor interesse da criança, convivência familiar e afetividade possuem todos, enquanto uma base essencial, a responsabilidade, tônica das relações familiares contemporâneas, e que deve ser sempre observada na solução dos conflitos e interpretação das normas.

Lamentável que alguns autores, não compreendam o sentido jurídico da afetividade nas relações familiares, criticando o princípio pela exata incompreensão de que o seu alcance não é aquele que é definido pela psicanálise. Nesse sentido, Lênio Streck[210] em uma crítica mais ampla à aplicabilidade dos princípios, demonstra o desconhecimento do sentido que deve ser atribuído ao princípio para o direito:

> "...embora esse *standard* possa ser considerado "fofo" (quem não gosta de que sejamos afetivos?), na verdade apenas escancara a compreensão do Direito como subsidiário a juízos morais (sem levar em conta os problemas relacionados pelo "conceito" de afetividade no âmbito da psicanálise, para falar apenas desse campo do conhecimento). Isso para dizer o mínimo. Daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da "afetividade" essa dimensão normativa? Trata-se, na verdade, de mais um álibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas."

Em verdade, este princípio também confere certo conteúdo material ao princípio da convivência familiar, já que exige que nesta convivência, uma certa qualidade que garanta a formação da personalidade e deve contribuir para a higidez física e psíquica das crianças e adolescentes. Em particular essa é uma condição que deve ser alcançada na formação das pessoas em desenvolvimento. Por essa razão, não podemos dispensar um paradigma consequencialista, e nos precavermos para não defendermos uma certa desordem na qualificação do estado de filiação, diante das profundas e complexas transformações biotecnológicas e relacionais.

210STRECK, Lênio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito, acesso em 12.01.2016.

Paulo Lobo[211] aponta objetivamente ao seu conteúdo, como sendo o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida.

Desde o primeiro capítulo, nas teorias antropológicas avaliadas, pudemos verificar a mudança de função da família do fato natural para o fato cultural. O autor reconhece ainda, na expressão da Constituição o referido princípio, nos dispositivos 226, § 4º, 227 §6º, 227, caput, §§5º e 6º, relativos ao tratamento igualitário e proibição de quaisquer discriminações na filiação, seja qual for a sua origem, na adoção enquanto escolha socioafetiva na filiação, na família monoparental seja qual for a sua origem que também possui a mesma dignidade e na convivência familiar que é prioridade absoluta e não a origem biológica) assegurada à criança e ao adolescente.[212]

E para esclarecer de uma vez por todas o sentido jurídico da afetividade, Paulo Lobo[213] reforça que se trata de dever imposto aos pais em relação aos filhos e deste em relação aqueles, ainda que haja desamor e desafeição entre eles.

Da mesma forma o artigo 1593 do CCB também recepciona a afetividade ao estabelecer que o parentesco poderá ser natural ou civil, admitindo outra origem que não a biológica e a produção de todos os seus efeitos.[214]

Aqui, a guarda compartilhada também veio a auxiliar, promovendo a garantia da convivência familiar e fortalecendo o dever de afetividade.

Na presente tese o princípio será reforçado na ampliação das responsabilidades parentais, máxime no que se refere à família recomposta, na medida em que o parentesco da afinidade não poderá mais ser visto de forma estática entre os seus membros, principalmente se tais parentes encontram-se desempenhando funções paterno-filiais, não obstante detenham um outro *status filae.*

No reforço, destacamos o mencionado modelo argentino que reconhece deveres parentais entre os parentes afins, deveres estes que podem ser partilhados com os pais, ou mesmo que venham a ser exercidos integralmente.

Nesse sentido, embora o estado de filiação socioafetivo justifique plenamente este princípio, este não estaria restrito àquele, mas sim exigível, sempre em que há no

---

[211] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.65.
[212] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias.** Cit., p. 66.
[213] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. Cit., p.66.
[214] BRASIL. Código civil brasileiro de 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 22 de janeiro de 2016.
Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

polo da relação de cuidado e responsabilidade parental, a criança ou o adolescente e mesmo o idoso (guarda, curatela e tutela), salvo a hipótese de nomeações dativas, que cumprem o mínimo existencial.

3.7. A parentalidade responsável

Quando a Constituição Federal refere-se ao termo paternidade responsável, há que ser entendido de forma ampla (paternidade e maternidade), não obstante a sua letra restrita. Em razão disso, adotaremos o termo parentalidade indicativo de uma responsabilidade parental mais ampla. De qualquer forma, a sua aplicabilidade é restrita ao âmbito familiar, razão pela qual o classificaríamos enquanto princípio setorial, conforme acima destacado.

Nem toda a doutrina a considera propriamente como princípio normativo, e alguns ainda entendem que há possibilidade de ter havido a intenção de restrição ao termos paternidade na ascendência em primeiro grau da pessoa, diante dos inúmeros episódios individuais envolvendo a não assunção de qualquer responsabilidade do homem nos efeitos da paternidade-filiação – sob o prisma biológico – que se estabelece em virtude de sua participação na concepção da criança, gerando famílias parentais a *matre* e depois abandonando-as (monoparentalidade involuntária).[215]

Esse é um dado oficial do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística[216], quanto ao crescimento de famílias monoparentais femininas:

> Mudanças na estrutura da família, maior participação da mulher no mercado de trabalho, baixas taxas de fecundidade e o envelhecimento da população influenciaram no aumento do percentual de casais sem filhos (com ou sem parentes) no período de 2000 a 2010, que passou de 14,9% para 20,2% do total de famílias. Aumentou em 1 ponto percentual a ocorrência de famílias monoparentais femininas (com ou sem parentes), de 15,3% para 16,2%, enquanto as masculinas (com ou sem parentes)se mantiveram nos mesmos patamares, 1,9% para 2,4%.

Contudo, no propósito do presente item, temos que interpretar a expressão "paternidade" de forma mais ampla, conforme já anunciado, até mesmo em função de

---

[215] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/2008.** Família, criança, adolescente e idoso, São Paulo: Atlas, 2008, p. 77.

[216] IBGE. **Censo demográfico 2010**. http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf, acesso em 12.01.2016.

outras normas constitucionais como a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres. Melhor seria então, aplicar a expressão *parentalidade responsável.*

A parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal ou mediante recurso a alguma técnica reprodutiva. Assim, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vem gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ser priorizada em seu bem estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.

Nesse sentido, Guilherme Calmon[217] chama a atenção para a importância do planejamento familiar como representativo não apenas de um direito fundamental, mas ao mesmo tempo constituindo responsabilidades no campo das relações de parentalidade-filiação.

> O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral não enfeixa apenas benefícios e vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho.

Conclui o autor[218] nesse aspecto, de que há risco inerente ao exercício de práticas sociais realizadas pelas pessoas, o que fundamenta o estabelecimento dos vínculos de paternidade-filiação e maternidade filiação e, consequentemente, a assunção das responsabilidades – deveres e obrigações especialmente – inerentes aos vínculos paterno e materno-filiais.

Sem dúvida esse é o sentido que se quer emprestar em favor da presente tese, em vista da autonomia limitada à parentalidade que deverá observar todas essas nuances. A parentalidade responsável limita o viés do desejo procriativo pela atribuição das responsabilidades inerentes ao ato. Nesse sentido baseia-se o caráter irrenunciável do Poder familiar, e as limitações sistêmicas à disponibilidade, como a entrega do filho pela gestante, em razão do contrato e a entrega do filho à adoção pela gestante.

Obviamente, nessa responsabilidade deve-se considerar a própria atuação do Estado no que diz respeito ao fornecimento de informação e educação, para impedir

---

[217] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação. O biodireito e as relações parentais**. Rio de janeiro: Renovar, 2003, p. 455.
[218] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação. O biodireito e as relações parentais**. Rio de janeiro: Renovar, 2003, p.456.

que futuramente a pessoa sustente que não tinha condições de saber das consequências de seus comportamentos individuais no campo as sexualidade e da reprodução.

Nesse particular se formos enfrentar tais dificuldades, sairemos do campo ideal ao campo prático, que se revela em total desestruturação do Estado Brasileiro para fornecer às pessoas os meios e informações necessárias e seguras.

3.8. A Liberdade

O valor da liberdade em nosso mandamento Constitucional terá grande importância para o exercício da autonomia e o sentido que lhe deve ser atribuído nas relações existenciais.

Bodin[219] menciona Santo Agostinho, considerado o primeiro filósofo da liberdade, para o qual é constitutiva da natureza humana e nada pode abalar a sua perfeição a não ser ela mesma, propondo um conceito intimamente ligado à vontade racional, que veio a servir de base para o direito: o de *livre-arbítrio*.

Como elemento central a liberdade pressupõe a possibilidade de uma escolha, portanto.

Relembrando Kant, também mencionado pela autora[220], no que diz respeito ao conteúdo da dignidade, a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre-arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, e portanto será "desumano", isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que servir para reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto, tudo o que permitir uma sua instrumentalização.

A reflexão sobre a liberdade não se afasta da concepção da dignidade humana acima referenciada, tão pouco da responsabilidade.

Bodin[221] ressalta ainda o novo paradigma da civilística, considerando as mudanças ocorridas na passagem do direito moderno ao pós-moderno:

---

[219] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional,** Rio de janeiro: Renovar, 2010, p.184.
[220] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional,** *Cit.*, p. 186.
[221] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional,** Cit., p. 47.

> "O mundo da segurança" do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas: em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, à tutela à liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana.

Assim, há uma equação a ser verificada entre a solidariedade e a liberdade. A imposição excessiva da solidariedade anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Ponderados os seus conteúdos, tornam-se complementares. Regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é da relação de cada um com o interesse geral e esse livre desenvolvimento é possibilitado pela redução da desigualdade.

O maior desafio do direito nesse século talvez resida na busca de uma zona que permita o estabelecimento de um compromisso aceitável entre ao valores fundamentais comuns, com os necessários enquadramento éticos e morais refletidos na lei, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de forma a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução da sua vida particular, de seu projeto de vida.[222]

Apresentamos no capítulo II, uma série de problematizações que reclamam solução do direito, entre as quais os limites da liberdade de planejamento familiar, máxime no que diz respeito ao acesso às técnicas de reprodução assistida.

Há talvez uma deturpação na ideia de que conceber um filho seja um direito dos pais, e em assim sendo, eles teriam o arbítrio para a escolha da forma da concepção do processo elaborativo de prevenção de doenças ou mesmo de sexagem, e principalmente tendo em mãos toda a técnica necessária à isso. Não há que se proporcionar, todavia, nenhuma garantia a tais pais, que também não garanta o direito de futuras gerações.

Registramos acima alguns dos impactos sofridos na esfera psíquica com relação ao ser produzido artificialmente, que resultaram em conflitos judiciais decorrentes de um exercício de um direito fundamental deste, e que não havia sido previsto pelas partes no pacto da reprodução.

No século XIX, carendo de direitos políticos e sociais, a liberdade era absoluta para quem detinha patrimônio e a autonomia dos privados contrapunha-se à ordem pública e aos interesses da coletividade. Dessa forma, no liberalismo jurídico,

---

[222] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional**, Rio de janeiro: Renovar, 2010, p. 75.

a dicotomia entre o direito público e o privado era latente, e este regia a vida jurídica enquanto que aquele seria apenas uma moldura de proteção.

Aqui trataremos especificamente a seguinte indagação: nos dias atuais de e considerando a valorização do coletivo pela esfera privada, até onde a pessoa poderá dispor de si, sem que se fira a ordem pública, a moral e os bons costumes?

Os direitos reprodutivos inserem-se na temática dos direitos humanos, mas devem ser exercidos com responsabilidade porque do resultado de seu exercício advirá outra pessoa, que por sua vez tem proteção de seus direitos fundamentais.

A prática na sociedade, com o funcionamento dos centros de reprodução humana, resume o exercício pleno dessa liberdade a uma única condição: o consentimento informado das partes com relação aos procedimentos e efeitos. Será ela suficiente?

Da liberdade decorre a autonomia e o seu sentido para o direito, que historicamente contextualizado, muda o seu conteúdo como a seguir veremos, sem, contudo, abandonar inteiramente elementos de sua primeira versão.

CAPÍTULO IV – O USO DA AUTONOMIA PARENTAL NA REALIDADE SOCIAL E JURÍDICA BRASILEIRA

Resumo: 4.1. Autonomia da vontade, Autonomia Privada, Autonomia existencial/autodeterminação e as dimensões do planejamento familiar; 4.2. Liberdade e Família na relação parental - Intervenção Estatal e limites da autonomia na constituição e no exercício da filiação; 4.3. Monoparentalidade – O projeto individual de parentalidade; 4.4. O *Locus* da Multiparentalidade na doutrina e jurisprudência brasileiras: a família "recomposta", a Adoção "poliafetiva" e a filiação "contratada"; 4.4.1. Multiparentalidade. A família "recomposta" e a ampliação da responsabilidade no parentesco por afinidade; 4.4.2. A adoção "poliafetiva"; 4.4.3. A filiação "contratada"; 4.5. A itinerância e contradições na definição dos critérios da filiação – há cláusula geral de liberdade familiar?; 4.6. A interpretação da autonomia parental e a filiação qualificada.

4.1. Autonomia da vontade, Autonomia Privada, Autonomia existencial/autodeterminação e as dimensões do planejamento familiar

A reflexão sobre a liberdade no projeto parental é imprescindível para a identificação ou não de limites a serem observados, uma vez estabelecidos.

O termo "autonomia", no direito privado, sofreu uma série de variações conceituais, que terminou por adjetivá-lo, ora como autonomia da própria vontade, em um exercício do interesse subjetivo de quem a exercesse, ora com os limites impostos pela própria ordem Constitucional, que embora mantivesse o seu caráter privatista, ao mesmo tempo o regulava com limites impostos em observância de uma igualdade material a ser considerada nas relações jurídicas entre os particulares. E que, embora fossem formalmente iguais, detinham características que implicavam em uma desigualdade material.

Daí decorre a distinção histórica entre as expressões Autonomia da Vontade, no contexto do Estado Liberal, Autonomia Privada no contexto do Estado Social e aqui o que nós pretendemos denominar de Autonomia existencial.

Uma ideia central ao humanismo e ao Direito Moderno é o da autonomia privada em sentido amplo, como trabalha Daniel Sarmento[223], enquanto dimensão fundamental da noção mais ampla de liberdade. Para o autor, não cabe ao Estado, a qualquer instituição, pessoa humana ou coletividade, e nem mesmo à Constituição

[223] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Editora *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2004, p. 173.

estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar.

Sarmento[224] trabalha a expressão autonomia privada, como muitos autores, na esfera da liberdade contratual e negocial para fins patrimoniais, e no mesmo sentido, na esfera existencial. Mas é inegável que essa expressão autonomia privada foi adotada, e vem sendo utilizada pela doutrina majoritária, em franca distinção do que se denominava autonomia da vontade.

Diferentemente, para Perlingieri,[225] a negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Assim, os atos de autonomia teriam, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.

A autonomia se apresenta, portanto, na visão desse autor como atuação não somente de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade não somente material e econômica, mas também social e familiar.

A visão antropológica inicialmente visitada revelou-nos que a construção das concepções parentais na filiação no tempo levou-nos a um ideal binário a ser observado, formação mínima à estabilidade existencial. Em outras palavras o ser humano passou a ser mais completamente inserido e apto ao seu desenvolvimento, quando sob os cuidados de pelo menos duas pessoas, sendo estas primordialmente, as que lhes deram origem pelo nascimento ou que optarem pelo exercício das funções parentais paterna e materna, independentemente do gênero, na busca de uma formação global da personalidade humana. Em torno dessa evolução de comportamento, com necessidade de identificação paterna para vários fins, inclusive sucessórios e patrimoniais, formaram-se as nossas normas de convivência.

A definição do conteúdo da autonomia nas relações familiares é de suma importância, principalmente para a identificação de limites na esfera do planejamento familiar.

---

[224] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas,** Cit., 2004, p. 173.
[225] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 2ª edição, Rio de janeiro: Renovar, 2002, p. 18-19.

Observe-se que o conceito de biparentalidade, na atualidade, vai além do critério biológico, considerando o reconhecimento da sociedade e de nosso ordenamento jurídico, de que o estado de filiação não se confunde com a origem biológica do ser humano, embora estes não sejam excludentes, como bem pontua Paulo Lôbo.[226]

Da mesma forma e já em razão de outras vicissitudes históricas, como a própria emancipação da mulher na família e na sociedade, o exercício do planejamento familiar de filiação por uma única pessoa, seja o pai ou a mãe, advenha do critério biológico ou socioafetivo, ingressa em uma permissão moral e jurídica, na previsão da chamada Monoparentalidade.

Do exposto, indagamos: haveria a plena liberdade no exercício do planejamento familiar? Podemos definir o número de filhos que pretendemos ter, mas estará sempre em nossa livre escolha a forma como os teremos e os criaremos? Os elementos fáticos colhidos pela norma jurídica e que legitimam o estado de filiação podem ser afastados pela vontade paterna/materna de origem? A filiação poderia ser livremente declarada pelo exercício da vontade ou estaria sujeita a parâmetros mínimos a serem observados pela norma e na necessidade de sua qualificação?

Acima ao tratarmos da liberdade e da dignidade, pudemos verificar que para o direito a sua plenitude somente será alcançada se devidamente guiada a buscar valores que não podem ser apenas individuais, mas também da própria coletividade.

A autonomia existencial entre a antiga autonomia da vontade e a atual autonomia privada, guarda preceito de ambas e aí reside a sua complexidade. Há que se respeitar escolhas, sentimentos e subjetividades, mas as condutas voltadas às relações existenciais não se prestam apenas à realização individual dos desejos, mas na combinação destes às condutas que resguardem a dignidade, o respeito, a solidariedade e deveres de cuidado na assistência material e imaterial. (*grifo nosso*)

Na autonomia existencial, contudo, apesar desse traço híbrido, teremos relações mais valoradas no desejo e na livre escolha, mas que também guardam deveres e relações que nos submetem a muito mais deveres do que propriamente desejos, não obstante também nos satisfaçam emocionalmente. Assim, ela se opera distintamente na relação conjugal e na relação parental.(*grifo nosso*)

---

[226]LOBO, Paulo. **Estado de Filiação e Origem Genética: uma distinção necessária.** Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>,acesso em 07/07/2014.

A dimensão de liberdade na esfera conjugal é distinta da dimensão da liberdade na esfera parental.

O recuo do Estado na intervenção de determinação da relação conjugal foi inverso à sua maior inserção configuração das relações parentais que envolvem crianças e adolescentes, identificando estes enquanto sujeitos de direito que impõem limites comportamentais parentais.

Em razão disso, dentre as correntes liberteristas e utilitaristas acima mencionadas, deduzimos que o nosso sistema jurídico está mais voltado à última quando trata de relação parental, e principalmente, envolvendo a pessoa ainda em pleno desenvolvimento. De qualquer forma, a qualificação do estado de filiação, dependerá sempre dos mesmos critérios, independente da idade. (*grifo nosso*)

4.2. Liberdade e Família na relação parental - Intervenção Estatal e limites da autonomia na constituição e no exercício da filiação

Imaginando o planejamento familiar na esfera quantitativa, tendo por foco os "pais", a nossa norma jurídica se estruturou em um sistema binário, que decorre de uma legitimação não apenas natural da concepção, como também de uma concepção psicossocial na formação da personalidade do indivíduo.

Ao inserir expressamente a família monoparental, para fins de proteção do Estado, a Constituição Federal relativizou a binariedade, com o propósito de proteção ao menor e, portanto, no fato de ser esta advinda de um fator não necessariamente pretendido pela parte (o abandono, o divórcio, a viuvez), por não estar em seu processo intelectual a finalidade de projetar a filiação para o exercício individual.

A monoparentalidade, portanto, tem proteção Constitucional e a sua interpretação literal não permite a restrição desta ao caráter de involuntariedade do projeto parental individual. Sobre esta trataremos em ítem específico, problematizando o seu uso no direito Brasileiro.

A chamada "multiparentalidade", por sua vez, que implicaria também na relativização do sistema binário para admitir que a filiação possa ser exercida por mais de dois "pais", não possui previsão expressa em nosso ordenamento, que por sua vez, repita-se, encontra-se pautado na binariedade, senão vejamos:

Apesar disso, a multiparentalidade vem obtendo acolhida na doutrina e jurisprudência, que merecem ser refletidas, sob a crítica dos contornos que deveria assumir, segundo a norma jurídica vigente, máxime com relação às consequências que dela poderão advir.

De certo, se observarmos as regras atuais da filiação no Código Civil Brasileiro, já nos depararemos com uma diferença no tratamento da filiação, quando tratamos do pólo da maternidade com relação ao pólo da paternidade. Nesse particular, o reconhecimento voluntário oriundo da simples declaração, apenas seria admitido com relação ao pai, cuja incerteza acompanhou a sua definição por longos anos, e mesmo assim, havendo anuência materna, se não há a conjugalidade.

Ainda assim, o reconhecimento voluntário paterno exige declaração verdadeira quanto à origem biológica, posto que a falsa declaração dessa origem resulta em conduta tipificada em nosso ordenamento, contra a fé pública perante o oficial do registro. Além disso, na esfera civil, a falsa declaração pode viciar o ato em sua validade gerando a possibilidade de sua anulação, presente o erro ou a ignorância com relação ao fato da origem, pelo pai. A esse respeito, vale o registro das construções teóricas em torno da verdade da filiação socioafetiva declarada, não obstante proveniente de conduta criminosa e viciada, se presentes os elementos do estado de filiação. Incide aqui para essa consideração a norma relativa ao melhor interesse da criança e do adolescente, se a convivência houver se estabelecido.

João Baptista Villela[227], ressaltado o fortalecimento dos vínculos socioafetivos como determinadores da parentalidade:

> Se o fundamento capital da paternidade é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir maior espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova, senão que deve alcançar a própria constituição do status familiae. 12
> [...]
> Na medida, pois, que a paternidade se constitui pelo fato, é fácil perceber que a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater is est*. Igualmente o podem outras situações que não resultam da norma, mas de comportamentos concretos.

Fabíola Lobo[228] critica a timidez de nossa legislação civil para o estabelecimento dos parâmetros da chamada posse de estado de filiação, trazendo à

[227] VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família.** a.I, nº 02, jul-set, 1999,p. 132

baila o modelo Francês[229], que detalha as condições de qualificação da filiação socioafetiva de forma mais ampla e detalhada, por meio de uma reunião de fatos, como o nome, o tratamento, a continuidade, a notoriedade e o reconhecimento da autoridade pública.

Para a autora, portanto, a denominada "adoção à brasileira" entre nós brasileiros, tida por nosso sistema como um tipo criminal, deve ser reconhecida sob o viés da filiação, se presentes os elementos da posse de estado de filho, sendo necessário desconstruir a ideia da "ilegalidade" para lhe reconhecer verdade, se essa for a hipótese que atender ao melhor interesse da criança.

Já a simples declaração materna perante o registro, não terá eficácia se não estiver acompanhada da prova de que decorreu a filiação da gestação e do parto. A maternidade sempre foi certa ao direito, em razão da preenhez e do parto, necessitando oficial de Registro Civil da prova obtida na Declaração de nascido vivo emitida pelo obstetra ou Centro de saúde (maternidade) responsável. Dessa forma, a definição de maternidade precede qualquer declaração, posto que se qualifica pela gestação e pelo parto.

O problema na análise da incidência de uma norma sobre determinado fato está, muitas vezes, na compreensão de conceitos que, sendo produto de uma atividade de abstração, por vezes os leva a desligarem-se, demasiadamente, da realidade, lembra Francisco Amaral [230]. Daí a necessidade de se adotar uma concepção pluralista, interdisciplinar e construtivista, máxime na análise de situações jurídicas existenciais.

---

[228] LÔBO, Fabíola Albuquerque. **Adoção à Brasileira e a verdade real do registro** civil, http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia, acesso em 19 de maio de 2015.

[229] FRANÇA. Code Civil. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8ECC7750579D9581D3BCE8CAB22DD96A.tpdila23v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150014&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150519, acesso em 22 de janeiro de 2016.

Article 311-1 La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique;5°Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue. Acesso em 19 de maio de 2015.

[230] AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6.ed.rev.,/atual. Eaum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.08.

Para a elaboração jurídica, segundo o jurista, seriam necessárias as denominadas categorias, que são quadros onde os elementos da vida jurídica se agrupam, por afinidade, e fora dos quais não se reconhece eficácia. E tais categorias nós já temos.

Conforme anunciado anteriormente, a concepção jurídica de filiação em nosso Direito positivo Brasileiro, por meio das categorias elencadas, teve como momento histórico determinante inicial, no Código Civil de 1916, os valores da época ligados à realidade típica de uma sociedade colonial, patriarcal e matrimonialista da família, estabelecendo a partir daí sérias exclusões, como a legitimação da filiação advinda apenas do casamento e a proibição de reconhecimento de outros filhos incestuosos, adulterinos e espúrios.

Dessa forma, corroboramos que a história do direito de família brasileiro é pautada de uma profunda exclusão, onde toda e qualquer autonomia era subjugada em nome de um padrão comportamental influenciado por valores morais "cristãos" que condenavam pela culpa, o cidadão que fugisse de tais preceitos, aplicando-lhe sanções que variavam entre as perdas materiais e imateriais, além da própria ilegitimidade que lhe era impingida, em total desproteção e neutralização de seus efeitos jurídicos. Tínhamos apenas uma categoria de filhos nesse contexto: os denominados legítimos, por advirem da relação conjugal, ficando os demais à margem de qualquer qualificação e proteção.

A família transferiu muitas de suas funções do passado a outras instituições sociais (Estado, Igreja, Escola, empresa) e todo esse processo de mudança, se opera para a liberdade, que resultou em uma fuga das amarras rígidas e conceituais da família, o que não dispensa a busca de sua legitimação e reconhecimento pelo coletivo. [231]

A mesma mudança que se operou dentro do casamento – dos interesses extrínsecos à mútua realização dos cônjuges (a reinvenção), parece operar-se nos vários arranjos da atualidade, que se auto intitulam com o objetivo familiar, numa postura de autossuficiência que parece querer dispensar qualquer necessidade de legitimação, com base em um único argumento: a própria existência/a primazia do concreto, da realidade e do fato. Um outro abismo com o qual deveremos ter o cuidado, sob pena de comprometer o próprio Estado de Direito.

---

[231] LOBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**, https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia, acesso em 22 de janeiro de 2016.

A busca de uma composição que possa estabelecer um equilíbrio entre as restrições individuais necessárias e a realização pessoal é onde reside toda a problemática, que resulta ora em verdadeiras contradições no sistema ora em apenas aparentes contradições.

João Baptista Villela[232], em clássico texto sobre Liberdade e Família antes mesmo do marco da Constituição Federal de 1988, prenunciou a necessidade de várias modificações, algumas já operadas em nosso sistema, a exemplo da mutabilidade dos regimes de bens, admitida pelo Código Civil de 2002, o conteúdo da Emenda Constitucional 66/2010 e a adoção da interpretação aberta e exemplificativa, utilizada, inclusive, pelo nosso Supremo Tribunal Federal no julgamento das Uniões Homoafetivas, além de outras que merecem ser refletidas no contexto atual, a partir da premissa de um modelo aberto, proposto pelo autor.

Felizmente, o texto normativo da Constituição Federal de 1988, se afastou do modelo unitário e excludente do casamento como única formação familiar e derivação da filiação, e rompeu com dogmas escravizantes nas relações existenciais, ao prever expressamente, vários tipos de constituição familiar que merecem total proteção do Estado. Além disso, o contexto em que está inserida permite ao intérprete a inclusão de tipos implícitos, que estejam coadunados com o sentido de sua abrangência, em prol da dignidade humana e da nova finalidade familiar voltada ao bem estar dos membros que a compõem.

Não há dúvidas de que as grandes derivações categoriais que hoje vislumbramos em grande parte da doutrina e jurisprudência advém da ideia equivocada de que o conteúdo dos Princípios Constitucionais pode ser definido em cada caso concreto segundo o juízo de valor pelo aplicador.

Embora já tenhamos tratado do assunto, aqui vale ressaltar, que a consolidação da metodologia pós-positivista em nossa doutrina e, especialmente, em nossos tribunais, tem sinalizado para o crescente perigo do excesso do voluntarismo do juiz. A necessária superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica tem sido efetiva nos Tribunais e agora nos deparamos com um perigo

[232] VILELLA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Edição da Faculdade de Direito da UFMG, Publicação nº 033, Belo Horizonte: MG, 1980, pp.09 a 45.

oposto. Não raro as decisões, sem a preocupação com a qualidade dos argumentos levantados, são desprovidas de motivações racionais e substanciais. [233]

Sobre a distinção entre Regras e princípios já nos ocupamos no capítulo anterior, enquanto pertencentes a uma mesma categoria que é a norma jurídica e não há dúvidas de que a interpretação conforme a Constituição surge como metodologia mais flexível à concretização dos valores, permitindo a mutação da norma sem a necessária alteração de seu texto.

Alerte-se, porém, ao que destaca Humberto Ávila[234] que, a exaltação da importância dos Princípios não apequena a função das regras, e a mera instituição de valores sem a instituição de comportamentos deve ser ultrapassada, da mesma forma que a automática aplicação da regra pela subsunção.

Na busca da definição de uma dimensão da autonomia na esfera familiar, registramos também o posicionamento de Portalis[235], que reconhece ter a família uma função social, que estaria atrelada à preservação da moral de um modelo definido de sociedade.

Pianovski[236] esclarece o sentido do social, afirmando que não se trata de pensar juridicamente a família como instrumento para a sujeição da pessoa de modo a domesticá-la, mas no oferecimento do espaço para a autoconstituição da pessoa, no exercício da liberdade de coexistir.

O autor reitera na reflexão sobre a liberdade, a contraposição aos modelos anteriores, onde esta não era traço relevante para se pensar a família, o que não importa em afirmar que a família do século XXI possa ser pensada apenas em termos de liberdade.

Principalmente na relação parental é evidente que para o exercício da autoridade, há óbvia restrição imediata à liberdade negativa de seus destinatários. É óbvio que os espaços de autoconstituição devem existir mesmo na sujeição com

---

[233] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de direito civil-constitucional, Rio de janeiro: Renovar, 2010, 56.

[234] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores:São Paulo, 2013, p.29.

[235] PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil. http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/page04.html, acesso em 20 de abrilde 2015.

[236] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão functional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 315.

poder autoritário.[237]Para a eficácia, portanto, da relação paterno filial, é de suma importância que o direito não apenas reconheça a sua não ilicitude e a sua validade, como também a apreenda como *fattispecie* de natureza familiar, chancelando os efeitos decorrentes dessa relação. Não basta, portanto, a liberdade negativa (de se auto-excluir) como também não basta a liberdade positiva (de se auto-incluir).

A interpretação exemplicativa do rol de entidades familiares, não autoriza todos os arranjos que se pretendam designar como família, pela simples declaração da vontade dos sujeitos, principalmente em havendo a suscitação de conflito de interesse e a exigência de decisão do Estado para dirimir e apresentar soluções, quando então deverá reconhecer ou não os seus efeitos.

Balizamentos eficaciais são inevitáveis. De qualquer forma não mais se trata da busca da proteção dos arranjos, como no passado, mas sim de cada membro componente desse arranjo familiar.

Pianovski[238] destaca ainda que, se a família for tratada como espaço de autoconstituição coexistencial, não cabe ao Estado, nem à comunidade a definição de como esta autoconstituição será desenvolvida, para definir ou não a sua proteção. Assim, a dimensão funcional pautada na liberdade impõe ao direito a chancela das opções livres quanto a modos de vida em comum.

No que se refere ao objeto da presente tese, contudo, integrar um arranjo familiar nem sempre é uma opção livre, haja vista que por vezes decorre de situações e eventos inegáveis, e o nascimento é um deles. O direito apreende o fato biológico do nascimento como fato capaz de gerar efeitos na esfera da dimensão familiar da filiação e a autonomia negativa constitui-se uma conduta ilícita dado que à ninguém é conferido o direito de não querer ser pai ou mãe após a consumação do fato, estabelecendo-se, por ficção, a irrenunciabilidade do Poder Familiar como regra.

No que diz respeito à criança e ao adolescente, significativo foi o registro da passagem paulatina à sua condição de sujeito de direito, inversamente proporcional ao crescimento da autonomia na relação conjugal, conforme mencionado.

Recentemente uma nova postura legislativa revelou uma ampliação da liberdade positiva da criança e do adolescente, fortalecendo a sua legitimidade como

---

[237] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janiro: Renovar, 2005, p.212.

[238] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão functional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 315.

sujeito de direito, que impõe limites ao exercício da autoridade parental. Trata-se da lei 13.010 de julho de 2014, denominada de "lei menino Bernardo", que altera a legislação civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo o direito de ser criado sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante. Relativiza a possibilidade implícita na legislação civil, de que os pais detentores do poder familiar pudessem castigar os seus filhos, desde que moderadamente. Impôs nesse caso, o direito, uma obrigação de não fazer aos pais, no exercício de sua autoridade parental.

Segundo Paulo Lôbo[239], a paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir.

Nesse sentido, a responsabilidade não é apenas dos pais, mas também de todos os que integram as relações de parentesco ou grupo familiar. Em caráter mais amplo, o art. 227 da Constituição impõe à família, à sociedade e ao Estado, deveres em relação à criança e ao adolescente concernentes à preservação da vida, à saúde, à educação familiar e escolar, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade, e à convivência familiar.

Esse complexo enlaçamento de deveres fundamentais existe pelo simples fato da existência da criança e do adolescente, sem necessidade de ser exigível por estas. Basta a situação jurídica da existência, do nascer com vida.

O direito de Família assim, embora se situe atualmente em um espaço democrático, não dispensa a necessidade de intervenção Estatal, que é revelada em muitas disposições Constitucionais, na medida em que exige garantia da implementação de políticas públicas protetivas.

A vedação prevista no § 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, na esfera do planejamento familiar, deixa claro que a intervenção do Estado dar-se-á para garantir o projeto parental, mas nunca para impor formas coercitivas ou direcionar modelos numéricos ou qualitativos.

Assim, tal proteção não deve interferir na forma de origem do parentesco de filiação, se consanguíneo/genético natural, se genético artificial, se civil (adoção) ou

---

[239] LÔBO, Paulo. **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade** http://jus.com.br/artigos/25363/familias-contemporaneas-e-as-dimensoes-da-responsabilidade, aceso em 19 de maio de 2015.

decorrente da convivência familiar pela posse de estado de filho, hipóteses estas que qualificam a filiação no sistema Brasileiro.

Contudo, o Estado ao legislar, impõe requisitos para o estabelecimento de algumas das filiações à exemplo do instituto da Adoção, conforme veremos oportunamente.

Diante dessa noção de liberdade vigiada, passemos a identificar as categorias que têm sido comumente trabalhadas na realidade social e jurídica, dentre as quais, algumas previstas em nosso ordenamento jurídico e outras decorrentes da elaboração de uma interpretação, que por vezes se revela *contra legem*.

4.3. Monoparentalidade – O projeto individual de parentalidade

Monoparentalidade, Biparentalidade e "Multiparentalidade", serão aqui tratadas enquanto categorias quantitativas do parentesco de filiação, independentemente de sua origem.

A monoparentalidade se impôs como fenômeno social desde a década de setenta, com a constatação do maior número de divórcios, que seria uma de suas causas.

A Inglaterra foi o primeiro país a enfrentar a questão, principalmente em razão da pobreza decorrente do desfazimento dos vínculos conjugais (*one-parent ou lone parente families*).[240]

A monoparentalidade mais antiga se esgotava nas categorias das viúvas e mães solteiras, mas hoje incluímos as ex-famílias biparentais. A sua dinamicidade na sociedade, é um fator que gera sempre muita complexidade para a sua identificação.

A expressão "mãe solteira" é carregada de preconceitos porque indicava uma situação de fato existente na sociedade, mas que não seria a ideal, nem tão pouco a que deveria vir a ser legitimada. Hoje essa denominação se estabelece inclusive nessa tese, para fins meramente didáticos e indica, segundo Eduardo Oliveira Leite[241], a forma de ingresso na situação monoparental que se daria em duas categorias: A monoparentalidade voluntária, (escolha consciente da monoparentalidade) e a

---

[240] LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.21.

[241] LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**.Cit., p. 72.

monoparentalidade involuntária (não houve escolha mas imposição em razão de determinado fator).

Em nossa legislação civil houve opção clara pelo modelo binário, seja na relação conjugal, seja na relação paterno ou materno filial. Expressões como: *homem e mulher, casal, ambos os pais, ambos os cônjuges, o cônjuge pode pedir... quando o outro, o pai e a mãe, o pai ou a mãe*, são indicativos da construção de uma ordem que tem por base a existência de até dois companheiros, até dois cônjuges e até dois pais, independentemente de gênero. O modelo biparental é um modelo ainda dominante.

Embora não tenha agido como o fez a legislação argentina recentemente, expressando a proibição da multiparentalidade, o nosso sistema constrói todas as suas regras dentro do modelo binário.

Para que outros arranjos fora dessa binariedade pudessem ser reconhecidos expressamente enquanto entidade familiar, foi preciso que a Constituição Federal de 1988 se referisse à monoparentalidade.

A monoparentalidade é definida pela nossa Constituição Federal, em seu artigo 226, § 4º, como *a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

Isso significa que tendo o filho sido registrado por apenas um dos pais, seja qual for a origem da filiação, essa convivência terá a proteção familiar necessária ao desenvolvimento de seus membros, enquanto entidade familiar.

O que precisamos indagar é se a forma do surgimento dessa comunidade irá influenciar para que haja a proteção Constitucional.

Com relação à monoparentalidade, o texto Constitucional permite uma interpretação flexível, se literal, de forma que voluntária ou involuntariamente, a maternidade ou paternidade produziria os seus efeitos. A grande polêmica reside não na proteção ou não da entidade, *mas da proteção ou não de sua forma de constituição. (grifo nosso)*

Destacaremos em nossa crítica não a monoparentalidade decorrente de um divórcio, de uma viuvez ou de um abandono, ou mesmo de uma adoção individual, *mas aquela que começa a ser idealizada antes mesmo da concepção (pela mulher), na certeza de que a definição dessa monoparentalidade se dá pela sua escolha, por meio natural ou das técnicas de reprodução humana, na busca de material genético masculino, que na segunda hipótese seria um doador anônimo. A essa*

monoparentalidade designaremos de projeto individual de maternidade, decorrente, portanto de uma produção independente. (grifo nosso)

Há que se indagar, portanto, e diante de toda a expressão de responsabilidade e de proteção da criança e adolescente enquanto sujeito de direito: tal exercício individual seria condizente com os parâmetros da responsabilidade familiar para a criação do menor?

Os argumentos daqueles que criticam o exercício dessa autonomia de forma voluntária, estaria:

1) no provável conflito de direitos fundamentais da mãe, no exercício da maternidade, e do filho no direito à paternidade, direito este que estaria sendo afastado pelo exercício individual da maternidade; e

2) na necessidade de limites ao exercício de autodeterminação existencial da maternidade em respeito à completude da existência adequada do ser, enquanto futura geração, dentro do critério de responsabilidade a que nos referimos anteriormente, afastando a possibilidade do exercício individual em atendimento aos anseios e desejos exclusivos do exercício da maternidade. A mãe define, previamente, que o seu filho não terá pai, mas não reflete sobre o direito fundamental deste à paternidade. Segundo essa corrente, o atendimento desse preceito voluntário atende a autonomia da vontade da gestante/mãe, mas não da criança, já que o seu destino está definido por aquela.

Ora, a Constituição Federal de 1988, como já especificado, [242]legitimou a família monoparental em seu artigo 226, §4º e nesta disposição, não há qualquer limite ou especificação da sua forma de constituição, se decorrente de circunstâncias alheias à vontade (viuvez, abandono) ou não.

Entendemos que a produção independente natural, aquela planejada pela mãe inclusive no que diz respeito à sonegação da filiação ao pai, é um exercício egoísta da parentalidade, além de violar o direito fundamental da criança, como também do pai que desconhecia a circunstância. De qualquer forma, nessa condição, a criança e o pai

---

[242] BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 22 de janeiro de 2016.
Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

poderão perquirir essa filiação em dado momento da vida, sendo essa busca imprescritível.

Em verdade no exercício natural de sua sexualidade, a intenção individual materna na filiação pode ocorrer com muito menos ética do que na utilização das técnicas de reprodução humana, por meio da doação de sêmen, diante da possibilidade dessa sonegação do pai, omitindo-lhe o seu projeto parental, enquanto que nesta não haverá a possibilidade de atribuição de paternidade dada a ausência de intenção da parentalidade pelo doador anônimo. Em ambas as situações, no entanto, há um projeto individual que não observa o interesse da criança em questão.

No projeto individual proveniente da reprodução assistida, com doador anônimo, mesmo que se assegure, enquanto direito de personalidade a este filho a busca de sua origem genética, está não estabelecerá a paternidade, restando violado irremediavelmente o direito fundamental do menor.

Além disso, com relação ao já mencionado § 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, sobre a liberdade do planejamento familiar, há diversas interpretações dessa liberdade: se restrita ao casal, como literalmente exposto no texto Constitucional; ou extensiva a indivíduos, assim considerados isoladamente, como, aliás, chancela a lei ordinária do planejamento familiar (9263/96), que afirma ser esse planejamento direito de todo o cidadão, garantindo direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

O que denominamos de projeto individual de parentalidade, repita-se, estaria no exercício voluntário de paternidade ou maternidade *ab initio,* independentemente da existência do outro dos pares, vista no contexto de nosso sistema como o exercício de uma individualidade não condizente com os parâmetros da responsabilidade familiar para a criação do menor. É óbvio que da explicação acima, encontra-se muito mais presente em nossa sociedade o projeto individual de maternidade, posto que o de paternidade exigiria elaborações ainda mais complexas como a cessão de útero e portanto o que seria a participação de uma mãe, que não exerceria a maternidade.

A possibilidade da paternidade ou maternidade individual por meio das técnicas de reprodução humana, inimagináveis por João Baptista Villela[243] à época, possibilitam outros arranjos familiares dentro de um modelo aberto proposto por este,

[243] VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizontee, 1980, p.11.

na medida em que o dador anônimo do material genético atua em solidariedade e sem intenção de elaboração de seu próprio projeto parental.

Vejamos o tratamento que vem sendo dispensado na identificação da temática da produção independente, em algumas decisões e alguns casos relatados pela doutrina.

Na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2012, por meio do Agravo de Instrumento Nº 70047323217 (Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 23/05/2012)[244], foi reconhecido o direito de gerar um filho a uma mulher diagnosticada com o CID 10N97.9 (infertilidade não especificada), e o acesso às

[244] TJRS. **Ementa: AGRAVO** DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. DIREITO DE GERAR UMA VIDA. TRATAMENTO PARA INFERTILIDADE. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL FACE À IDADE AVANÇADA DA RECORRENTE. A Constituição Federal de 1988 enumera, dentre os direitos fundamentais de todo o cidadão, o direito à vida. E o legislador constituinte, ao garantir o direito à vida, garante não apenas o direito a manter-se vivo, mas o direito de dar a vida, de gerar um ser humano. E é exatamente isto o que almeja a recorrente. A própria Carta Republicana tem na família a base da sociedade (art. 226). Ao que se sabe, há intenção por parte do Ministério da Saúde em garantir tratamento às mulheres inférteis, o que não há, no entanto, é agilidade, efetividade. E agilidade é tudo o que deve prevalecer em se tratando de infertilidade feminina, pois é cientificamente comprovado que quanto maior a idade da mulher, menores são as chances de uma gravidez, até mesmo em razão da diminuição, a cada ano, do número e também da qualidade dos óvulos. O tempo, nestes casos, passa a ser o maior inimigo. Não há como entender que não há perigo de dano. E mais, há irreversibilidade negativa, na medida em que, quanto maior a idade da mulher infértil, menores as chances de sucesso da reprodução assistida. A agravante, ao que se depreende, conta com trinta e sete (37) anos de idade e é portadora de CID 10 N97.9 - Infertilidade não especificada, e há dois anos vem investigando a causa de sua infertilidade, sem sucesso. Foi escrita em programa através do Sistema Única de Saúde, mas retirou a ficha de nº 885, sem qualquer previsão de atendimento, desde 22 de fevereiro de 2011. E como já referido, tempo é tudo o que a recorrente não tem. É fator relevante o fato de que, muito embora o arcabouço jurídico em torno de questão de tamanha relevância, não se tem notícia de que os programas implementados pelo Governo estejam efetivamente em andamento. A temática é das mais atuais, silenciada de longa data, **possivelmente por não ser interessante para o Governo, pelo alto custo dos tratamentos de reprodução assistida**. Ocorre que para estas mulheres, cuja única alternativa são justamente as técnicas de reprodução assistida, a sociedade tem o dever de dar uma resposta. E esta resposta não pode ser outra senão garantir-lhes o direito de gerar uma vida, de constituir uma família, sem o argumento simplista de que para estes casos, de infertilidade, há a opção da adoção. Adotar, sem dúvida alguma, é um ato de amor, e deve receber todo o incentivo, mas não se pode entender seja esta a única resposta que se pode dar a quem tem todo o direito de gerar uma vida, sobretudo quando a medicina avança a cada dia no sentido de tornar realidade o que antes era apenas um sonho. **Ao se negar o direito à autora de se utilizar de todas as técnicas éticas e legais disponíveis para que venha a gerar um filho, se estará compactuando com um sistema que elege quem tem o direito e quem não tem o direito, de quem tem condições econômicas para suportar os altos custo, e quem não tem.** Medida antecipatória dos efeitos da tutela deferida. Inteligência do disposto nos artigos 5º, caput, 196 e 226, caput e §7º, da Constituição Federal, Lei Federal nº 9.263/96 e Portarias 426/05 e 388/05, do Ministério da Saúde. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70047323217, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 23/05/2012), http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70047323217+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris, acesso em 22 de janeiro de 2016.

Técnicas de Reprodução Humana Assistida, através do Programa do Governo Federal do Sistema Único de Saúde. A decisão baseou-se no direito fundamental à vida, previsto na Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que o legislador Constituinte ao assim prever, quis se referir não apenas ao direito de manter-se vivo, mas o direito de dar a vida e gerar um ser humano, sem o balizamento das condições econômicas para suportar os altos custos. Isto é, a ponderação da colisão que poderá haver entre o que se denomina de mínimo existencial e reserva do possível, não obstante este não seja o principal debate na decisão em prol da presente tese, mas demonstra mais uma precariedade do fundamento decisório.

Ingo Wolfgang[245] enfatiza que o mínimo existencial, compreendido como todo, é:

> o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável tem sido identificado, por alguns, como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Este mínimo existencial reclama, portanto, uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso.

E ainda, segundo o autor, ao magistrado cumpre também atuar no sentido da fiscalização das provas trazidas pelas partes envolvidas, assim como do cumprimento da decisão exarada, notadamente quando deferida uma prestação no âmbito do sistema público de saúde. Deve o magistrado verificar com rigor tanto a prescrição médica, quanto as alegações trazidas pelas entidades públicas a respeito da negativa da prestação, inclusive no que concerne ao comprometimento das contas públicas.

Observe-se quanto a isso, que na decisão referenciada, o que seria *falta de interesse do Estado em razão dos altos custos*, reconhecendo a onerosidade do procedimento, não é ponderado com relação aos graus de sáude a serem atendidos, considerando totalmente a situação econômica do poder público.

De forma que, além do interesse materialmente envolvido no que diz respeito ao interesse da criança a vir a ser gerada, há também um interesse público e coletivo envolvido diante do quadro geral de nossa administração pública na falência de oferta dos serviços à saúde, que só poderão ser ponderados no caso concreto. Quanto mais,

---

[245] SARLET, Ingo Wolfgang e outra. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html**,** acesso em 28 de janeiro de 2016.

para atender a um interesse estritamente individual e que não compromete a vida da requerente ao mesmo tempo em que compromete os direitos fundamentais da criança.

O que se pode extrair do fundamento da decisão é o atendimento ao interesse individual de gerar, sem qualquer consideração a respeito da criança a vir a ser gerada sem a paternidade. (grifo nosso)

Em breve crítica da leitura procedida pelo órgão julgador, entendemos que o direito fundamental a ser assegurado no presente caso, é o direito à saúde, já que a infertilidade é vista como doença e a reprodução contribui para a manutenção do equilíbrio hormonal na evolução do ser humano, mas o deferimento desse acesso implicaria em outras variantes a serem analisadas como as de interesse público acima aventado. A decisão autoriza a denominada "produção independente", sem debatê-la quanto à colisão de direitos fundamentais.

No âmbito familiar, ao considerarmos que na esfera desse caso concreto há outros interesses para além do interesse da mulher demandante em gerar um filho, nos depararíamos, inevitalmente com os limites traçados para tal autonomia, utilizando-nos da prioridade com relação à criança e ao adolescente e das densidades principiológicas já trabalhadas no capítulo III.

Para conciliarmos o sentido estabelecido para a monoparentalidade com o interesse da criança, aquela não deveria ser priorizada quando decorrente de uma vontade unilateral e voluntária, por meio das técnicas de reprodução humana.

Apenas para fortalecer o debate, mesmo considerando-se a possibilidade da interpretação mais libertária, que é a da possibilidade da monoparentalidade voluntária, indagaríamos se essa "liberdade", também se aplicaria ao homem, na intenção do exercício individual da paternidade, através da utilização das técnicas de reprodução humana. A intervenção se tornaria mais complexa, como já mencionado, na medida em que tal indivíduo necessitaria não apenas do material genético feminino a ser doado, como também da cessão de um útero, e retornaríamos às mesmas discussões quanto à ausência da norma jurídica e, portanto, de incidência normativa que valide tais procedimentos.

Recairíamos nas mesmas ponderações do que a cessão de útero representa para a gestante, e no fato de ela ser qualificada pelo nosso sistema como a mãe e nessa condição, impossibilitada de renunciar a maternidade, via contrato.

Dessa forma, e mantendo coerência com a condição da dignidade da criança e o seu direito fundamental à paternidade ou maternidade, não há que se admitir, dentro 185

de nosso sistema, por todos os argumentos de solidariedade e responsabilidade expostos a possibilidade do projeto individual voluntário nas técnicas de reprodução humana, seja para a mulher, em procedimento menos complexo (doação de sêmen), seja para o homem, que exigiria ainda mais ponderações.

Uma outra reflexão não menos importante sobre o teor da decisão mencionada é se o exercício da autonomia para gerar uma vida, cuja proteção estaria à princípio voltada à mãe e não ao ente que venha a ser gerado, poderia significar uma autonomia também para não gerar, após a concepção, com visíveis repercussões na figura do aborto incondicionado, em um momento histórico em nosso país onde se admitiu, com grandes dificuldades e após muitos debates, a possibilidade de interrupção da gestação quando na hipótese do feto anencéfalo.

Do exposto, consideramos que não obstante a previsão e proteção Constitucional inegáveis da monoparentalidade e da liberdade de planejamento familiar, e ainda que a lei ordinária que cuida do planejamento familiar garante o acesso aos meios científicos adequados ao exercício do direito fundamental à reprodução, *essa não poderá ser exercida voluntariamente, com o critério de exclusão de um dos pais, no exercício da autonomia do outro. (grifo nosso)*

Entre estas, mais uma importante reflexão: a liberdade do planejamento familiar estaria restrita ao casal, e isso implicaria na exaltação de uma biparentalidade, como, aliás, foi literalmente exposto no texto Constitucional, ou a liberdade poderá ser garantida ao indivíduo como chancela a lei ordinária do planejamento familiar (9263/96), que afirma ser esse planejamento direito de todo o cidadão, garantindo direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal?

Pensamos que a previsão de proteção à liberdade de planejamento, restringe o acesso às técnicas de reprodução humana ao casal, o que não significa que projetos individuais voluntários já engendrados em casos concretos, venham a ser desprotegidos quanto aos efeitos jurídicos em relação ao filho advindo. Assim, a norma infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Constituição e não inversamente.

Para justificar alguns problemas que podem advir na formação de personalidade da criança advinda de um projeto individual de parentalidade, registramos alguns exemplos ocorridos em 2003, e que nos remete à reflexão de como amparar juridicamente um interesse humano nesses casos.

Para Welstead[246], a criança se depara com sérios questionamentos com relação à sua origem e parentalidade biológicas. As identidades pessoal e social muitas vezes dependem dessa informação e contibuem para a estabilidade psicológica em sua vida.

Segundo a autora, há um crescimento em grande proporção no direito de família de relatos em decisões acerca da identidade parental, seja biológica ou social e com qual figura parental e na casa de quem a criança deve viver.

No caso *Rose vs Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embryology Autorhrity*, há o relato da angustia de uma criança de 7 anos de idade que judicializou o pedido para conhecimento de seu parentesco biológico. Ela teria decoberto a verdade de sua concepção em circunstâncias não normais. Ela foi forçada ao anonimato do doador e com isso desenvolveu um sentimento de luto, confusão e culpa. As razões invocadas por ela para o conhecimento de sua origem seriam de ordem social, emocional, médicas e espirituais.

A autora explica ainda, que o conhecimento da origem, ajuda a formação de um senso mais completo de si mesmo e de sua identidade, a não ser que se acredite que por haver sido criado artificialmente não tenha essa necessidade. Afirmava a requerente: "While I was conceived to heal the pain of others (ie my parents' inability to conceive children naturally), I do not feel that there are suficiente attempts to heal my pain.[247],,

A biotecnologia fascina quando se propõe a atender os anseios daquele que foi diagnosticado com a infertilidade, mas não se preocupa com as consequências que poderão advir, conflitos inimagináveis de ordem psicológica que afetam diretamente o ser que vem a ser projetado e criado no momento da concepção do projeto, não há qualquer consideração de como ele possa vir a se sentir.

Em outro caso relatado pela autora, *Re R (A child),*[248] um casal procurou um centro para inseminação heteróloga da mulher com sêmem de terceiro, em razão da infertilidade dele que assumiria a responsabilidade paterna do filho que viesse a nascer dela, já que não sendo casados, não incidiria a presunção de paternidade.

---

[246]WELSTEAD, Mary. Shaping lives of children. *In:* **The international survey of Family law**: 2005 edition. Bristol: Jordan Publishing, 2005, p.217.

[247] Tradução livre: "Eu fui concebida para curar a dor dos outros (a impossibilidade de meus pais conceberem naturalmente – infertilidade) e estes não são bons argumentos para tentar curar a minha dor"

[248]WELSTEAD, Mary. Shaping lives of children. *In*: **The international survey of Family law**: 2005 edition. Bristol: Jordan Publishing, 2005,p.221.

Ocorre que ela não engravidou e posteriormente veio a se separar do parceiro, mas continuou o tratamento sem o consentimento do novo parceiro e sem o conhecimento do anterior, pois nada informou à clínica.

O caso se assemelha a busca de uma produção independente.

Ela engravidou posteriormente e o parceiro antigo, tendo tomado conhecimento da situação, pediu para ser o pai legal da criança, já que havia assumido essa responsabilidade.

A princípio foi reconhecida a paternidade, mas posteriormente a Corte Suprema recusou, sob a alegação de que a concessão foi feita sem que tenha havido uma exploração devida dos fatos. Em um segundo recurso ele conseguiu reverter a decisão na Corte Suprema, mas a mãe dessa vez apelou. A decisão final foi no sentido de que o parceiro anterior não seria o pai legal, porque quando ocorreu o fato já estavam separados.

Ora, a Corte então reconheceu a decisão da mãe com relação à produção independente, mas deixou em aberto a possibilidade de composição entre as partes, para que decidissem de conformidade com o melhor interesse da criança. No entanto, prevaleceu o interesse individual da mãe.

Segundo o IBGE[249], no censo demográfico de 2010, mudanças na estrutura da família, maior participação da mulher no mercado de trabalho, baixas taxas de fecundidade e o envelhecimento da população influenciaram no aumento do percentual de casais sem filhos (com ou sem parentes) no período de 2000 a 2010, que passou de 14,9% para 20,2% do total de famílias. Aumentou em 1 ponto percentual a ocorrência de famílias monoparentais femininas (com ou sem parentes), de 15,3% para 16,2%, enquanto as masculinas (com ou sem parentes) mantiveram-se nos mesmos patamares, 1,9% para 2,4%.

Obviamente esse dado não se refere apenas à monoparentalidade voluntária, mas demonstra um crescimento e uma naturalidade quanto ao parentesco de família monoparentais femininas. A existência dessa realidade tão presente leva a considerações de que o desenvolvimento voluntário da mesma é uma consequência aceitável.

Isso nos faz refletir sobre as decisões que vêm sendo tomadas nesse sentido no Brasil, autorizando a produção independente sem a análise desses paradigmas

[249] IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Famílias e Domicílios – resultados da amostra. Rio de janeiro, 2012.

consequenciais, que sem dúvida afetam os direitos fundamentais da criança que está por vir. Há limites, portanto, a serem observados na constituição da monoparentalidade e estes residem na necessária indisponibilidade de acesso às técnicas, quando este acesso representa o exercício individualista de um suposto direito.

4.4 O *Locus* da Multiparentalidade na doutrina e jurisprudência brasileiras: a família "recomposta", a Adoção "poliafetiva" e a filiação "contratada"

De acordo com Catalan[250], em síntese, a mulparentalidade estaria tangenciada dentro das seguintes possibilidades: (a) o movimento incessante de construção e de destruição dos laços afetivos nas famílias recompostas; (b) a utilização de material genético de alguém como matéria-prima na fecundação de um novo ser; (c) a adoção não destruidora do passado; (d) a gestação de substituição ou, ainda, (e) a história dos núcleos de poliamor.

Na presente tese, reconhecemos tais situações que podem favorecer a doutrina da multiparentalidade, porém, procederemos com a análise e crítica apenas em três dessas possibilidades, de acordo com as elencadas no subtítulo ora trabalhado.

Conforme acima anunciado, o nosso sistema jurídico não proíbe expressamente a multiparentalidade simultânea, no sentido de se admitir a existência de mais de duas pessoas no exercício do Poder Familiar e enquanto pais, senão tão somente no exercício da guarda, que é apenas um dos elementos do Poder Familiar.

Não obstante, a ausência de proibição expressa à exemplo da legislação argentina, o nosso ordenamento fez opção pelo sistema binário em suas regras, admitindo critérios de exclusão em havendo conflito de interesses parentais, de forma que um pai será dado a um filho que reclame a parentalidade, se este não tiver um anterior, ou se este anterior vier a ser excluído na ponderação dos interesses do caso concreto, considerando-se a diversidade de critérios.

O que pretendemos nesse ítem é identificar como essa multiparentalidade vem sendo admitida ou reconhecida pela nossa doutrina e jurisprudência e ponderar se o fundamento apresentado nesssa realidade está condizente com o sentido da autonomia para o direito, em nosso sistema.

---

[250] CATALAN, Marcos. **Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã.** https://www.academia.edu/4341570/Um_ensaio_sobre_a_multiparentalidade, acesso em 07 de fevereiro de 2016.

Dentro da dinâmica das relações existenciais a denominada "multiparentalidade" vem sendo trabalhada como possibilidade de relativização do sistema binário de filiação, só que para incluir outro indivíduo no exercício da paternidade ou maternidade, passando o registro da filiação a conter pelo menos 03(três) "pais" responsáveis pelo exercício dessa função, com todos os efeitos jurídicos decorrentes, o que implicaria em 03 (três) linhas ascendentes de segundo grau ou mais.

A possibilidade é visualizada por muitos doutrinadores e já se registra na jurisprudência, em vários formatos, baseando-se, em sua maioria, no que se denomina de primazia da realidade, exercício da afetividade ou ainda atendimento ao melhor interesse da criança.

Nesse sentido, seria o *locus* propício para a multiparentalidade: a convivência familiar no parentesco por afinidade, na família recomposta, entre padrastos e enteados; a manutenção da convivência familiar com os pais de origem, não obstante a adoção; e as declarações de vontade *ab initio*, de projeto triparental, para os que se utilizam das técnicas de reprodução humana.

Essas três situações são reconhecidas por tais entendimentos, como possibilidades fáticas, capazes de promover a relativização do sistema binário da filiação.

No entanto, já observamos que há na esfera normativa parâmetros a serem perseguidos, entre os quais: a estabilidade da criança (material e imaterial), a afetividade (afeto e responsabilidade), a sustentabilidade e as referências parentais legitimadas pela moral consensual coletiva.

O formato biparental em nosso sistema, já não está restrito apenas a pessoas de sexos distintos, máxime com a promoção da união homoafetiva como entidade familiar, permitindo-lhe maior mobilidade na construção de seu projeto parental.

Contudo, os meios para a busca do exercício dessa biparentalidade, poderá envolver direitos fundamentais da própria criança, bem como de terceiros. De certo, o caminho da adoção não deixa dúvidas nessa possibilidade, na medida em que o casal homoafetivo não apresenta qualquer incompatibilidade para o projeto parental pela adoção. Os problemas surgem quando este projeto parental se dá *ab initio*, com o interesse de vínculo biológico/genético de um dos pares, por meio da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

A última Resolução do Conselho Federal de Medicina de número 2121/2015 que, repita-se, não tem força de lei, garante de fato esse acesso, especificamente aos casais homossexuais, que naturalmente detém incompatibilidade de gerar entre si. Ou seja, se a finalidade ética do acesso seria terapêutica, tão somente, em razão da prova da infertilidade dos pretendentes, esta seria uma exceção, abrindo-se o campo da biotecnologia para outros propósitos que não terapêuticos, mas tão somente individualistas.

A desconstrução da biparentalidade quantitativa, no reconhecimento de mais de dois vínculos simultâneos no registro e no exercício da parentalidade da filiação, não é acolhida pelo nosso sistema, o que não significa dizer que, quando o *menor de alguma forma já se encontrar irremediavelmente inserido nesse contexto, ou talvez ainda não tenha vivenciado qualquer outra forma de inserção, não possa vir a ser protegido e amparado com os deveres de responsabilidade múltiplos para o seu sustento e desenvolvimento, principalmente***.** Ainda assim, poderá enfrentar dificuldades não apenas com a legitimação da sociedade, como também com a incidência de determinados preceitos normativos. (*grifo nosso*)

Não é demais ressaltar, que em nosso sistema normativo civil, um indivíduo só poderá ter um pai e uma mãe, ou duas mães ou ainda dois pais ao mesmo tempo em seu registro civil.

Catalan[251] critica o sistema binário, afirmando ser o mesmo excludente de situações palpáveis na realidade social e baseado em um simplismo lógico, não mais condizente com os mosaicos familiares da atualidade.

O autor justifica a sua crítica, fundado também em sociedades primitivas que dentro de sua cultura, que sempre relativizaram essa binariedade, na acomodação de seus valores e interesses. Identifica ainda os fatores que teriam levado ao sistema binário, de forma negativa, a partir da busca de uma certeza patrimonialista em Roma, que se preocupou com a transmissão do patrimônio familiar, e mesmo da influência do cristianismo que incutiu a ideia de sacralidade indissolúvel do casamentro.

Registra ainda o autor, que no Brasil, a virilidade patriarcal e a racionalidade patrimonialista foram os vetores que informaram a codificação que veio a lume em

[251] CATALAN, Marcos. **Um ensaio sobre a multiparentalidade: explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã.** https://www.academia.edu/4341570/Um_ensaio_sobre_a_multiparentalidade, acesso em 07 de fevereiro de 2016.

1916, e que, portanto, tudo isso causou marcas indeléveis na história da família contemporânea, estrutura que não tem como ser aprisionada no interior de um código e que varia consoante o espaço e o tempo nos quais tenha que ser pensada.

Não se trata, no entanto, de enxergar as verdades parentais, apenas na ótica de serem entes pré-moldados, mas sim de manter um mínimo a ser observado na ordem parental, sem o qual, ingressaríamos em campos difusos de definição dos direitos familiares e totalmente incompatível com o sistema normativo Brasileiro.

Contrariando um pouco o posicionamento do autor, o direito codificado não precisa ser reducionista em sua interpretação, na medida em que poderá considerar as responsabilidades parentais e convívio familiar, independentemente de mudança de estado de filiação.

Assim, o direito não impede que tais funções sejam exercidas simbolicamente, mas não reconhece que tal aparência venha a legitimar situações jurídicas permanentes. Não se trata de valorizar o imaginário ao invés do real, mas o compromisso da ciência do direito em um sistema *civil law*, é o de garantir minimamente, que esse ideal se estabeleça. Outrossim, não podemos dispersar, na ideia de primazia da realidade pelo desejo, pelo amor e pelo sentimento, posto que estes fojem do controle social, inarredável à ciência jurídica.

Obviamente os defensores da multiparentalidade, terminam por trabalhar o fenômeno apenas na situação concreta, sem maiores elaborações sobre as repercussões jurídicas nos conflitos familiares ou mesmo no direito sucessório, e sem a abstração necessária para a compreensão do fenômeno de forma geral.

Imagine-se, por exemplo, a regra insculpida no direito sucessório com relação à ordem de vocação hereditária. Prevê o artigo 1836 que na ausência de descendentes são chamados a sucederem os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.[252]Em seguida todo o raciocínio é voltado a duas linhas, sendo uma materna e a outra paterna (podendo duas maternas ou duas paternas). A previsão de concorrência do cônjuge está prevista à base de um terço ou da metade, na hipótese de haverem dois ascendentes ou apenas um respectivamente. Na hipótese de triparentalidade na ascendência, esta regra transmuda-se automaticamente para o recebimento de um quarto para o cônjuge?

[252] BRASIL. Lei 10.406 de janeiro de 2012. Código civil brasileiro, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, acesso em 29 de janeiro de 2016.
Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Se não mais houver os ascendentes de primeiro grau, serão chamados a sucederem os de segundo grau e nessa, hipótese ao cônjuge será reservada a metade e a outra metade, em tese, poderia ser dividida em até seis vezes ao invés de quatro?

Certamente também, ao invés da possibilidade de dois direitos sucessórios com relação aos pais, essa expectativa aumentaria para três, assim como aumentaria a expectativa da divisão da herança com os irmãos unilaterais ou bilaterais que viessem a surgir de qualquer dos três pais ou mães.

Não apenas na esfera patrimonial, mas também pessoal, como se daria o exercício do poder familiar pelos três? O consentimento para a prática de atos também seria exercido por três, e a convivência familiar teria que ser ainda mais fracionada. Os conflitos de alienação parental estariam instigados, posto que com o aumento do número dos agentes, de certo há aumento na possibilidade de conflito, pelo dissenso, pela discordância. Como aferir se em qualquer dessas possibilidades estar-se-ia atendendo ao melhor interesse da criança? E mais, há que se presumir que no aumento da possibilidade de conflitos familiares, ao contrário, estaríamos nos afastando abstramente desse interesse.

Esvai-se em uma simples análise toda a ordem estabelecida, gerando-se uma infinidade de possibilidades e consequentemente instalando-se a insegurança jurídica das relações, pela própria imprevisibilidade do sistema.

Haveria um custo social considerável para a sua implementação e as reformulações na vida social.

Assim, se há a possibilidade de se estabelecer a coerência e trazer uma solução harmônica dentro do sistema para a solução dos conflitos, deve se dar prevalência a esta.

Para que uma decisão judicial venha a dirimir tal conflito, se surgido, será necessário mais do que critérios pessoais ou políticos, e sim a busca de certa estabilidade nas decisões que façam o sistema previsível. A decisão, no dizer de Lorenzetti[253], deve atender a uma ordem de raciocínio, que por sua vez é sucessivo:

> primeiro, aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar esse resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências; terceiro – e se restarem problemas, estaríamos diante de um caso difícil onde deve ser aplicada a solução baseada em Princípios; e

[253] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo, Editora: revista dos Tribunais, 2008, p. 157.

> quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados, devendo ser procurada a sua harmonização.

Essa ordem, por sua vez, não é de subordinação, mas sim de sucessão argumentativa do raciocínio legal.

Aqui não se trata de poder se interpretar e decidir de maneira mais formalista ou menos formalista. O que ponderamos *é o estabelecimento de um sistema reitor estável, para que seja delimitado o campo de argumentos pemitidos, e flexível, para que se mantenha aberto às modificações.*[254]

A relativização do sistema binário para todos os efeitos jurídicos traria algumas consequências, dentre as quais, no mínimo:

a) A potencialização dos conflitos familiares na configuração tripartida do Poder Familiar;
b) A exigência de novos critérios para o direito sucessório, com as respectivas linhas de ascendência (paterna e materna, ou paternas e maternas);
c) A manipulação do *status filiae* pela vontade, com objetivo exclusivamente patrimonial, na medida em que a inclusão de terceira figura paterna ou materna por trazer maior vantagem financeira;
d) As soluções jurídicas para os conflitos familiares teriam que ser desmembradas e criadas pelo aplicador do direito em caráter subjetivo, e embora querendo gerar o sentido máximo da justiça na decisão, terminaria por comprometer a própria segurança jurídica das relações.

Melhor seria, se o nosso sistema assumisse expressamente essa condição, e eliminasse tais elaborações, para que outras soluções harmônicas pudessem produzir seus efeitos.

O nosso posicionamento é, portanto, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta a variação da binariedade na filiação, salvo com relação à monoparentalidade. E a multiparentalidade para nós, possui um outro sentido, ligado a funções que são exercidas em prol da criança e do adolescente, com significativo aumento da responsabilidade parental para atendimento desse interesse, mas não de mudança da situação jurídica de filiação, muito menos para atender interesses individuais.

---

[254] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**, cit., p. 170.

Conforme anunciamos, tentaremos enfrentar ou balizar, os entendimentos sobre a multiparentalidade nas três esferas encontradas na investigação de nossa realidade social e jurídica: na família "recomposta", na Adoção "poliafetiva" e na filiação "contratada" por meio das técnicas de reprodução humana.

4.4.1. Multiparentalidade. A família "recomposta" e a ampliação da responsabilidade no parentesco por afinidade.

A adjetivação de recomposição familiar traz a ideia de que houve destruição da família originária, que teria sido recomposta pela participação de novo membro. Particularmente não julgamos adequada essa expressão de recomposição, mas ela é largamente utilizada e isso traz utilidade para a reflexão a que se pretende chegar.

A recomposição estaria ligada ao novo casamento do cônjuge ou companheiro(a), divorciado(a) ou separado(a), ou ainda ao primeiro casamento ou união, quando se levam filhos de relacionamento anterior para convivência familiar com o(a) novo(a) cônjuge ou companheiro(a).

Dentre as doutrinas, toma relevo aquela que vislumbra a multiparentalidade como um fator inevitável e decorrente de novas composições familiares, que geram não apenas o exercício de novas responsabilidades parentais dos padrastos com relação aos enteados, considerados, por lei, parentes afins na linha reta e em primeiro grau, como também como um fator de alteração do *status filiae*, com consequências sucessórias, inclusive.[255]

A possibilidade é visualizada por muitos doutrinadores na equivocada interpretação de que o aumento das responsabilidades parentais está necessariamente ligado à mudança do estado de filiação. A maioria das decisões se baseia na primazia da realidade da convivência familiar para justificar a mudança da situação jurídica do *status filiae*. Não conseguindo encontrar elementos para excluir o anterior, acomoda-se ao argumento de que poderá incluir, sem excluir, dando ensejo à multiparentalidade.

---

[255] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**.São Paulo:Atlas, 2010, p.194.

A ideia de prevalência ou não, em tese, de uma concepção socioafetiva sobre a biológica e vice versa, está totalmente descartada. Apenas o caso concreto e suas especificidades poderá ensejar a preponderância de um critério sobre o outro. Ao refletirmos sobre a preponderância, estaremos automaticamente raciocinando com base na impossibilidade da multiparentalidade e na adoção do critério de exclusão. Um será admitido a partir da exclusão do outro. Aliás, a solução de agregação das concepções, elimina caráter de preponderância e de escolha pelo aplicador e, portanto, de exclusão, acomodando ânimos sem maiores reflexões quanto aos efeitos jurídicos decorrentes.

Os entendimentos jurisprudenciais são extremamente variados, influenciados por uma doutrina de liberdade sem a devida observância de critérios mínimos uniformizadores.

Cassetari[256] reconhece a possibilidade de multiparentalidade (constituição de parentalidade socioafetiva), nas famílias reconstituídas, quando os enteados são "adotados afetivamente" pelo padrasto ou madrasta e ao mesmo tempo são abandonados pelo seu pai ou mãe biológico. Ou ainda, em não havendo abandono, quando o padrasto ou madrasta não podem ter filhos.

Ora, se houve abandono afetivo do anterior há elementos para a sua destituição do poder familiar enquanto houver menoridade, mas não para a exclusão da paternidade e a justificativa do novo parceiro não poder ter filhos e em razão disso formar laços afetivos com o enteado, por si só seria insuficiente. Ao ítem de sua obra ele denomina: *Os filhos decorrentes da relação de padrastio e madrastio.*

O autor reconhece que nessa condição a paternidade ou maternidade no assento de nascimento deveria ser feita, sem a retirada do pai ou mãe biológico, consignando-se a multiparentalidade.

[256] CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p.55.

Para corroborar o seu entendimento o autor menciona decisão do STJ (Resp. 1.106.637-SP, relatado pela Ministra Nancy Andrigui em 2010)[257], em que o padrasto teve legitimidade reconhecida para requerer a destituição do poder familiar do pai biológico. À decisão empreende uma leitura de que houve reconhecimento de que o pai socioafetivo teria interesse de propor a ação. Contudo, a decisão advém de uma Ação de Adoção unilateral, hipótese prevista em lei, promovida pelo padrasto, onde este procedeu com o pedido preparatório da destituição do poder familiar. Já há portanto na própria ação proposta, a intenção do exercício da parentalidade, autorizado por lei.A decisão atenta a este interesse e não na condição de ser o mesmo padrasto.

As demais decisões refletidas pelo autor, dizem respeito às negatórias de paternidade ora propostas pelo pai registral, ora propostas por herdeiros interessados, no sentido de desconstituir registro proveniente de adoção à brasileira, quando ausente o vício de consentimento (erro), tendo se estabelecido a convivência familiar entre ambos. A esse respeito já nos pronunciamos sobre o contorno verdadeiro que toma esse registro, mas não em razão de ser o pai registral padrasto ou madrasta, mas

---

[257]STJ. ADOÇÃO. PADRASTO. Cuida- se de ação de adoção com pedido preparatório de destituição do poder familiar ajuizada por padrasto de filha menor de sua esposa, com quem tem outra filha. A questão posta no REsp consiste em definir se o padrasto detém legitimidade ativa e interesse de agir para propor a destituição do poder familiar do pai biológico em caráter preparatório à adoção de menor. É cediço que o art. 155 do ECA dispõe que o procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do MP ou de pessoa dotada de legítimo interesse. Por outro lado, o pedido de adoção formulado nos autos funda-se no art. 41, § 1º, do ECA, o qual corresponde ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/2002: um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico devido à convivência familiar, ligada essencialmente à paternidade social ou socioafetividade, que, segundo a doutrina, seria o convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança sem a concorrência do vínculo biológico. Para a Min. Relatora, o padrasto tem legítimo interesse amparado na socioafetividade, o que confere a ele legitimidade ativa e interesse de agir para postular destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto ressalta que todas as circunstâncias deverão

ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, também, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do ECA. Observa ser importante dar ao padrasto a oportunidade de discutir a questão em juízo, em procedimento contraditório (arts. 24 e 169 do ECA), sem se descuidar, também, de que sempre deverá prevalecer o melhor interesse da criança e as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar, comprovadas conforme dispõe o art. 1.638 do CC/2002 c/c art. 24 do ECA, em que seja demonstrado o risco social e pessoal ou de ameaça de lesão aos direitos a que esteja sujeita a criança. Entre outros argumentos e doutrinas colacionados, somadas às peculiaridades do processo, a Min. Relatora, acompanhada pela Turma, reconheceu a legitimidade ativa do padrasto para o pleito de destituição em procedimento contraditório, confirmando a decisão exarada no acórdão recorrido. REsp 1.106.637-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º/6/2010. http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/jurisprudencia-do-stj-adocao-padrasto.html, acesso em 29 de janeiro de 2016.

sim em razão da convivência familiar estabelecida pela posse de estado de filiação, um dos fundamentos da filiação socioafetiva no direito brasileiro, conforme abordado no capítulo II.

Formalmente entre padrastos ou madrastas e enteados estamos a nos referir a um parentesco já definido por lei, que é o parentesco por afinidade, que também por lei só produz um efeito jurídico familiar que é o impedimento matrimonial não gerando, direito de alimentos ou sucessório.

Também na lei existe a qualificação de que dito parentesco seria indissolúvel, de forma que nem a morte ou divórcio do padrasto ou madrasta com o pai ou a mãe, seria capaz de extingui-lo.

De fato a nossa legislação retringe dito parentesco, para fins de alimentos e de sucessão legítima.

A regra geral prevista no dispositivo 1694 do CCB fica restrita pela leitura sistemática do subtítulo correspondente, basicamente pela regra contida no artigo 1697.[258]

Contudo, pensamos que a solidariedade familiar que se constitui quando do novo casamento ou união, pode se impor entre os parentes afins, principalmente considerando-se a necessidade básica de sobrevivência da criança, além da sua proteção integral, diante da ausência do parente "legitimado" para a assunção da responsabilidade. A convivência a nosso ver poderá embasar o direito obrigacional de assistência material, ainda que de forma transitória e subsidiária. Esta responsabilidade se estabeleceria à exemplo da obrigação avoenga, na melhor interpretação ao atendimento do interesse da criança e do adolescente e da solidariedade familiar.

Seria o caso então, de estender o manto principiológico sobre as regras acima dispostas, a fim de que sejam interpretadas conforme a Constituição, presentes no caso concreto as condições de vulnerabilidade do menor. Contudo, essa legitimidade

---

[258] BRASIL. Lei 10.406 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf?sequence=1, acesso em 07 de fevereiro de 2016.
Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.
Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

não poderá ser estendida em tese porque o novo casamento ou união estável, não gera "filiação" entre o padrasto e madrasta, mesmo que a relação seja afetuosa e dentro dos parâmetros do zelo e cuidado.

O que poderá gerar a filiação entre tais parentes afins são apenas duas condições:

a) A adoção unilateral, e;
b) A posse de estado de filiação judicialmente reconhecida, considerando a convivência familiar, presentes os elementos (*nomen, tratactus e fama*), e desde que não esteja havendo o exercício da parentalidade responsável pelo pai/mãe registral.

O fato de uma relação socioafetiva poder vir a se estabelecer entre padrastos e enteados, não lhes confere automaticamente legitimidade alimentícia ou sucessória e assim deve permanecer.

Com relação ao caráter de indissolubilidade do vínculo de parentesco por afinidade, este teve um propósito inicial calcado do casamento indissolúvel, fator não mais em vigor em nosso ordenamento desde 1977. Já não há mais sentido na manutenção dessa indissolubilidade.

Além disso, as reconfigurações conjugais são cada vez menos duradouras, e aí teriam que ser considerados diversos fatores de ordem social, o que não permite, na maioria das situações, a criação de vínculos mais sólidos ou mesmo vem a significar historicamente na vida da pessoa um vínculo de grande importância a ponto de catacterizar um estado de filiação.

E quanto ao direito sucessório, continua a legislação brasileira a permitir a completa autonomia da disposição em testamento, sendo a legítima a reserva legal, destinada aos herdeiros necessários e constitui-se cláusula pétrea em nossa Constituição, que não pode ser alterada sequer por Emenda Constitucional.[259]

---

[259] BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm, acesso em 23 de janeiro de 2016.
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. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Por sua vez, a ordem de sucessão hereditária restringe a legítima aos herdeiros necessários que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge/companheiro sobrevivente. A partir da linha colateral há legitimidade, mas não há a obrigatoriedade da reserva legal. Não há como incluir o parentesco por afinidade sequer na legítima, salvo se essa relação de parentesco vier a se transformar e isso apenas poderá ocorrer nas hipóteses acima aventadas.

De qualquer forma, o que pretendemos aqui dispor, é que o propósito muitas vezes alargado e desenfreado para a modificação do *status filiae*, não poderá se dar com a única finalidade de criar o direito sucessório legítimo entre as partes.

Ao mesmo tempo, e refletindo sobre a harmonização e adequação dessa nova realidade em nosso sistema, a configuração parental do padrasto/madrasta com o seu enteado poderá vir legitimada pela figura da guarda, onde assumira responsabilidadesparentais advindas da formalização, que por sua vez, justifica-se em nome de terceiros e de forma compartilhada, possuindo base legal.

A socioafetividade existe e poderá ser considerada para fins de efeitos patrimoniais, uma vez presentes as circunstâncias acima mencionadas no caso concreto, mas não voltada necessariamente à mudança de estado de filiação, salvo nas hipóteses expostas, quando então, deverá haver a exclusão da parentalidade anterior e não a sua cumulação.

Estando a convivência favorecida pela recomposição familiar, estaria justificado o dever de cuidado do padrasto ou madrasta com relação ao seu enteado, sujeito a produção de efeitos jurídicos no que se refere à garantia de manutenção de subsistência da criança e adolescente, assim, presente o requisito presumido de dependência econômica pela menoridade.

Registre-se, por oportuno, a possibilidade mais recente prevista na Lei de Registro Público, alterada pela Lei 11.924/2009, no § 8º do artigo 57, que admite ao enteado, *havendo motivo ponderável e desde que haja autorização judicial, averbar o nome de família de seu padrasto ou madrasta em seu registro, sem prejuízo do nome da propria família e desde que haja também autorização destes*.[260]

---

[260] Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.100, de 2009). § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (Incluído pela Lei nº 11.924, de 2009)

O dispositivo destina-se a uma homenagem em razão da pessoa do padrasto ou madrasta ou reconhecimento pela sua dedicação, apoio e solidariedade, mas não se destina a conferir estado de filiação. A lei brasileira ampliou o espectro da identidade social também com relação ao padrasto ou madrasta, com base na presunção de uma convivência familiar, estável e duradoura, mas nada tem a ver com a mudança do *status filiae*.

Ana Carolina Brochado[261] reflete sobre o tema, reconhecendo nestes casos a possibilidade do exercício fático do poder familiar pelo padrasto e madrasta, com responsabilidade de criação e educação. Com respeito, discordamos quanto à tripartição do poder familiar, se o estabelecimento da guarda compartilhada já supre essa representação. Isso favorecerá que na hipótese de conflito de autoridade entre o padrasto e o pai registral, prevaleça a vontade paterna no exercício do poder familiar, que está presumida de forma mais ampla, não obstante seja essa *presunção juris tantum*, devendo conformar-se, ao final, ao melhor interesse da criança.

Se o exercício da "multiparentalidade" pode se basear na função parental e responsabilidade desvinculada da ascendência biológica, e não necessariamente no estabelecimento de múltiplas paternidades, esta seria uma forma mais ampla de se admiti-la, não obstando, portanto, que também fosse exercida com a presença do vínculo biológico.

O exercício conjunto de responsabilidades assim, é que se traduziria no sentido da multiparentalidade, sem interferência no estado de filiação e de suas linhas de ascendência. Ou poderíamos usar a expressão "o compartilhamento de responsabilidades", que se efetiva por meio da guarda compartilhada. Nesse caso, admitiria-se o direito de alimentos, mas não sucessório.

Trata-se de um equívoco querer moldar toda e qualquer situação existencial a categorias que não lhe comportam, como a da filiação. A harmonização poderá haver dentro do próprio sistema, com a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada que divide responsabilidades, sem estabelecer óbice a que terceiro a exerça e muito menos um parente.

[261] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**/Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues. São Paulo: Atlas, 2010, p. 202 e ss.

Nesse sentido, há justificativas para o nosso posicionamento e que já foram fundamentadas. Imaginar que diante da complexidade e mutabilidade das relações existenciais conjugais o direito estará sempre pronto a apreender todos os fatos como jurídicos, é nos afastar totalmente dos critérios formais eleitos pelo nosso ordenamento jurídico de origem romano-germanica.

Assim, não basta apenas a vontade declarada dos sujeitos interessados para a construção do projeto parental, mas que esta vontade esteja amparada pelos critérios de legitimidade eleitos pelo sistema, razão pela qual devemos ponderar com relação à existência de limites na constituição existencial parental.

Sempre asseveramos, e principalmente dado o contexto atual de liberdade existencial, que a intervenção do Estado deve ser protetiva nas relações privadas. Porém, dentro do caráter protetivo, encontra-se a necessidade de limitações aos particulares, se o bem jurídico a ser protegido envolve o consenso da comunidade na qual está inserido.

Na família recomposta, o exercício da função paterna ou materna pelo padrasto ou madrasta, tem sido trabalhado como suficiente para justificar a constituição de um estado de filiação, contudo, apenas se presentes as características da posse de estado de filho, e em havendo, deverá excluir a parentalidade anterior. Contudo, essa possibilidade começou a ser reconhecida na hipótese de total substituição paterna ou materna, em razão da ausência deste, seja pela morte ou pela declaração de ausência. E para a total substituição, será necessária a judicialização que poderá ser perseguida pelo interessado, através da adoção unilateral ou mesmo na busca da declaração de paternidade socioafetiva.

Imaginar que a recomposição por assim dizer, possa gerar filiação, sem que tenha havido a ausência da paternidade ou maternidade, é admitir ao caráter da multiparentalidade, a possibilidade de extensão do Poder Familiar ao padrasto ou madrasta, diante de um sistema que não só proíbe a renúncia do instituto, como também restringe a sua legitimidade tão somente aos pais.

Ao demais, permitir tal divisão, implicaria, como mencionado, não apenas em ampliar a probabilidade de conflitos familiares, como também de fomentar o enfraquecimento da paternidade/parentalidade responsável.

Assim, ser padrasto ou madrasta, manter uma relação de agradabilidade e afeto, ou mesmo de assunção de responsabilidades, não seriam razões suficientes à legitimação de um estado de filiação.

Em 2011, o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou a Apelação, Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286[262], e reconheceu em caso específico a multiparentalidade. Importa analisar o caso em si, que não obstante venha sendo citado como um inevitável caso de multiparentalidade, o que se reconheceu, em verdade, foi a chamada posse de estado de filiação, em razão da convivência continua e duradoura da esposa do pai (que era viúvo), com o seu enteado. A notícia circulou como reconhecimento de multiparentalidade na família recomposta, contudo, o fato é que foi reconhecida a posse de estado de filiação socioafetiva com relação à madrasta, porém, em respeito à memória da mãe biológica falecida três dias após o parto, foi mantido o seu nome no registro da criança. A multiparentalidade, no caso, foi tão somente registral, sem, portanto, o exercício de uma dupla maternidade. De fato, o exercício da parentalidade no presente caso é binário, com relação ao pai biológico e a mãe socioafetiva. A manutenção do nome em respeito à memória da falecida pode vir a ser visto de forma análoga à possibilidade do enteado vir a agregar ao seu nome o sobrenome do padrasto, sem que isso altere o estado de filiação ou mesmo vem a gerar uma multiparentalidade.

É importante então refletir se a multiparentalidade vem sendo raciocinada em seu exercício. Estamos falando de convivência familiar, de responsabilidades parentais, mas não necessariamente de fatores que justifiquem a mudança do estado de filiação

A decisão acima foi confirmada em uma Ação Declaratória de Maternidade Socioafetiva c/c Retificação de Assento de Nascimento, promovida pela madrasta em relação ao seu enteado. Não obstante a possibilidade da adoção unilateral por parte da autora, tal instituto remeteria necessariamente ao rompimento dos vínculos jurídicos com a família de origem materna, conforme expressa disposição legal. Como já mencionado, o caso aponta para a hipótese da posse de estado de filiação, já que a convivência e criação do menor foram estabelecidas pela madrasta e, portanto, de competência das Varas de Família e Registro Civil e não da Vara da Infância e Juventude.

---

[262] TJSP. EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido, http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao -apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735, acesso em 23 de janeiro de 2015.

As saídas encontradas pela doutrina e pela jurisprudência para a defesa da multiparentalidade nestes casos parecem querer substituir a função da antiga Adoção Simples, que transferia ao adotante o exercício do Poder Familiar, sem desvincular o parentesco de origem, tanto no que diz respeito ao registro civil, como no que diz respeito aos direitos de alimentos e sucessório.

Aliás, essa é a experiência da legislação argentina acima mencionada. A lei civil argentina, proíbe expressamente mais de dois vínculos parentais simultâneos de filiação, mas admite a adoção simples e deveres patrimoniais entre parentes por afinidade. Nesse caso, entendemos que a legislação brasileira avançou com a eliminação da adoção simples.

Por fim, em uma pequena amostra colhida no Superior Tribunal de Justiça, é curioso se verificar toda essa cultura no entorno da família recomposta, como se esta fosse sempre voltada do que a família de origem, ainda mantida. Na busca do debate no Tribunal Superior sobre o tema que envolve as pessoas que se encontram ligadas pela afinidade do parentesco, dos 87 acórdãos localizados sob o argumento de "padrasto e madrasta", apenas dois são de natureza cível e familiar e nenhum destes refere-se à multiparentalidade. Os 85 restantes são decisões de natureza penal, relativas à violação de direito fundamental da criança e adolescente pelo padrasto ou madrasta (lesão corporal, infanticídio, estupro).

A ótica da afetividade presumida entre padrastos e enteados, sem querer que isso importe em um julgamento moral e racista, pode estar afeta a determinada camada social econômica, e isso exigiria um estudo sociológico mais aprofundado. Em sendo assim, não reside essa ótica um consenso da sociedade, levando-se em consideração essa amostra.

É preciso atentar ainda pelo aumento de conflitos judiciais que envolvem a temática da alienação parental. Se formos ter uma preocupação realmente científica a respeito e não apenas subjetiva, o fato é que padrastos e madrastas que se afeiçoam permanentemente aos seus enteados, tentam, consciente ou inconscientemente, um tratamento que lhe corrobore verdadeira paternidade ou maternidade, como se o vínculo de afinidade não lhe fosse suficiente para a expressão de seu afeto. Isso termina refletindo na relação paterno ou materno/filial, que se enfraquece diante da "conquista" de espaço do padrasto/madrasta, sem que, contudo, haja uma real justificativa para isso, que não uma mera concorrência pela "posse" e atenção da criança. Não são poucos os conflitos judiciais que encolvem a convivência familiar

dos filhos menores com os pais que não estejam diretamente ligados aos efeitos da e familiar de um deles.

Isso se dá na mesma proporção de aumento de percentual de casamentos de pessoas que já são divorciadas ou viúvas.

As Estatísticas do Registro Civil do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística revelam que os casamentos entre cônjuges masculino e feminino solteiros permaneceram como majoritários em relação aos outros estados civis, entretanto, essa tendência vem diminuindo gradualmente com o passar dos anos. Entre 2004 e 2014, verificou-se uma redução de 9,9 pontos percentuais nesse indicador. Em paralelo, houve crescimento da proporção de recasamentos (quando pelo menos um dos cônjuges tinha o estado civil divorciado ou viúvo), que alcançaram 23,6% do total das uniões formalizadas em 2014, contrastando com as proporções de 13% observadas, respectivamente, em 2004 e 2009.

Ressalta-se que o crescimento do número de recasamentos ocorridos na última década é um dos fatores que têm impulsionado a elevação das taxas de nupcialidade legal, concomitantemente também atrelados ao aumento da idade média de homens e mulheres na data do casamento. Tais fatores, além disso, expressam com mais intensidade as alterações nos padrões de nupcialidade e na formação dos arranjos familiares que se formalizaram no período.[263]

Isso indica que o percentual de formação familiar para solteiros, presumidamente sem formação conjugal anterior, ainda é muito maior. Precisamente, no ano de 2014, 76,4% são de solteiros, 5,1% são de divorciados, 6,1% de solteiros com divorciados, 9,6% de solteira com divorciado, ficando 2,8% entre outras classificações não identificáveis, mas comparando com o ano de 2004, desde quando o estudo começou a ser feito, houve uma diminuição do percentual de pessoas solteiras, de 86,3% para 76,4% e consequentemente o aumento de recasamentos por pessoas divorciadas.

Importante destacar também o índice de taxas de divórcios e de guarda definida, pois estes indicaram muito mais a presença de padrastos do que de madrastas na hipótese de recasamento.

Há ainda, segundo o IBGE[264], a prevalência da hegemonia das mulheres na responsabilidade pela guarda dos filhos menores de idade a partir do divórcio. No

---

[263] IBGE. **Estatísticas do registro civil. Estat. Reg. civ**., Rio de Janeiro, v. 41, p.1- 82, 2014, p. 46.
[264] IBGE. **Estatísticas do registro civil. Estat. Reg**. civ., Rio de Janeiro, v. 41, p.1- 82, 2014, p. 57.

período analisado, essa predominância passou de 78,9%, em 1984, para 85,1%, em 2014. A preponderância das mulheres na guarda dos filhos menores é uma situação observada em todas as Unidades da Federação.

A guarda compartilhada ainda é uma situação pouco observada no País, porém crescente, visto que a proporção de divórcios que tiveram este desfecho no que diz respeito à guarda dos filhos menores, em 2014, foi 7,5%.

É dessa amostra que estamos retirando as preocupações com os efeitos que se querem emprestar às denominadas famílias recompostas.

4.4.2. A adoção "poliafetiva"

A adoção é ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado, relação fictícia de paternidade/maternidade e filiação.

Não é demais relembrar as origens da adoção e influências no direito brasileiro para demonstrar a mudança de perspectiva do instituto e justificar a nossa crítica à realidade social.

A adoção enquanto filiação proveniente da não consanguinidade obteve prestígio no Direito Romano, uma vez que a paternidade baseou-se na religião do lar, pelo prolongamento do culto doméstico da família. Se o filho renunciasse ao culto, deixava de ser parente, ao passo que aquele que fosse trazido ao seio da família, aceitando o seu culto, passava a integrá-la.

Tal base religiosa simbolizava o poder conferido ao comandante da família e a sua capacidade de persuadir seus integrantes para a profissão da mesma fé.

Havia também a necessidade imperiosa de um herdeiro seguidor do culto, de forma que se a esposa chegasse à viuvez sem filhos, teria o dever de gerar um filho com um parente do marido, filho este que seria considerado de seu marido.[265]

A adoção propriamente dita veio da Lei das XII Tábuas, não se lhe exigindo a intervenção do povo ou dos pontífices, fazendo-se pela simples autoridade do magistrado e as suas formalidades principais consistia na transferência do pátrio poder.[266]

---

[265] AGUIAR, Mónica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de janeiro: Forense, 2005, p. 3.

[266] PONTES DE MIRANDA, Francisco . **Tratado de direito de família**. Volume III, Parentesco. São Paulo: MAX LIMONAD, 1947, p. 178.

O caráter fictício da adoção acentuou-se, quando da formulação pelo direito de certas condições necessárias à sua validade, como a diferença de idade entre adotante e adotado, a necessidade de que os adotantes não tivessem filhos, e o impedimento de castrados virem a adotar.

As Ordenações Filipinas, por sua vez, não regularam o instituto adequadamente, ficando a adoção sujeita à regulação estrangeira do Direito Romano, caindo em desuso no direito pátrio.

O instituto inaugurou novas fases a partir do Código Civil de 1916, que cercou-a de muitas condições a serem seguidas, com consequências rigorosas tais como : ter o adotante mais de cinquenta anos que não tivessem prole legítima ou legitimada; haver a diferença de idade de 18 anos entre os sujeitos da relação; apenas o casal poderia adotar. Os requisitos eram exigidos sob pena de nulidade, e mesmo na hipótese de a adoção haver se concretizado, se houvesse prova que no momento da adoção já havia a concepção de um filho legítimo, aquela seria nula.[267]

Interessante é verificar que o seu efeito apenas se operava entre o adotante e o adotado, não se estendendo aos parentes um do outro. Além disso, gerava a possibilidade de direito a alimentos e sucessório, sendo este último ressalvado à metade do que coubesse ao filho legítimo superveniente à adoção. Assim, mantinha-se de alguma forma o parentesco com os pais de origem, na medida em que, o artigo 1609 do referido diploma legal previa que na hipótese de falecimento do filho adotado, sem que houvesse descendente, o adotante só viria a herdar na ausência dos pais de origem.

A intervenção do Estado no contexto liberal era mínima. Ficava, portanto, à autonomia das partes a constituição da adoção, assim como a sua desconstituição.

Até o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, havia no Brasil dois sistemas definidos para a adoção, com previsão de jurisdições competentes distintas: a adoção simples ainda prevista no Código Civil de 1916 e a adoção plena posteriormente corroborada pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispunha então sobre os requisitos da adoção de menores, cujo processo judicial seria de competência da Vara da Infância e Juventude, enquanto a legislação civil então vigente desde 1916, ainda

---

[267] PONTES DE MIRANDA, Francisco . **Tratado de direito de família**. Volume III, Parentesco. São Paulo: MAX LIMONAD, 1947, p.181.

admitia a adoção simples, por meio de escritura pública revogável, que estaria autorizada para os maiores, porém já de rara utilização.

No Brasil, a adoção plena, que estendia os laços do adotado aos familiares do adotante, apenas veio a se concretizar por meio da lei 4655/1965 – lei de legitimação adotiva, que foi posteriormente consolidada pelo princípio de Igualdade total na filiação, pela constituinte de 1988.[268]

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, inaugura nova fase de tais preceitos, estabelecendo a igualdade na filiação e a proibição de designações discriminatórias. Além disso, preceitua a adoção como plena em se tratando de criança e adolescente, apagando o parentesco de origem no momento da adoção em caráter irrevogável.

Essa mudança de perspectiva fortalece, no Brasil, o vínculo de filiação socioafetiva, abolindo-se, legalmente, a ideia de busca da verdade real para a prova da filiação e, portanto, a origem biológica como caráter exclusivo para o estabelecimento do estado de filiação.

A esse respeito, registre-se a opinião de Paulo Lôbo[269], no sentido de que essa condição de filho, jamais poderá ser impugnada pelo pai ou mãe que o adotaram, e nem o filho poderá impugnar a nova paternidadade ou maternidade, pela inaplicabilidade do disposto no artigo 1614 do CCB/2002.

O Estatuto da Criança e Adolescente – lei 8969/90, passou a regulamentar os critérios formais para a adoção plena, e a partir dele implementou-se uma rede cadastral para controle de menores que estivessem sujeitos a serem adotados, por encontrarem-se em situação de risco, mesmo no bojo do seio familiar, assim como dos pretendentes à adoção, submetendo-os, pontualmente, a serem avaliados por equipe do Estado enquanto aptos para a adoção.

Passa o Estado a intervir diretamente no atendimento do interesse da criança e do adolescente, na medida em que judicializa a matéria, a fim de garantir que o novo propósito seja cumprido, qual seja, não mais os interesses dos adotantes no passado, mas sim o interesse das crianças que foram recolhidas em abrigo, e foram cadastradas para serem adotadas pela real impossibilidade de manterem-se em sua família de origem.

Assim, de "dar filhos a quem não pôde tê-los" a "dar família a quem não pôde tê-las", foi a substancial mudança de foco do instituto.

---

[268] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251.

Ao lado desse novo propósito, criou-se uma verdadeira política de incentivo à adoção, pelo grande percentual de crianças e adolescentes dependentes do Estado para a sua criação e sustento. Programas de apadrinhamento/amadrinhamento, e o favorecimento ao reconhecimento voluntário pelo pai, foram criados como mecanismos de busca a proteção integral do menor junto à sociedade.

Essa nova ordem também adveio de uma pressão mundial nessa rede de proteção, refletida nas diversas Convenções em que o Brasil é signatário, e que foi aqui promulgada, como a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção Interamericana sobre Conflito de leis em Matéria de Adoção Internacional (1984) e a Convenção relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993).

Apenas com o Código Civil de 2002, a adoção plena foi instituída em qualquer circunstância e também para maiores, revogando o Código Civil de 1916 no que se refere à adoção simples. A partir de então, toda adoção é plena, irrevogável, e rompe, definitivamente com os lações da família de origem, salvo para fins de impedimentos matrimoniais.

O CCB/2002, em revogação do CCB/1916, passou a exigir o processo judicial na adoção também para pessoas maiores, de competência das Varas de Família e Registro Civil, mantendo a ideia de intervenção para a aprovação e supervisão do Estado. Isso corrobora o entendimento de que para a mudança do *status filiae* na socioafetividade, não basta a declaração, mas a sua qualificação.

Assim, houve lenta e paulatina migração do modelo simples ao modelo pleno da adoção.

Premido por uma ordem mundial de proteção à criança e adolescente, o Brasil anunciou em sua Constituição Federal de 1988, uma nova política cujo interesse maior a ser protegido seria o do adotado.

Para Paulo Lôbo[270], após a Constitituição Federal de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio de filiação que é única, e que a ordem jurídica brasileira constitucional optou pela família socioafetiva. O autor reconhece a natureza cultural da filiação e não natural e define a adoção como ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos.

---

[270] LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 249.
[269] LOBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 248

A doutrina de proteção integral da criança e do adolescente garante a este a intervenção protetiva do Estado, para o alcance e concretização de seus direitos fundamentais.

Contudo, e até para justificar o nosso ponto de vista em matéria da autonomia parental na adoção, consideramos que a adoção desenvolveu-se no Brasil não em razão de uma opção política do Estado, mas sim como política de atendimento a uma necessidade social, decorrente de uma série de fatores e vicissitudes que não puderam ser resolvidos sob a responsabilidade exclusiva do Estado em sua administração.

Assim, reconhecemos no instituto da adoção, duas faces: uma de interesse público e outro de interesse privado, embora ambos os interesses reclamem uma ordem pública por destinarem-se à proteção do menor.

Em que pese a força do instituto na configuração da filiação socioafetiva, promovendo muito mais a visualização do caráter privado, a verdade é que o instituto vige aqui no Brasil, primordialmente, em razão de haver crianças e adolescentes em situação de risco no território nacional.

A adoção surge também como estratégia do Estado Brasileiro, que visa minimizar os efeitos das desigualdades sociais decorrentes de um desenvolvimento socioeconômico precário.

A taxa de mortalidade infantil, por exemplo, é um indicador clássico que reflete, de maneira geral, as condições de desenvolvimento socioeconômico e infraestrutura ambiental, assim como o acesso e a qualidade dos recursos disponíveis para atenção à saúde materna e da população infantil.

Apesar do IBGE, nesse indicador, haver identificado no último PNAD de 2014, uma diminuição na taxa de mortalidade infantil com relação ao levantamento feito no ano de 2000, de 29 para 15 mortes a cada 1000 nascidos vivos, correspondente a uma queda de 48,2%, o Brasil ainda detém um alto índice de crianças abandonadas ou consideradas em situação de risco em sua família de origem, portanto sujeitas à adoção.[271]

---

[271] IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao /livros/liv91983.pdf, acesso em 24 de janeiro de 2016.

De um sistema híbrido que previa a adoção simples e a adoção plena, o Brasil passou a ter um sistema único, apenas com a previsão da adoção plena, estabelecendo as condições formais e materiais necessárias.

A ideia de priorizar a manutenção da criança ou adolescente em família de origem, estabelecendo-se o caráter excepcional da adoção, surgiu apenas com a lei 12010 de 2009, como forma de inibir o costume da negociação entre particulares (adoção à brasileira) e garantir o desenvolvimento da personalidade do indivíduo em caráter permanente no seio de uma família "substituta".

A esse respeito, vale uma análise inicial sobre os efeitos que a última lei de adoção, de nº 12.010 de 2009 causou, principalmente na ótica dos teóricos da prevalência da socioafetividade, em tese. A referida legislação inovou, principalmente ao realocar o instituto a um papel subsidiário e excepcional para a criança e o adolescente, que prioritariamente deve permanecer na sua família de origem, ainda que a família extensa.

A lei foi vista com maus olhos, na medida em que os novos rigores poderiam e podem não priorizar, verdadeiramente, o melhor interesse da criança. Contudo, vemos de forma compreensível a mudança da perspectica legislativa, se quisermos um dia nos inserir enquanto um país que não detém estatísticas de crianças em situação de risco. Essa nova perspectiva parece-nos muito mais um ideal a ser trabalhado de valorização da parentalidade responsável na família de origem e não um desvirtuamento da filiação socioafetiva pela adoção. O grande problema recai em sua efetividade, já que o modelo legal requer uma estrutura que o Estado não detém.

Mas não obstante o propósito legal, tais rigores podem, ao contrário do que pretendeu, conduzir a uma conduta de busca de facilitação para trazer para si um filho de outrem. Há uma forte cultura em nosso território, de uma negociação entre particulares de crianças recém-nascidas ou por vir. Isso porque a preferência do adotante brasileiro é sobre recém-nascidos e a demora na operacionalização do cadastro retarda quando não impossibilita essa preferência. A referida prática de adoção à brasileira, não obstante sua tipicidade vem obtendo valoração na teoria da filiação socioafetiva.

O fator ou condição em que se encontra a criança que está sujeita a adoção, é o que define o nosso sistema como irrevogável. Situações de total orfandade, ausência e destituição do poder familiar, definem a ficção da adoção prevendo o rompimento dos laços civis do parentesco com a família de origem, salvo os relativos aos impedimentos matrimoniais.

Visa assim o instituto, primordialmente, a garantia de uma família para a criança e adolescente em situação de risco, e não a garantia do desenvolvimento de um projeto parental aos adultos adotantes interessados. Há, portanto, no sentido da lei, um pacto entre o Estado e a sociedade (o particular) no que se refere à criança e adolescente, cada qual buscando o seu objetivo, diante da responsabilidade solidária instituída na Constituição Federal.

O caráter público da adoção foi extremamente ressaltado na última modificação substancial em 2009, com a lei 12010, onde se estabeleceu a excepcionalidade do instituto, devendo-se tentar manter o menor em sua família natural ou ampliada antes de sua possível condução ao cadastro dos adotandos.

Por essa razão, o nosso sistema passou a ser mais rigoroso em não admitir a denominada adoção *intuito personae*, não ficando a cargo do adotante a escolha de quem pretende adotar e a forma de estabelecimento dessa filiação, enquanto existirem os parâmetros de ordem pública referentes à criança e ao adolescente.

Este foi um ponto extremamente sensível na modificação da lei, exatamente porque se direciona a inibir uma conduta e condição que se estabelece em larga escala em nossa rotina e ao mesmo tempo contraria a doutrina que defende a filiação socioafetiva enquanto gênero.

A adoção *intuito personae* se caracteriza por uma maior autonomia dos pais de origem na escolha dos adotantes e na entrega de seu filho em adoção. Seria uma adoção consensual e que de fato se enraizou em nosso comportamento. Sobre ela faremos especial referência no sub-ítem 4.4.2.1, refletindo também sobre a realidade da entrega do filho em adoção.

A lei 12.010 de 2009, portanto tonificou a família natural, conferindo-lhe preferência quanto à manutenção da criança em seu seio e excepcionou a adoção, como última forma de colocação em família substituta, esgotados os outros meios.

Um outro fator importante da lei, foi a ampliação do conceito de família de origem, para além do núcleo parental, inclusive, para manter o menor em seu ambiente sob a responsabilidade de pessoas com as quais mantenha afinidade. O conceito de família extensa conforma, legalmente, uma realidade de Brasileiros que, embora não sejam pais, exercem essa função com relação a outros parentes. A funcionalização da paternidade foi mais valorada.

Há, no entanto, um fomento à visão privatista, principalmente reinante na confusão de posturas judiciais que estabelecem a possibilidade da multiparentalidade por meio da chamada ”Adoção Poliafetiva”, encontrada em nossa jurisprudência, não obstante a lei seja clara no sentido de rompimentos dos vínculos civis de parentesco com a família de origem.

A adoção denominada “poliafetiva” também não existe em nosso sistema jurídico brasileiro. Trata-se da busca da conformação de uma “multiparentalidade”, por via da adoção, não obstante flagrante descumprimento de preceito legal quanto à quebra dos vínculos parentais de origem. A decisão é definitivamente *contra legem*, não havendo que se ponderar princípios em questão, dada a incidência direta pelo Princípio da legalidade.

As decisões admitem-na, mantendo no registro civil o nome de um dos genitores, sob o fundamento de manutenção da convivência familiar com o mesmo. Ou seja, o instituto passa a ser manejado no interesse dos adotantes.

Dentre as fundamentações principiológicas, registre-se a passagem da decisão de primeira instância emitida pela segunda Vara da Infância e Juventude da Cidade do Recife/PE, no ano de 2013[272]:

> (...)
> Atualmente, além do casamento civil, há inúmeras modalidades de entidades familiares constituídas, a exemplo da União Estável, da família anaparental e da família monoparental. Os Tribunais entendem que a Constituição faz referência à entidade familiar de maneira meramente exemplificativa, não havendo limites legais para o que pode ser chamado de entidades familiares. Se não há vedação na Constituição Federal ou qualquer diploma legalmente instituído em nosso sistema, poeticamente falando, o céu é o limite, uma vez que o fator máxime para a existência de uma entidade familiar é a afetividade entre os membros que a compõe. O Direito de Família tem sido sabiamente conduzido através das relações de afetividade que nascem a partir das relações humanas. É a afetividade a principal responsável pela constituição da família, seja ela, de qual natureza for. Jones Figueiredo Alves, Desembargador Decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em seu preciosíssimo artigo “A Família no Contexto da Globalização e a Socioafetividade como seu valor jurídico fundamental”, afirma[1]: *“A afetividade tem conduzido o direito de família à sua maior dimensão existencial, axiologicamente hierarquizada como valor jurídico, e cuja concretude tem se prestado a demonstrá-la como função essencial da nova família, a família contemporânea”.*
> *(...)*
> Ante tais fundamentações, com arrimo nos art. 227, parágrafos 5º e 6º da Constituição Federal, c/c artigos 269, I, do Código de Processo Civil e nos artigos 19, 28, 39 e seguintes, em especial o artigo 45, *caput* e § 1º, 50, § 13, Inciso I, todos da Lei nº 8.069/90, e artigo 1.621, *caput*, do Código Civil Brasileiro, e, utilizando todos os Princípios Fundamentais que

[272] TJPE. **2ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Recife/PE**. http://tj-pe.jusbrasil.com.br/noticias/100355681/vara-da-infancia -concede-guarda-de-crianca-em-caso-de-adocao-poliafetiva, acesso em 15 de novembro de 2015.

> norteiam este Juízo, JULGO PROCEDENTE o pedido de Adoção da criança em favor da Requerente, deixando, contudo, de extinguir o poder familiar da genitora biológica. Nesse sentido, ambas devem constar no Registro Civil de Nascimento do infante como genitoras do mesmo. DETERMINO a Guarda Compartilhada da criança, conseqüência de quem detém a guarda natural, devendo as partes manter o "modus operandi" de costume, atendendo sempre ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, com objetivo de garantir à mesma, o direito a convivência familiar. DETERMINO a retificação do Registro de Nascimento da criança em tela no Cartório de Afogados, devendo-se expedir Mandado de Retificação de Registro de Nascimento, sendo observado que o adotando passará a usar o nome de YYYYYYYYYYYYYYYY, além disso, deverá constar no mesmo registro, o nome da adotante e seus ascendentes, da genitora biológica e seus ascendentes, e do genitor biológico e seus ascendentes, não se opondo qualquer observação sobre a natureza do ato. Remeta-se ao NAEF, para fins de controle estatístico**.** Sem custas. P.R.I., em segredo de Justiça.

Aqui não ingressaremos no cerne que vem sendo discutido sobre a defesa de legitimidade das denominadas "uniões poliafetivas", que configurariam-se na possibilidade de constituição familiar "conjugal" entre mais de duas pessoas, contrariando os defensores da Monogamia enquanto princípio em nosso ordenamento. Contudo, esse argumento também vem favorecendo, por sua vez os argumentos de legitimação da filiação poliafetiva, seja por meio da adoção, seja por meio da declaração socioafetiva perante o oficial de registro.

Nesse particular, é muito importante que distingamos as ideologias de convivência existencial, daquela que pode ser apreendida pelo direito para fins de proteção e de se assegurar os efeitos jurídicos pretendidos.

De sorte, não é papel do direito ingressar no âmago das pessoas, para refletir as razões que as levam a buscar a sua felicidade existencial nas mais variadas formas de relacionamento, salvo se a busca dessa felicidade importar em grave violação de direito fundamental alheio. E justamente por não ser o papel do direito, este não pode impedir que os relacionamentos se constituam de fato, dentro do propósito dos pretendentes, mas poderá estender ou não o seu manto protetor, quando acionado, o Estado se vir diante de um conflito entre as partes, que reclame solução jurídica para o caso.

Atos administrativos das mais variadas ordens também têm sido praticados, tomando-se por base a interpretação de preceitos Constitucionais em seu sentido mais amplo. No que se refere à socioafetividade, registre-se o Provimento nº 9/2013, da

Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco[273], que autoriza o oficial de Registro das Pessoas naturais, a acatar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva, exigindo-se para tanto apenas a anuência da mãe.

Sabemos que não podemos falar de força de lei nesse caso, bem como sabemos que a autorização ao Oficial não o obriga à prática, senão se o ato estiver respaldado pela Lei de Registros Públicos nº 6015/1973, que dispõe em seu artigo 29 sobre o registro das pessoas naturais que serão registrados no registro civil das pessoas naturais, os nascimentos, os casamentos, os óbitos, as emancipações, as interdições, as sentenças declaratórias de ausência, as opções de nacionalidade, as sentenças que deferirem a legitimação adotiva.[274]

O § 1º, alínea "d" do referido artigo, autoriza a averbação de atos judiciais ou extrajudiciais do reconhecimento de filhos ilegítimos, mas refere-se a declarações voluntárias de paternidade, que decorrem do reconhecimento do vínculo genético, não abonando a falsidade que poderá advir de tal declaração.

Há por trás da própria previsão legal e do provimento, há uma presunção de boa-fé que não poderia deixar de haver, mas não exonera o ato registral de anulabilidade, provada a sua falsidade, máxime se a declaração foi feita com outros propósitos indiretos e patrimonialmente vantajosos.

Por outro lado, é bem verdade que o reconhecimento voluntário paterno perante o oficial de registro, não exige deste a prova do DNA para assim proceder com a averbação, mas exonera o registro de possível invalidade.

O Provimento, portanto, quis emprestar à declaração de filiação socioafetiva, uma "verdade jurídica", mas em assim sendo, como conformar o disposto com a tipificação criminal da "Adoção à brasileira" e no que tal declaração "autorizada" se distinguiria desta?

---

[273] TJPE. Corregedoria geral de justiça. **Provimento 09/2013.** http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1101058/Provimento+09-2013.pdf/652c2554-6813-499c-8ce6-38715ad917e7?version=1.0, acesso em 24 de janeiro de 2016.

[274] BRASIL. Lei de Registros Públicos nº 6015/73. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm, acesso em 24 de janeiro de 2016. Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: I - os nascimentos; II - os casamentos; III - os óbitos; IV - as emancipações; V - as interdições; VI - as sentenças declaratórias de ausência; VII - as opções de nacionalidade; VIII - as sentenças que deferirem a legitimação adotiva. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm, acesso em 15 de novembro de 2015.

É bem verdade que sendo apenas um Provimento, como dito alhures, autoriza, mas não pode obrigar o oficial de registro a uma interpretação criativa de preceito legal, assim como não altera este.

As dimensões que vêm sendo trabalhadas no critério socioafetivo são as mais variadas possíveis.

A elaboração, pela jurisprudência, de conteúdos variados ao que se denomina de "melhor interesse da criança" e "núcleo familiar estável" também gera incertezas, máxime quando a própria lei restringe, literalmente o seu sentido, como na hipótese de adoção conjunta, permitida apenas entre pessoas que mantenham entre si vínculo de casados ou de união estável. A decisão do Superior Tribunal de Justiça[275] também

[275] STJ. EMENTA. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMILIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. **Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.** O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. **Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.** O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, **a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido.** (STJ. Terceira Turma. Relatora. Min. Nancy Andrughi, julgado em 19 de junho de 2012) REsp 1217415 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0184476-0, http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896, acesso em 17 /01/2016.

emitida pela Terceira Turma (Relatora. Min. Nancy Andrighi), em 19 de junho de 2012) REsp 1217415 / RS RECURSO ESPECIAL 2010/0184476, se afasta inteiramente de tais limites, conferindo conteúdo próprio aos institutos, ao admitir a possibilidade de uma adoção conjunta entre irmãos (família anaparental), e ainda, quando um deles já havia falecido, antes mesmo do início do procedimento judicial. Observe-se que a decisão decorre de ação de anulação da adoção *post mortem* promovida pela União, a fim de cessar a legitimidade do menor, enquanto dependente do falecido, para recebimento de benefício previdenciário. A decisão demonstra ainda, uma espécie de adesão a uma cláusula geral de família que deve ser raciocinada como *locus* de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, abolindo a forma em que a categoria foi definida em lei. O exercício hermenêutico empreendido, de primazia da realidade apresenta conteúdo incerto e abre precedente duvidoso que compromete o sistema jurídico e sua unidade.

Na verdade, ao contrário do que parece ter pretendido a decisão, qualquer caráter de finalidade patrimonial deve ser afastado para o reconhecimento de uma filiação registral/socioafetiva ou não baseada no critério biológico.

Nas entrelinhas da decisão parece claro que o propósito da adoção engendrada foi sim o de gerar a legitimidade do menor como beneficiário da pensão por morte.

A decisão também traz polêmica com relação ao critério *post mortem* adotado. A adoção *post mortem* por expressa disposição de lei, só poder ir a termo se a inequívoca manifestação da vontade do adotante falecido tiver sido expressa no curso do procedimento. Assim, antes de iniciado o procedimento não há que se falar de adoção *post mortem*.

Mais uma vez ressalte-se que a morte sem o início do procedimento impede a adoção, mas não a possibilidade do reconhecimento de filiação socioafetiva pela posse do estado de filiação.

A distinção entre os dois critérios socioafetivos (adoção e posse de estado de filiação) é de natureza formal, devido à finalidade do instituto da Adoção no Estado Brasileiro.

Se o que se pretende é adotar alguém como filho, os requisitos estabelecidos a essa espécie de filiação socioafetiva devem ser seguidos. Contudo, não estando a socioafetividade restrita ao instituto da adoção, ela também poderá ser perquirida com base na posse de estado de filiação, nas Varas de Família. Ainda assim, com relação ao caso específico de ação proposta por irmãos, haveria indagações sobre a chancela do direito a uma filiação “incestuosa” aos olhos da sociedade. Mas como

não pode haver discriminação com base na origem da filiação, estaria a filiação "incestuosa" também protegida.

Dessa forma, em uma única decisão do Superior Tribunal de Justiça foram contrariados os dispositivos dos artigos 41, §§ 2º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.[276]

O argumento utilizado pela Ministra Relatora foi o de ampliação do conceito de família, a existência de vínculos subjetivos dessa natureza entre as partes, e o melhor interesse da criança. Além disso, afirmou a douta magistrada que os argumentos a serem utilizados na adoção *post mortem*, seriam os mesmos argumentos a serem utilizados na ação de posse de estado de filiação, no que discordamos com base nos elementos acima expostos.

A simples prova da convivência, de existência de vínculos de afinidade, sem a prova de ausência da convivência no vínculo registral vigente, por si só também não seria suficiente para a invocação da tese cumulativa da socioafetividade pela multiparentalidade. Nesse aspecto, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70045753456, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 22/05/2013[277]. A decisão negou a paternidade e maternidade socioafetiva cumulada com petição de herança, uma vez que a autora, não apenas possuía pais registrais como com eles havia convivido como tal, cuidando de afastar a busca da filiação socioafetiva como meio de auferir vantagem patrimonial.

---

[276] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm, acesso em 24 de janeiro de 2016.
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**.
§ 2o **Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável**, comprovada a estabilidade da família.
§ 6o A adoção poderá ser deferida ao adotante que, **após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento,** antes de prolatada a sentença.

[277] TJRS.EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PARENTAL. CARÁTER PATRIMONIAL. PROVA. 1. Se a autora possui pai e mãe biológicos que a registraram como filha, **o pedido de declaração de filiação socioafetiva é juridicamente impossível, pois quem já possui pai e mãe não pode buscar o reconhecimento simultâneo de outra paternidade e maternidade, salvo de buscar concomitantemente a desconstituição da paternidade registral.** 2. Como nada foi alegado contra a paternidade registral e como o investigado não é pai biológico da autora, sua pretensão é juridicamente impossível. 3. Se o de cujus pretendesse reconhecer a recorrente como filha, certamente teria promovido a sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, mas nada foi feito. 4. Inexistente a relação jurídica de filiação, inexiste título jurídico capaz de albergar qualquer direito sucessório, pois não existe nem mesmo testamento. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045753456, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 22/05/2013),

A decisão ressalta o caráter binário da filiação e a necessidade de que em um processo desconstitutivo ou constitutivo de estado de filiação, importe sempre no cancelamento do registro anterior, rejeitando a facilidade da multiparentalidade.

4.4.3. A filiação "contratada"

Aqui denominamos de filiação "contratada" é a filiação buscada, por meio das técnicas de reprodução assistida. Não há registro nas recomendações éticas já abordadas, quanto à possibilidade de projeção ou não da multiparentalidade *ab initio*, ou na esfera das cláusulas contratuais. Contudo na previsão da cessão de útero, por exemplo, a ser buscada pelo casal homoafetivo ou heteroafetivo, há disposições que esclarecem ser a gestante apenas a "portadora" da criança gerada com material genético que não lhe pertence, deixando claro que a participação na gestação é de meio e não de finalidade de projeto parental próprio.

Fôssemos considerar o estrito cumprimento legal, a gestante seria a mãe, juntamente com o dono do material genético fecundante do óvulo (sêmen) ou do marido, podendo posteriormente vir a criança a ser adotada unilateralmente pelo outro dos cônjuges. Ainda assim, verificaríamos a necessidade de quebra do registro parental originário com a mãe, para se conferir apenas ao casal a paternidade/maternidade.

Aqui não se trata de um mero exercício de subsunção da regra jurídica infraconstitucional, mas também da reflexão quanto à dimensão do melhor interesse da criança, na extensão trabalhada no capítulo anterior, com base em sua evolução.

De certo, deixamos claro anteriormente que a vicissitude da biotecnologia em sede de reprodução humana assistida termina por elastecer as possibilidades das relações familiares, trazendo mais complexidade no elemento definidor ou fato gerador da filiação. Tudo dependerá da técnica de manipulação utilizada e da avença entre as partes contratantes, desde que esta avença não viole expressa disposição de lei.

Aqui o foco a ser identificado do fato gerador da filiação poderia migrar para a declaração de vontade das partes através de um contrato. Para tanto, este instrumento, inicialmente garantiria a não onerosidade da contratação, e estabeleceria direitos e obrigações, respeitados os limites éticos e jurídicos. Assim declaram as partes contratantes.

É possível que haja coincidência entre a declaração de vontade e o vínculo genético, por exemplo, quando o casal homoafetivo feminino, mediante a doação de sêmen anônimo, implanta óvulo de uma, no útero da outra, devidamente fertilizado. Aqui, gestante e dona do óvulo, terão vínculo biológico com a criança e o contrato 219 conformaria esse procedimento com a devida intervenção médica. Não há que se falar de paternidade do dador anônimo, que em nenhum momento declarou anuência em participar do projeto parental, mas tão somente na colaboração de projeto parental alheio.

A questão vem sendo judicializada para fins da busca de autorização de registro em nome da contratante ou contratantes que pretendem o exercício da maternidade, em procedimento de jurisdição voluntária.

A busca de autorização judicial para o registro também vem sendo utilizada, quando ocorre a cessão de útero. Como já mencionado, o vácuo legislativo não remete o contrato automaticamente para o campo da validade do direito. Na prática médica, recomenda-se que a gestante contratada não seja a dona do material genético fertilizado (doadora do óvulo), material este que deve ser proveniente da própria contratante ou de doadora anônima.

O acesso às técnicas é estimulado pela lei do planejamento familiar e são poucos os conflitos judiciais detectados com relação à matéria em pesquisa. Abaixo abordaremos duas decisões que demonstram ainda a falta de familiaridade dos intérpretes diante da nova realidade, e a prova da necessidade da intervenção Estatal para autorização do registro.

A lei de registro civil limita o oficial às hipóteses de maternidade ligada à gestação, devendo ser apresentado o documento da maternidade que comprove a gestação e o parto (declaração de nascido vivo- DNV). Nesse caso, o registro apenas poderá ser feito em nome de quem não é a gestante, mediante a autorização judicial, analisados os elementos pactuados pelas partes, entre os quais o consentimento esclarecido das partes com relação ao procedimento o atendimento mínimo ético de finalidade terapêutica da intervenção ou de incompatibilidade natural da reprodução (casal homoafetivo). Contudo, em nenhum momento se registra a análise das condições de validade do contrato, pela autoridade judicial o que demonstra o despreparo hermenêutico dos julgadores.

No Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013, o requerimento de registro foi protocolado por casal homoafetivo (duas mulheres), que buscaram a inseminação heteróloga ao seu projeto parental. O juiz de primeira instância determinou de ofício, a citação do laboratório responsável e do doador do sêmem, além de nomear curador especial à lide para a infante. Em segunda instância, por meio de Agravo, a decisão foi reconhecida como tumultuada, sob o argumento de que o projeto parental era do casal, e que o doador ao praticar a doação, obtinha garantia do sigilo de sua identidade, acautelando-se de possível parentesco não pretendido. De certo, a lógica do anonimato está em esclarecer, que não há aí, por parte do doador, qualquer intenção no projeto parental, não obstante o material biologicamente seja dele. A atuação judicial de ofício determinando a citação do mesmo foi incompreensível, assim como inútil, salvo se já intencionou garantir o direito de personalidade da criança com relação à sua origem genética. Ainda assim, sendo direito de personalidade é indisponível, cabendo unicamente à criança, futuramente, essa perquirição. [278]

---

[278] TJRS. **EMENTA:** Agravo de Instrumento.Pediso de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, qua concebeu o bebê por método de reprodução assistida heteróloga com utilização de gameta de doador anônimo. Decisão que ordenou a citação do laboratório responsável pela inseminação e do doador anônimo, bem como nomeou curador especial à infante. Desnecessário tumulto processual. Inexitência de lide ou pretensão resistida. Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que lhe concebeu. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2**. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados.** É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013), http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112732656/agravo-de-instrumento-ai-70052132370-rs/inteiro-teor-112732666, acesso em 17 de janeiro de 2016.

O argumento de que a doação anônima é uma garantia para quem doa, no sentido de não gerar responsabilidade é também perigoso. Se levado a termo absoluto no que diz respeito à ausência de intenção paternal, toda e qualquer filiação advinda, não obstante não pretendida, poderia importar na renunciabilidade quanto ao poder familiar do pai.

De certo, a utilização da técnica particulariza o evento da filiação e nesse sentido, somente se a filiação advier desse critério (reprodução assistida) é que o elemento intencional (não ser pai) será considerado. A filiação advinda de uma reprodução natural, que não se pretendeu (fortuita), não confere tais garantias ao dono do material genético. O que se pretendeu foi apenas a relação sexual, mas terminou advindo a gestação. A doação de sêmem, sem o elemento sexual, baseia-se em um exercício altruísta de colaboração com projeto parental que em razão de alguma circunstância (infertilidade ou incompatibilidade) não pôde se desenvolver naturalmente.

Acrescenta ainda o Desembargador Relator da decisão

> Desse modo, quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação. Sabendo que não seria anônima a doação, simplesmente passaria a não haver interessados em doar seus gametas, pois é corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada.

O mesmo considera ainda, que tendo em vista a obrigação do laboratório em manter junto ao seu banco de dados permanente a ser mantido por recomendação do Conselho Federal de Medicina, o direito da menor quanto ao direito de personalidade restará resguardado, não havendo conflito de interesse que recomende a sua representação por curador especial.

São poucas as decisões colegiadas que envolvem a matéria sobre a técnica de gestação subrrogada. No Brasil, não há registro do que poderia ser a maior polêmica na utilização da referida técnica, aqui considerados o eventual conflito positivo entre a mãe gestante e a mãe social, ou ainda pior, o eventual conflito negativo entre as mesmas.

A repercussão mundial da técnica de gestação subrrogada ocorreu nos EUA, com o caso *baby M*, decorrente de um conflito positivo entre a contratante e a contratada que, embora tenha se comprometido a entregar a criança logo após o parto e mediante paga, arrependeu-se e negou-se a tal, após realização de contrato. A

contratada teria tido uma depressão pós-parto, que foi agravada com a entrega da criança aos contratantes.[279]

Calmon[280] destaca três hipóteses mais ilustrativas:

> a) a maternidade de substituição que envolve o embrião resultante de óvulo e espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade; b) a maternidade de substituição que se relaciona ao óvulo e gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu copor, gratuitamente, para gestar o embrião e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo o sêmem utilizado na procriação o do marido, que juntamente com sua esposa, resolveu efetivar o projeto parental; c) a maternidade de substuição, que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que, por sua vez, não contribuiu com o material fecundante.

Conclui ainda o autor[281]:

> Ainda que se considere que a prática da maternidade de substituição deve ser proibida por força de pretender transformar a mulher em res, o que fere a dignidade da pessoa humana, não se pode perder de vista a possibilidade de, a despeito de vedada, a prática efetivamente ocorrer, o que ensejará o questionamento acerca da paternidade-filiação e maternidade-filiação. Nesse caso, a vontade inserida no projeto parental do casal, aliada à contribuição de outras pessoas – especialmente a mulher que vai gestar o embrião em quarenta semanas-, deverá servir como pressuposto que substitui a relação sexual.

Assim, para o nosso ordenamento a mãe a ser considerada é a gestante, mas o que aqui se propõe, dada a realidade social, é que seja no caso concreto, sobrevelevado o elemento intencional do projeto parental dos contratantes.

A nossa Constituição Federal em seu § 4º do artigo 199, veda qualquer tipo de comercialização para a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, o que inevitavelmente se aplica aos tratamentos de fertilidade que envolvem as técnicas de reprodução humana. A partir desse dispositivo, em se admitindo o acesso, a existência de onerosidade seria um passo para a invalidade do contrato.

---

[279] BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de janeiro:Renovar, 1992, p.88.
[280] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de janeiro: Renovar, 2003, p.746.
[281] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais,** Cit., 2003, p.746.

O argumento utilizado por muitos doutrinadores para admitir a validade do contrato, seria identificar o seu objeto como o "uso" ou "empréstimo" de útero alheio, que geraria uma obrigação de meio e não de fim. A interpretação nos parece inviável já que em nossa tipologia, não há como enquadrar a espécie. Tanto o contrato de empréstimo, como o contrato de depósito ou ainda a prestação de serviço, tem identificado como seu objeto uma coisa juridicamente considerada.

Conforme vimos no capítulo II da presente tese, a maioria dos países Europeus proíbem expressamente a técnica, por não poderem lhe atribuir validade, sem que isso incorra na possibilidade de coisificação do ser humano.

Oliveira Ascenção[282] entende que nem tudo o que é tecnicamente possível é eticamente admissível e em termos jurídicos, o autor não tem dúvidas de que mãe é apenas a biológica, sendo o contrato de gestação nulo, razão pela qual poderia a contratada defender-se judicialmente, na hipótese de suscitado o cumprimento contratual ou seu inadimplemento.

Caio Mário[283] adverte que uma das formas que exprimem o direito do indivíduo sobre o seu próprio corpo se revela no direito à integridade física, sendo tal direito um complemento do poder sobre si mesmo, mas que somente se exerce no limite da manutenção de sua integridade.

O simples fato da utilização se dar no próprio corpo da mulher, sem destaque do órgão, por si só, já seria motivo bastante para a inadmissão de qualquer tipo de negócio.

Assim, a ausência de lei específica, expressamente proibindo as técnicas de reprodução humana ou algumas delas, não implica em afirmar que estas sejam permitidas em nosso sistema, sem que sejam observados os contornos ou limites estabelecidos no sentido das normas jurídicas à exemplo da disposição contida no § 4º do art. 199 da CF/1988, acima mencionado.

Assim, em se admitindo a técnica aqui no Brasil, só haveria o caminho para a forma gratuita, que por sua vez, carrega as mesmas considerações no que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

---

[282] ASCENÇÃO, José de Oliveira. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade *In*: **Direito de família e das sucessões**. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (Coord.), São Paulo:Método, 2009, p.360.

[283] PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.48.

Em uma primeira leitura, chega-se a pensar que a presunção jurídica da certeza da maternidade pela gestante seria relativizada, na medida em que poderá caso a caso haver ponderações quanto ao elemento intencional do projeto parental, além do melhor interesse da criança. Contudo, há um elemento que precede a análise desse novo mérito, que poderia envolver uma definição diferente da maternidade,
sobre o conflito entre o *critério biológico vs o critério socioafetivo*, que é a análise formal e inafastável das condições de validade do contrato, considerando-se o seu objeto.

Não obstante a predominância do conceito clássico que enxerga um conteúdo patrimonial para o contrato, há que se reconhecer que, instando a realidade a respeito de contratação com finalidade existencial, faz-se necessário um conceito mais amplo e pós-moderno, que abrangeria tais situações.[284]

Para Paulo Nalin[285], o contrato constitui a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. Seria a eficácia externa da função social do contrato.

Quanto aos elementos essenciais, relembramos a escala Ponteana, que divide o negócio jurídico em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

No plano da existência, encontram-se os pressupostos fáticos (agente, vontade, objeto e forma). Não havendo qualquer desses elementos, estamos diante de um negócio jurídico inexistente.

No plano da validade, passamos a adjetivar esses elementos, a saber: o agente tem que ser capaz, a vontade tem que ser livre e o objeto deve ser lícito e possível, determinado ou determinável, além da forma que tem que ser prescrita e não defesa em lei (artigo 104 do CCB). Em não sendo observadas tais características, estaremos diante de um negócio jurídico nulo ou anulável.

No plano da eficácia, estamos diante dos elementos relacionados com suas consequências, nas hipóteses de suspensão, resolução, condição, termo, encargo entre outras.

Não é demais relembrar que os respectivos planos são subsidiários nessa

---

[284] OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Gestação subrrogada. A filiação contratada. **Revista Jurídica *IN-PACTUM*,** Universidade Católica de Pernambuco, ano I, Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranges, 2010, p. 140.

[285] NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Cutitiba: Juruá, 2005, p.255.

ordem. Assim, para ser válido precisa o negócio existir e para ser eficaz precisa ser válido.[286]

Com relação aos princípios ressalte-se mais uma vez a orientação de Paulo Lobo e sua classificação, enquanto individuais e sociais, lembrando que os individuais foram determinantes na orientação predominante do Estado Liberal, que converteu o contrato em instrumento por excelência da autonomia privada. Da mesma forma a liberdade individual e a propriedade privada.[287]

Entre os Princípios Individuais estariam a autonomia privada (autonomia da vontade ou liberdade contratual – de escolher o tipo contratual, o contratante e o conteúdo); a obrigatoriedade (*pacta sund servanda* ou intangibilidade – obrigatoriedade gerada pelas manifestações das vontades livres – o contrato faz lei entre as partes); e a relatividade subjetiva (eficácia relativa às partes contratantes).

Aqui a intervenção do Estado era mínima, o que foi se modificando com o advento do Estado Social. Além da dimensão política do Estado, entre 1934 a 1988, foram acrescentadas as dimensões econômica e social, com sua limitação, controle e tutela dos mais fracos.

Como Princípios Sociais, identificamos nesse novo contexto o Princípio da função social do contrato (determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem), o Princípio da Boa-fé objetiva (importa em conduta honesta, leal, correta e de comportamento), e o Princípio da equivalência material do contrato (busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres do contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização dos interesses.)

Assim, o que interessa não é mais a exigência cega do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.[288]

Insistimos, portanto, na tentativa de enquadramento do contrato de gestação subrrogada a tais preceitos, e no questionamento com relação a sua validade.

---

[286]TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v. 3, **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**, São Paulo: Métdo, p.43.

[287] LOBO, Paulo. Princípios contratuais *IN* **A teoria geral dos contratos e o novo código civil**/Coordenadores Paulo Luiz Netto Lobo, Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior. Recife:nossa livraria, 2003, p.10.

[288] LOBO, Paulo. Princípios contratuais *In* **A teoria geral dos contratos e o novo código civi**l/Coordenadores Paulo Luiz Netto Lobo, Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior. Recife:nossa livraria, 2003, p.10.

Não podemos afastar tal contrato também, enquanto uma relação de consumo, na medida em que a interveniência necessária de laboratórios e Clínicas médicas far-se-á presente, mediante uma prestação de serviços esclarecidos, sobre os quais se obtenha consentimento informado, e mediante o pagamento de um valor. Há em torno dessa característica, um outro cuidado, ressaltado por Luciana Brasileiro[289]:

> É necessária extrema atenção no fornecimento deste serviço, pois não é possível dissociá-lo da mercantilização. O que não se pode, todavia, é transformar em produtos, ou ao menos em expectativas de bem, os futuros bebês. Temem os defensores da bioética que a banalização do fornecimento do serviço e a desproteção legal acarretem em casos esdrúxulos, a exemplo de um casal contratante que se socorra do judiciário para reclamar uma criança que tenha nascido de um contrato de gravidez subrrogada e venha apresentar algum "defeito de fabricação".

No que diz respeito às pretensões que chegam ao nosso judiciário, repita-se não foram identificados conflitos positivos ou negativos com relação à maternidade, ponto de maior receio.

A via eleita para o registro de crianças advindas da gestação subrrogada vem, segundo entendimento de nossos Tribunais, por meio de jurisdição voluntária, com pedido de alvará para registro da criança em nome da contratante e não da gestante, posto que ao oficial de Registro caberá o registro em nome da gestante comprovadamente, salvo ordem judicial contrária.

O que se verifica nas decisões do tipo, na amostra ora colhida, é a ausência de discussão e fundamentação quanto à validade do *negócio jurídico* e sua tipologia, se se trata de condição análoga ao empréstimo ou mesmo do contrato de depósito, se estão presentes os elementos de validade ou não.

O Agravo de Instrumento Nº 70043541341, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 31/08/2011, corrobora a desnecessidade do procedimento contencioso, não devendo figurar no pólo passivo, registradora e Estado, como foi proposta a referida demanda. O agravo foi provido com a determinação do registro civil, a resguardar os interesses do infante. Dipôs o Relator do referido recurso:

---

[289] BRASILEIRO AUTO, Luciana da Fonseca Lima. As vicissitudes da filiação: os filhos da reprodução artificial heterólogа sob a ótica do consumo *In* **Famílias no Direito Contemporâneo, Bahia: *Jus*PODIVM,** 2010, p. 245.

> Isso porque há muito está superada a noção de que o reconhecimento da maternidade/paternidade decorre exclusivamente da existência de vínculo biológico ou gestacional, sobrelevando, em muitos casos, a maternidade/paternidade socioafetiva, fruto exclusivo da vontade, e não da genética.
> Esse elemento social e afetivo da maternidade sobressai-se em casos como o dos autos em que o nascimento das crianças decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida (com fertilização *in vitro* e gestação em útero de substituição) e solidariedade familiar. O pleito, portanto, é perfeitamente viável, porém não na forma como foi deduzido, em feito sujeito ao contraditório.
> Naturalmente que não há de se revogar a antecipação de tutela concedida, uma vez que, embora precário, o registro de nascimento resguarda os superiores interesses dos infantes Vinícius e Ana Carolina.
> Contudo, ao longo da instrução do feito, além do exame de DNA já determinado pelo juízo (NOEX 51/2011), deverá ser esclarecido o procedimento médico adotado, uma vez que há indícios de que a declaração firmada pelo médico que realizou o procedimento não condiz com a verdade, pois não menciona a fertilização heteróloga ou a utilização de óvulos de pessoa desconhecida.[290]

De certo, os usos e costumes medicamente autorizados, vêm se refletindo na sociedade e ensejam discussões jurídicas em matéria de filiação. Em nenhuma das decisões há discussão sobre a possível invalidade do contrato ou mesmo a ponderação com relação à prevalência de direitos fundamentais e sacrifício de outros, o que também reflete a imaturidade de nosso judiciário e a influência do meio em suas concepções, sem a necessária reflexão técnica de sua atuação.

Isso ocorre não obstante a previsão do inciso IX do artigo 93 de nossa CF/88, que dispõe que:

> *Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*

---

[290] TJRS. **Ementa:** Agravo de Instrumento. Pedido de registro de nascimento inadequadamente ajuizado pela via contenciosa. Inexistência de lide ou pretensão resistida. Exclusão dos réus do pólo passivo e conversão do procedimento. Manutenção da liminar deferida. 1. Não há lide que justifique a via contenciosa da ação ordinária com pedido de antecipação de tutela escolhida pelos agravados, que poderiam ter aviado simples pedido de alvará para lavratura de registro em procedimento de jurisdição voluntária. 2. Os próprios autores reconhecem que não há previsão legal para o registro de crianças nascidas de útero de substituição após procedimento de reprodução assistida. Nesse contexto de vácuo legislativo, a titular do cartório registral não tinha mesmo outra alternativa, a não ser a de negar o registro, como o fez. Por isso, não cabe colocá-los (registradora e Estado) no pólo passivo de demanda litigiosa, sujeitos, nessa condição, a eventuais ônus da sucumbência. 3. Não se cogita de revogar a antecipação de tutela concedida, uma vez que, embora precário, o registro de nascimento resguarda os superiores interesses dos infantes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70043541341, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LuizFelipeBrasilSantos,Julgadoem31/08/2011),http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+Instrumento+N%C2%BA+70043541341&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris, acesso em 18/01/2016.

Dentre os atos administrativos localizados nesta amostra de pesquisa, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Corregedoria, emitiu o parecer nº 82 no ano de 2010[291], no Processo nº 2009/104323, em razão das indicações dos requisitos previstos na então vigente Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, confirmando a possibilidade de registro civil em nome dos pais biológicos e contratantes, diante do recurso interposto pelo Ministério Público.

A questão levantada no referido processo, que teve negado o provimento de recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Barão Geraldo, da Comarca de Campinas, pelo Corregedor Geral da Justiça, referia-se à recusa de lavramento de assentamento de registro civil pelos fornecedores de material genético de criança nascida através de fertilização artificial em mulher que não forneceu seu óvulo, apenas consentindo a prática do ato com a única finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião até o parto.

O referido parecer[292] ofereceu fundamentos que foram acompanhados pelo Corregedor Geral de Justiça em sua decisão, que negou provimento ao recurso. Neste sentido, a mulher gestante (recorrente) alegou que a maternidade seria presumida através do fenômeno da gestação, afirmando que o acordo celebrado entre ela e os doadores de material genético não poderia ter primazia sobre o princípio da *mater semper certa est* e que o registro civil deveria refletir uma suposta veracidade quanto à maternidade e paternidade quanto a sua origem. Basicamente o que aqui defendemos do ponto de vista legal.

Ocorre que o julgamento se deu considerando a relatividade do sistema de presunções estabelecido no art. 1597 do Código Civil de 2002 em face da prática da gestação de substituição. O Termo de Consentimento assinado por todos os

[291] REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS - Assento de nascimento - Filha gerada mediante fertilização in vitro e posterior inseminação, artificial, com implantação do embrião em mulher distinta daquela que forneceu o material genético - Pretensão de reconhecimento da paternidade pelos fornecedores dos materiais genéticos (óvulo e espermatozóide) - Cedente do óvulo impossibilitada de gestar, em razão de alterações anatômicas - "Cedente do útero", por sua vez, que o fez com a exclusiva finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem intenção de assumir a maternidade - Confirmação, pelo médico responsável, da origem dos materiais genéticos e, portanto, da paternidade biológica em favor dos recorridos - Indicação da presença dos requisitos previstos na Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, em razão das declarações apresentadas pelos interessados antes da fertilização e inseminação artificiais - Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos - Recurso não provido, http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323, acesso em 18 de janeiro de 2016.

envolvidos e a declaração prestada por profissional médico, ressaltando que ao tempo de elaboração deste parecer ainda vigia a Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, que não foi alterada neste aspecto pela atual Resolução nº 2.013/2.013, ou mesmo a 2121/2015, que corroboram a regularidade da prática face a ausência de texto normativo a respeito. Ademais, faz-se mister transcrever o trecho do consentimento da parturiente em que expressamente renuncia a associação da maternidade pelo procedimento:

> "DECLARO AINDA que NÃO TENHO nenhuma pretensão de assumir a maternidade de tal criança, que não é minha filha, visto que apenas e tão somente doei meu útero para gestação conforme TERMO DE CONSENTIMENTO PARA SUBSTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO, constante nestes autos" (fls. 25).

Tal passagem se configura como a autorização para a cessão do útero destituída de possíveis vínculos jurídicos para a mesma, que apenas utilizou de sua autonomia privada consubstanciada através do negócio jurídico gratuito. Mas não apenas isso. A Corregedoria terminou por corroborar o que não permite a lei: a renúncia do Poder Familiar, enaltecendo a autonomia da vontade acima de quaisquer preceitos Constitucionais de proteção à criança e ao adolescente.

Neste aspecto, pondera Luiz Edson Fachin[293]:

> O avanço da técnica médica presta relevantes serviços aos fins do Direito de Família. Sem embargo, a plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame em DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, da verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação.

Em outra importante decisão pertinente ao tema estudado, tem-se o julgamento proferido pelo Juiz de Direito Luiz Cláudio Broering da Vara da Família da Comarca de Florianópolis no Processo nº 0800779-46.2013.8.24.0090. A Ação Declaratória de Dupla Paternidade[294] intentada por casal homossexual que se utilizou da fertilização *in vitro* com material genético de um deles, com participação da irmã do outro, que declarou a renúncia ao poder familiar em relação ao nascituro, foi julgada procedente pelo referido órgão singular.

---

[293] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 236.

[294] SENTENÇA JUIZO DE DIREITO DE FLORIANÓPOLIS/SC. http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1389__1d4255881a61fdb3938c9149f9ac31aa.pdf, acesso em 22 de abril de 2015.

No supramencionado julgamento, o Ministério Público arguiu a incompetência do juízo sob o argumento de que se tratava de adoção unilateral de um dos pais, sendo para tanto competente a Vara da Infância e da Juventude, alegação esta que foi rejeitada pelo MM. Juízo. Em verdade, fundamentou o juiz em sua decisão que não há discussão acerca do poder familiar da gestante em relação a criança, visto que a cedente de útero expressamente o renunciou, inclusive sem qualquer contestação posterior.

Neste sentido, o fato de a gestante ter doado o óvulo para fecundação com o espermatozoide de um dos indivíduos não desnatura o estabelecimento da filiação por ambos que consentiram no procedimento na condição de futuros pais, pois houve a chamada reprodução assistida heteróloga, que tradicionalmente envolve doação de material genético anônimo, que não foi o caso. Independentemente dessa diferença, ensina Rolf Madadelo[295] que:

> Existem duas modalidades de mães em substituição, ou de útero de substituição, sendo uma delas considerada mãe portadora, por que apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima na chamada ovodoação, e a mãe de substituição, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz à criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, **renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos. Nessa hipótese em que a própria mãe de aluguel aporta o óvulo**, conclui Maria Carcaba Fernandez, ocorre uma clara situação de inseminação artificial heteróloga com doador conhecido.

Em que pese os argumentos apresentados, a defesa da confirmação do contrato estaria apenas no elemento formal da vontade, uma vez que não existia vínculo genético com um dos contratantes, na medida em que nesse caso, teria ocorrido não apenas a gestação subrrogada, como também a doação de óvulo pela contratada.

Os argumentos da decisão também trazem equívoco na análise dos efeitos do poder familiar, que é irrenunciável, por lei.

Logo, segundo a decisão, o fato da doadora do óvulo coincidir com a cedente de útero não modifica os contornos e consequências da inseminação heteróloga.

Para então julgar o pedido de reconhecimento da dupla paternidade procedente e não acolhendo a alegação feita pelo Ministério Público, o Juiz Luiz

[295] MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de janeiro: Forense, 2013, p. 533.

Cláudio Broering, concluindo a fundamentação de seu julgamento, ponderou o seguinte:

> 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.

O posicionamento, portanto, aceita o consentimento da gestante e dos companheiros como válido, no caso de relação homoafetiva, onde há inequívoco impedimento de concepção natural, assim como para os casais heterossexuais que por dificuldades médicas constatadas não conseguem engravidar, devendo representar documento de formalização da paternidade (filiação), instruído conforme a autonomia da vontade de todos, e isso não ofenderia as normas jurídicas, o que *data vênia*, divergimos.

Talvez, futuramente, quando regulada por lei, o caso em questão ingresse nas hipóteses de extinção do poder familiar e não renúncia ou destituição, em situação análoga da adoção.

Do exposto podemos dizer que o fator predominante no argumento de defesa da validade na gestação de substituição em procedimento heterólogo seria a intenção da maternidade/paternidade, ou seja, de estabelecer laços afetivos, mas para tanto, teríamos que admitir a plena autonomia no projeto parental, o que em nosso modelo não se faz presente.

A realidade da gestação de substituição não pode ser negada. A sua prática na atualidade representa um meio de concretização de anseios existenciais, mas não necessariamente de direitos que integram a própria dignidade do ser humano.

Enquanto isso caberá à jurisprudência uniformizar um entendimento de modo a preservar a tutela dos filhos gerados dos procedimentos e daqueles que desejam exercer a função parental harmoniosamente, com a inegável presença da socioafetividade.

Parte da doutrina também vem reconhecendo licitude no ajuste contratual bem como a sua validade, asseverando, inclusive, que na hipótese da cessão de útero, relativiza-se a presunção de que a maternidade é sempre certa pela gestação.

Nesse sentido, entende Maria Berenice Dias, *afirmando que a possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção mater semper certa est, que é*

determinada pela gravidez e pelo parto. [296]:

Relatando o primeiro caso de conflito decorrido do uso do contrato de gestação subrrogada, Michael Sandel,[297] em uma visão *jus* filosófica, chama a atenção para os perigos que estão por trás do discurso da ética e da solidariedade.

O caso foi conhecido mundialmente e ocorreu em New Jersey, e o casal William e Elizabeth Stern procuraram um Centro que anunciava a possibilidade mães de aluguel, para mulheres que por alguma razão não poderiam suportar a gestação. Mary Beth respondeu ao anúncio do casal, e esta já era mãe de duas crianças. Assinaram o contrato em 1985, no valor de U$ 10.000 (Dez mil dólares), além do valor para o tratamento com a infertilidade pela intermediação.

Contudo, ao nascer a criança no ano de 1986, após o sucesso do procedimento e não obstante as cláusulas de renúncia por parte da contratada, Mary Beth decidiu não abrir mão da criança, e fugiu com a mesma, até que os contratantes conseguiram uma ordem judicial para que ela lhes entregasse a criança.

Na época, New Jersey não possuía leis que permitissem ou proibissem contratos dessa natureza.

A polêmica girava em torno da validade do ato contratual, já que o consentimento inicial da contratada teria sido prejudicado pela sua necessidade de dinheiro, sem conhecimento adequado sobre o que representaria a entrega da criança.

O julgamento tornou-se conhecido como o caso Baby M, já mencionado acima e o juiz da causa determinou o cumprimento do contrato. Ele argumentou não haver compra do bebê, senão porque o pai da criança havia pago pelo serviço da gestação de seu filho e não pela compra de uma criança. Contudo, em sede de apelação à Suprema Corte de New Jersey, esta anulou a sentença do juiz, declarando inválido o contrato. Mesmo assim, considerou que os contratantes teriam melhores condições para criar Melissa, constituindo a condição de mãe à contratada com direito de visitação.

Na reflexão sobre a força moral do contrato, Sandel lembra as teorias do libertarismo e utilitarismo, sendo que a primeira reflete a liberdade de escolha e a

---

[296] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 371.

[297] SANDEL, Nichael J., **Justiça – O que é fazer a coisa certa**, Rio de janeiro:Civilização Brasileira, p. 116.

segunda no fato de que os contratos promovem bem estar geral de forma que o acordo deve gerar benefício ou felicidade por meio dele.[298]

Haveria, portanto, segundo o autor duas objeções reinantes sobre o referido contrato: a primeira no consentimento comprometido, uma vez que as escolhas feitas sob pressão não são verdadeiramente livres, a segunda objeção diz respeito ao tratamento do objeto do contrato como mercadoria, e também degrada a mulher como se fosse uma fábrica. Assim, não poderia haver finalidade lucrativa. Haveria a substituição de uma norma de parentesco, por uma norma de produção comercial.

Nesse caso específico, a contratada colocou à disposição tanto o seu óvulo quanto o seu ventre. Contudo, com a possibilidade de desdobramento da teia de fornecimento "óvulo" e "Útero", a gravidez de aluguel reduziu os riscos legais e emocionais que cercavam a gravidez por encomenda.

Em 2002, a Índia legalizou o comércio da gestação. Nesse país, o comércio é livre e o exercício da autonomia é plena, razão pela qual há uma grande procura por pessoas de países onde não há regulamentação ou há proibição desta.

O Brasil não proíbe o uso da técnica e o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, autoriza a sua utilização, assim como as recomendações éticas do Conselho Federal de Medicina vem autorizando. Na hipótese de vir a ser aprovado, classificaríamos o país na qualidade de um sistema semiaberto, na medida em que tende a autorizar a contratação, porém não a sua onerosidade. Isso exigiria, contudo em nosso ordenamento, uma mudaça de paradigma e no reconhecimento de que a filiação pode advir de outra fonte que não a reprodução natural, a adoção ou a filiação socioafetiva de forma mais ampla, à exemplo da já também mencionada lei argentina. A filiação poderia advir do contrato ou da avença!

Na atualidade, contudo, e diante de práticas médicas autorizadas, só nos resta garantir por meio da judicialização, o mínimo da legitimidade da relação, desde que haja na fundamentação judicial, a ponderação necessária dos direitos fundamentais em jogo no caso em espécie e também o debate e fundamentação quanto à validade do contrato, o que não vem ocorrendo.

Curioso verificar que já tivemos 15 (quinze) projetos de lei tramitando em nosso Congresso Nacional, sem qualquer conclusão. Enquanto isso, o Conselho Federal de Medicina favorece a atuação de seus profissionais, sob o manto da

[298] SANDEL, Michael J., **Justiça – o que é fazer a coisa certa**, Rio de janeiro:Civilização Brasileira, p. 120.

ausência da lei, beneficiando corporativamente um nicho de mercado que cresce à revelia das disposições legais em vigor, e por vezes, prevendo direitos e obrigações de sorte, inconstitucionais. Talvez não seja conveniente ao poder econômico a aprovação de lei que venha a estabelecer limites, não obstante o último substitutivo legal autorize uma série de procedimentos que da mesma forma estão em desconexão com os comandos Constitucionais.

Nesse ínterim e no mesmo sentido que o Provimento nº 9/2013 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco, visando autorizar o oficial de Registro Civil à prática de atos de Registro e averbação, em 2015 foi publicado novo Provimento, desta feita para registros crianças advindas de técnicas de reprodução humana, por casais homoafetivos. Trata-se do Provimento 21/2015[299] de 29 de outubro. Em sua Ementa dispõe o Provimento que *regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências.*

Ao arrepio da lei, o Provimento estabelece nova fonte de filiação no direito brasileiro, define validade contratual diferentemente do que preceitua a norma, e afirma que nos casos de maternidade de substituição o oficial de registro não poderá considerar mãe a parturiente, delegando a este toda a análise jurídica da situação.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça, em flagrante invasão da reserva legal, também editou o Provimento de nº 52/2016, que dispõe sobre o Registro de Nascimento e emissão da respectiva certidão por filhos havidos de reprodução assistida.[300]

O referido Provimento baseia-se na Resolução do Conselho Federal de Medicina, que por sua vez não possui legitimidade democrática, admitindo o registro de crianças provenientes das técnicas, seja de casal heterossexual ou homossexual, ocasião em que os termos contratuais e de consentimento, devem ser apretesentados juntamente com a Declaração de Nascido Vivo – DNV, vedando que os Oficiais de Registro se neguem a proceder com o registro nestas hipóteses, com a configuração de técnicas de "inseminação post mortem" e de "matermnidade de substituição".

---

[299] TJPE. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento 21/2015.** http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1101062/Provimento+21-2015.pdf/d0687a55-dd57-4cdb-8ee0-169e4f190624?version=1.0, acesso em 24 de janeiro de 2016.

[300] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 52** de 14 de março de 2016, http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf, acesso em 28 de março de 2016.

A lei 12.662 de 2012 é clara quanto a exigência para o DNV, no que diz respeito ao nome da parturiente e sua idade.[301]

Contudo, na linha defendida na presente tese, cabe ressaltar que o Provimento vai muito além do mero aspecto procedimental do Registro, para atribuir paternidade e maternidade e direitos e deveres jurídicos, que estão desassociados com a lei civil vigente.

É importante mencionar que há significativa doutrina que defende, em tese, a legitimação de todas as técnicas de reprodução humana, mesmo a mais polêmica que é ligada à cessão de útero, em defesa, inclusive da monetarização do serviço prestado e que o exercício dessa autonomia revela o empoderamento da mulher de forma plena e consciente sobre o seu corpo e de como utilizá-lo, como sinal do abandono de uma cultura patriarcalista que sempre a viu como a mãe e dona de casa, sujeita aos encargos impostos pela sua própria natureza.

Shalev[302] apresenta essa noção, defendendo que a delegação da procriação resulta de uma mulher enquanto pessoa racional e eticamente responsável, capaz de governar as suas emoções e de assmir responsabilidades. Para o autor, a atividade procriativa por meio das técnicas é acompanhada por uma atividade econômica de relevo, que envolve médicos, biólogos, assistentes sociais e advogados, e dessa forma, por que não haver a retribuição à mulher que procriou, pelos serviços prestados?

No Brasil, a corrente mais libertarista do direito de família, também defende essa possibilidade e não reconhece na monetarização da atividade qualquer risco relativo à coisificação do ser humano. Para Rodrigo da Cunha Pereira[303], o corpo é um capital físico, simbólico e humano e os valores atribuídos a ele estão muito mais ligados a fatores morais, religiosos, filosóficos e econômicos.

A pretensão dessa investigação reside em justamente definir a autonomia com base no contexto jurídico e cultural de um País. A defesa, em tese, de procedimentos que envolvem o exercício da autonomia quase nunca considera os elementos culturais que levaram e ainda levam determinado sistema normativo a uma postura de intervenção protetiva, como é o caso do Brasil, onde essa racionalidade defendida

---

301 BRASIL. **Lei 12.662 de 2012**, < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm>, acesso em 28 de março de 2016.

302 SHALEV, Carmel. **Nascere per contrato**. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 127.

303 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Barriga de aluguel. O corpo como capital**. http://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital+, acesso em 25 de janeiro de 2016.

não pode ser manifestada com total lisura e independência, já que as mulheres que cedem o seu útero são em sua maioria pessoas hipossuficientes, seja economicamente, seja em sua educação para o discernimento quanto às consequências de seus atos. A vontade torna-se viciada pela falta de discernimento, pela postura em face da ausência de alternativa de sobrevivência.

Ainda indagaríamos diante desse procedimento de inseminação artificial e considerando a maternidade da gestante, se o projeto parental poderia desenvolver-se *ab initio* entre três interessados, como na hipótese da mulher que quer ser mãe e recebe material genético doado de um amigo que quer ser pai, e que por sua vez tem o seu companheiro. Aqui residiria um outro *locus* para a multiparentalidade, já que o companheiro do pai seria parente afim, com a possibilidade de divisão de responsabilidades, mas não necessariamente uma filiação trinária. Além disso, nessa hipótese, não há cessão de útero, mas apenas a técnica de inseminação artificial, sem doação anônima do material genético. A mãe não estaria exercendo um projeto individual já que também estaria oportunizando a criança com relação à paternidade, tão pouco gerando enquanto meio, mas sim com a finalidade de exercício parental.

4.5. A itinerância e contradições na definição dos critérios da filiação – Há cláusula geral de liberdade familiar?

Na observação da diversidade dos parâmetros utilizados pela nossa jurisprudência, podíamos inicialmente indagar: Há uma cláusula geral de liberdade familiar?

O presente ítem se propõe a finalizar a crítica do capítulo, quanto aos equívocos na interpretação em nossa realidade jurídica.

A título de exemplo, apresentamos duas decisões de nosso Superior Tribunal de Justiça, sendo uma quarta turma e outra da terceira turma, que tratam diversamente sobre os parâmetros da filiação socioafetiva, em ações análogas que impugnaram o estado de filiação registral.

Ao que parece, em que pese a doutrina e a jurisprudência venha trabalhando a denominada “verdade real do registro civil”, mesmo nas hipóteses de “Adoção à Brasileira”, valorizando a convivência familiar e a filiação socioafetiva, nem sempre

essa verdade deverá ser acolhida, não obstante presentes os mesmos requisitos materiais[304].

Sendo a filiação um conceito relacional, o pai registral não vem obtendo a procedência de seu pedido que visa negar a paternidade, com base na ausência do vínculo biológico, se procedeu com o registro sem erro, não obstante a falsidade, há que se considerar se a posse de estado de filiação foi consolidada.

A decisão da Quarta Turma em 2012 no STJ, no que diz respeito à socioafetividade, corrobora a ideia contrária de que a Adoção à Brasileira não pode em todas as circunstâncias obter a valoração enquanto vínculo de filiação.

O caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça[305] correspondente ao REsp 1167993 / RS Recurso Especial 2009/0220972-2, no entanto, tratou não de uma ação negatória de paternidade, mas de situação análoga e de legitimidade inversa, em que o filho registral buscou a investigação de sua paternidade, quando havia sido adotado à brasileira, pelo seu pai registral. Não tendo esse filho demandante contribuído para o erro ou falsidade do registro, socorre-lhe o direito de busca de sua paternidade real.

---

[304] LOBO, Fabíola (Fabíola Albuquerque Santos). **Adoção à Brasileira e a verdade do registro civil**. file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/-Ado%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Brasileira-%20e%20a%20Verdade%20do%20Registro%20Civil%20(1).pdf, acesso em 15/11/2015.

[305] STJ. EMENTA. Direoto de família. Recurso Especial. Ação investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "Adoção à Brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidas 1. **A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto.** É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. **De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva.** No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. **A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram.** E, do mesmo modo, a **filiação** socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da **filiação** biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira".4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (STJ. Quarta Turma. Relator Luis Felipe Salomão, Julgado em 18/12/2012). REsp 1167993 / RS RECURSO ESPECIAL2009/0220972-2, http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2012-12-18;1167993-1254676, acesso em 24 de janeiro de 2016.

Na fundamentação a Turma julgadora chega a afirmar que A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. Ao final os julgadores concluem que não é possível haver a equiparação entre a adoção regular e a adoção à brasileira, determinando a anulação do registro civil.

A decisão parece contrariar outras soluções correlatas, gerando dúvidas na uniformidade jurisprudencial de nossos Tribunais, e no liame que deve prevalecer para o estabelecimento do estado de filiação, conforme se depreende na decisão proferida pela terceira turma, no REsp1244957/SC Recurso Especial 2011/0068281-0[306] Ministra Nancy Andrighi (1118) T3, onde se reconhece a preponderância da paternidade socioafetiva, conferindo efeitos ao registro civil praticado com vício, pela ausência do erro, e de certa forma, contrariamente a anterior, equiparando a adoção à brasileira à adoção regular, na medida em que não admite a revogação da vontade.

Então, ora a "Adoção à Brasileira" pode ser valorada enquanto estado de filiação, e ora não? Não haveria, portanto, parâmetros para uma uniformização, já que a ótica empreendida em cada uma das decisões em tese estava voltada ao interesse da criança e adolescente. Mas a hipótese pode ocorrer também na seara dos adultos e capazes, e em assim sendo, qual a base principiológica a ser firmada para a manutenção ou desconstituição do registro?

Pensamos que uma vez presente a posse de estado de filiação, ainda que advinda de uma convivência iniciada pelo registro falso, porém voluntário, está

---

[306] PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **REGISTRO** CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha. 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse. 3. Em processos que lidam com o direito de **filiação,** as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico. 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o **registro** da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a **filiação** socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. 5. Recurso especial provido. REsp1244957/SC RECURSO ESPECIAL 2011/0068281-0 Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) T3 - TERCEIRA TURMA 07/08/2012, http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2011%2F0068281-0+ou+201100682810&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&p=false, acesso em 24 de janeiro de 2016.

presente a condição para a manutenção da filiação socioafetiva, tenha sido o conflito suscitado pelo pai em ação negatória, tenha sido suscitado pelo filho na ação de impugnação.

Senão vejamos: a ideia de que o estado de filiação não se encontra atrelado ao vínculo biológico já resta consolidada em nosso sistema jurídico. Os parâmetros já aventados nos capítulos anteriores apontam para a necessidade da prova da posse do estado de filiação, quando não houver a adoção formal. Tendo havido o registro, ainda que falso, ele presume uma convivência com o pai registral que deve ser comprovada no conflito suscitado, não importando quem esteja no polo ativo do processo. Se abandonarmos esses parâmetros mínimos, haverá uma tendência de resolução por caso concreto, onde serão valoradas circunstâncias subjetivas e que tendem a contribuir para a violação da unidade de nosso sistema.

O exemplo trazido é a prova de que estamos perdidos em nossa unidade e de que há uma crescente banalização da utilização principiológica e um abuso no arbítrio de nossos julgadores.

Não há uma cláusula geral de liberdade familiar em nosso sistema, que possa conferir ao julgador tamanho arbítrio, e falta a observância rigorosa da doutrina para os julgamentos.

Ao contrário do que aqui se demonstrou o contexto do Estado Social foi responsável pela intervenção protetiva nas relações privadas e consequentemente na conscientização da dimensão da responsabilidade nas relações familiares. Se liberdade houvesse, haveria o livre arbítrio e o domínio do poder econômico nas relações, sem a observância das discriminantes necessárias.

É bem verdade que já não estamos mais inseridos em um contexto de exclusão como no passado, que resumia a família ao casamento, assim como a categoria da filiação. Mas existem categorias a serem observadas e estas foram devidamente apontadas no capítulo II. A abertura conquistada na concepção moral da família não exonera o direito de seu papel fundamental de regramento de condutas e de qualificações.

4.6. A interpretação da autonomia parental e a filiação qualificada

A autonomia parental resta limitada em nosso sistema jurídico, considerando a melhor interpretação contextualizada de nossas instituições.

O estado de filiação não está sujeito à vontade deliberada dos indíviduos, sem que haja qualquer intervenção protetiva e de garantia de interesses que, embora privados, são de ordem pública.

Aqui é importante ressaltar a reflexão de Lorenzetti[307], quanto à complexidade do tecido social atual. Neste, segundo o autor, *cada indivíduo é diferente e reclama uma solução particularizada.* Continua:

> Cada setor almeja o seu próprio sistema jurídico; cada grupo pretende criar Direito dentro de suas perspectivas. Se o Direito privado estatal pretende conter essa força centrípeta produzem-se os fenômenos de fuga. As pessoas evitam o contrato clássico, para elaborarem um atípico, mais adequado aos seus interesses particularizados; as empresas se evadem de seus sistemas jurídicos nacionais, buscando o mais econômico; os réus criam a sua justiça, mais adequada a suas premências. A instituição tradicional se vê transbordada.

Para o autor ainda, o progresso carece de direção, e não há critérios valorativos, nem éticos, nem jurídicos, suficientemente claros para distinguir aquilo que é admissível do que constitui uma desonra à rede axiológica. Dessa forma, os limites atuam como um modo de pôr em câmara lenta o progresso, em áreas onde as inseguranças são muitas, e os riscos grandes.

> A noção de Direito Privado, como limite ao poder, se apresenta como uma necessidade de recuperar a juridicidade de fenômenos que pretendem ignorá-la. Presenciamos, pois, a novas proposições no sentido indicado, à exemplo do limite ao desenvolvimento informático, enquanto supõe um aviltamento da liberdade do indivíduo; o limite à engenharia genética, regulamentando os nascimentos *in vitro*, ou a utilização do mapa genético e o limite ao funcionamento do mercado a fim de corrigir os seus excessos e insuficiências.

Por todos os fundamentos jurídicos apresentados ao longo dessa tese, não restam dúvidas de que a regulação da autonomia na esfera parental possui limites bem definidos em nosso ordenamento jurídico, e que lamentavelmente não vêm sendo observados na realidade jurídica e social.

O estado de filiação qualifica-se na esfera biológica, na esfera sociafetiva e na esfera legal, segundo os fundamentos apresentados no Capítulo II. Além disso, seja qual for a origem (biológica, socioafetiva ou legal) reveste-se em seu exercício em muito mais deveres do que direitos, com foco primordial na criança e adolescente enquanto sujeito de direito. Assim sendo, não cabe aos pais enquanto sujeitos maiores

---

[307] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 118.

e capazes dessa relação, transigir sobre a natureza jurídica desse estado de filiação, senão quando a lei expressamente autorizar.

A relação conjugal, entendida em sentido amplo, continua sendo importante para definir o estado de filiação, em razão da vigência das presunções jurídicas, mas não é mais suficiente para a qualificação de todas as espécies. De qualquer forma, não residem as outras espécies apenas no elemento intencional, mas em situações fáticas que sofrem a incidência normativa.

Os avanços obtidos em outras ciências devem ser balizados na esfera da ciência jurídica que será responsável por um rítmo menos acentuado de sua legitimação e mais condizente a com o consenso social e com a garantia de segurança jurídica.

A correta decisão deve se socorrer às fontes formais (autoridade) e materiais (argumento razoável), além de ser submetida a uma prova sistemática e de eficiência.[308]

No curso dessa tese, por exemplo, pudemos identificar algumas fugas aos critérios de objetividade que devem se operar na solução de um conflito parental. A busca de *criação* de categorias parece um caminho mais rápido e fácil, do que percorrer os critérios de harmonização existentes nas normas jurídicas e capazes de solucionar o conflito. À exemplo, a já mencionada multiparentalidade. É óbvio que esta não pode empreender o sentido almejado por muitas doutrinas, a sujeitar o manejo das categorias de filiação.

A multiparentalidade para o nosso sistema jurídico tem sentido próprio e justificado de divisão de responsabilidades parentais que envolvem assistência material e imaterial, ainda que subsidiária, contudo, não estabelece estado de filiação capaz de garantir a inserção na ordem de sucessão hereditária legítima. Se há a solução normativa, por que razão a "criação" de novas categorias?

Além disso, é papel do direito também promover esse direcionamento que ordena as condutas, em caráter pedagógico e promocional de valores que já foram albergados pelos fundamentos do prório Estado democrático de direito.

Se possuímos nos fundamentos da República a base da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e se conseguimos definir densidade a tais parâmetros, no contexto político e cultural do Estado, então podemos reconhecer os limites para as

[308] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 252.

qualificações jurídicas. E, para a qualificação do estado de filiação, precisamos garantir o respeito a esses fundamentos.

Dessa forma, não será também considerado válido, que por meio de um negócio jurídico se possa transigir sobre o estado de filiação, sem a garantia da capacidade das partes, da plena e consciente vontade declarada e principalmente, a licitude de seu objeto, como tem se pensado e defendido a respeito do contrato de cessão de útero, o qual aqui, denominamos de "filiação contratada."

Entenda-se que, no dizer de Antonio Junqueira de Azevedo[309], o ordenamento uma vez que autoriza as partes a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, procura cercar o fato de certas garantias, no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica.

A isso se propõe o plano de validade jurídica de um negócio a que se pretenda a produção de efeitos jurídicos, e sua justificação teórica está na verificação do papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto. Basta uma indagação para por em dúvida a validade desse contrato. Qual o seu objeto? É determinado ou determinável? Seria ainda lícita a condição de *Maria entregar a criança após gerá-la*? Ou ainda, *Maria entregar a criança após gerá-la e receber por isso o preço avençado*?

Isso envolve a discussão sobre a tipicidade fechada ou aberta no negócio jurídico e a esse respeito, é válida a observação de Paulo Lobo[310], ao concluir que a atipicidade no direito, inclusive, contratual, pode ser conveniente da exposição didática, mas é insubistente no plano da exposição jurídica.

Assim, supõe-se que não pode o particular, ao contrário do que se pretende reconhecer em algumas decisões e doutrinas, criar o instrumento para a regulamentação jurídica de seus próprios negócios ou interesses, devendo utilizar antes, os reconhecidos pelo ordenamento jurídico.[311]

Embora, o direito de família esteja sem dúvida, inserido no direito privado, atualmente se afasta do caráter absoluto de ordem pública outrora estabelecido, principalmente no que diz respeito à relação conjugal, mas ainda guarda relação de

---

[309] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.
[310] LOBO, Paulo. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 77.
[311] ALBUQUERQUE, Pedro de. **Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito de família** (ensaio), Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (146). Centro de estudos Fiscais, Lisboa, 1986, p. 19.

subordinação da relação paterno-filial, exigindo intervenção estatal legal ou judicial para sua legitimação, mas esta não constitui propriamente a sua essência.

Para Pedro de Albuquerque, a autonomia da vontade historicamente sempre foi negada em matéria familiar, e em razão disso sempre se impugnou a existência ou importância do negócio jurídico familiar, e que o sentido da autonomia para o direito não pode ser outro senão de natureza circunscrita: não há autonomia sem limites e a existência de autonomia de vontade faz pressupor a existência de restrições.[312]

Imaginemos que para situar as relações familiares, a sua característica individualizada residiria na tipificação dos atos jurídicos familiares. Assim a escolha dos atos jurídicos não seria de plena liberdade, razão pela qual um negócio jurídico, em nosso sistema, não poderia estabelecer uma relação de parentesco ou de afinidade.

É óbvio que não estamos aqui também, falando de uma tipicidade tais quais os direitos reais, sujeitos ao *numerus clausus*, mas sim de uma tipicidade relativa.

Ou ainda, segundo Pedro Albuquerque[313], sequer seria uma tipicidade relativa, mas uma impossibilidade de seu objeto ou falta de seus requisitos.

A reflexão sobre a autonomia na presente tese envolve a análise da configuração ou desconfiguração do estado de filiação, pelo elemento intencional ou declaração de vontade das partes. Dessa forma, envolve a análise tanto na esfera socioafetiva como biológica, que são os fundamentos do estado de filiação e os parâmetros para a definição dessa relação já restam bem definidos e qualificados pelo nosso ordenamento jurídico, sendo para nós os seguintes, na melhor interpretação:

a) No critério biológico natural, mãe será a gestante e parturiente e o pai será o genitor, proprietário da carga genética do sêmem (DNA);
b) No critério biológico assistido, mãe será também a gestante e o pai poderá ser o genitor (DNA), ou o marido ou companheiro da mãe/ assim como na hipótese de relação homoafetiva feminina, poderá não haver pai, mas outra mãe que detenha conjugalidade com a gestante;
c) No critério legal das presunções de paternidade, pai será o marido ou companheiro, observados os prazos prováveis de concepção e nascimento;
d) No critério legal da presunção de maternidade encontramos apenas a gestante, como certa;

[312] ALBUQUERQUE, Pedro de. **Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito de família,** Cit.**,** Lisboa, 1986, p. 18.
[313] ALBUQUERQUE, Pedro de. **Autonomia da vontade e negócio jurídico em direito de família,** Cit.**,** Lisboa, 1986, p. 38.

e) No critério socioafetivo legal, pais serão os adotantes que tenham se submetido aos critérios formais exigidos pela lei (judicialização), assim como não estejam na condição de impedimento eleito pela norma;
f) No critério socioafetivo fático, a filiação poderá ainda vir a se estabelecer, se presente, independentemente da vontade, a denominada posse de estado de filiação, traduzida na convivência, pública, contínua e duradoura, com o tratamento de filiação, a ser provada em processo judicializado;

Dadas as razões jurídicas apresentadas, o critério biológico assistido não poderia ser acessado pelo casal homoafetivo masculino, em razão da invalidade do negócio jurídico, salvo se a gestante vier a exercer também de forma declarada o projeto parental, hipótese em que a lei incidirá facilmente na definição de sua maternidade e aí incorreríamos na problemática da multiparentalidade já mencionada ou ainda na possibilidade de vir a mãe a ser destituída do poder familiar, pela adoção unilateral pelo cônjuge do genitor.

Isso não significa dizer, contudo, que o sistema proíba o projeto parental para o casal homoafetivo masculino, na medida em que prevê a possibilidade de adoção pelo casal, tão pouco significa interpretação discriminante, ao passo em que o que determina o tratamento diferenciado não é o gênero, raça ou mesmo orientação sexual, mas discriminantes naturais decorrentes do gênero.

Nesse momento vislumbramos a correta interpretação da autonomia parental no contexto atual de nosso sistema, considerando todas as vicissitudes, assim como as qualificações da filiação.

CAPÍTULO V – REFLEXÕES EM TORNO DE UMA PESQUISA EMPÍRICA

Visando destacar a pertinência da presente tese no que diz respeito aos limites que devem ser observados no exercício da autonomia parental e ainda considerando que recentemente tivemos expressiva modificação da lei de adoção nesse particular, julgamos importante destacar os dados da pesquisa empírica colhida em uma de nossas Varas da Infância e Juventude, na interpretação do que a lei denomina de *interesse da gestante na entrega de seu filho em Adoção*. (*grifo nosso*)

Nas linhas seguintes, descreveremos os programas desenvolvidos nessa esfera, no âmbito do estado de Pernambuco e os seus propósitos, destacando as variantes relativas ao estado da gestante em seu meio social, seu desenvolvimento pessoal intelectual e de acessibilidade, *status* conjugal, entre outros, devidamente especificados nos gráficos abaixo ilustrados.

5.1. Autonomia negativa – há direito de não exercer a paternidade/maternidade? – Análise crítica de dados estatísticos

Na proposta do presente capítulo encontra-se também a análise da realidade social e não apenas jurídica. Nesse ponto, e considerando que a tese envolve a temática da autonomia na parentalidade da filiação, elegemos um programa que vem sendo desenvolvido pela 2ª Vara da Infância e Juventude da comarca do Recife, que envolve a interpretação quanto à autonomia "concedida" à gestante para a entrega de seu filho em adoção.

Aqui passaremos a focar a autonomia no que se refere à maternidade, particularmente na esfera do instituto da adoção e na previsão legal trazida pela Lei 12.010/2009[314], no que se refere à possibilidade da gestante "entregar o seu filho em adoção", expressão esta que suscita dívidas quanto a esta "autonomia".

---

[314] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente alterado pela lei 12010/2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm, acesso em 24 de janeiro de 2016.
Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.
§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.
§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.
§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.
§ 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

Até 2009, como já mencionado, a adoção não era vista em caráter de excepcionalidade, assim como havia a permissividade da legitimação da adoção *intuitu personae* , uma vez que, não obstante a exigência do cadastro aos pretendentes e crianças a serem adotadas, não havia dirigismo legal para que os pais biológicos entregassem os filhos ao Estado, ficando sempre muito assente na realidade brasileira a história de pretendentes, que embora não cadastrados e, portanto, habilitados pelo Estado para a adoção, haviam recebido a criança aos seus cuidados, diretamente dos pais de origem, buscando com fundamento nessa convivência a autorização judicial posterior.

Essa prática permitida gerava uma ineficácia na finalidade do cadastro com relação aos pretendentes. Estes se viam preteridos em nome de uma convivência prévia estabelecida por alguém com a criança que pretendiam adotar.

Podemos denominar como adoção *intuito personae*, portanto, aquela em que os pais biológicos, ou um deles, ou, ainda, o representante legal do adotando, indica expressamente aquele que vem a ser o adotante e nesse caso, não seria observada a ordem cronológica do cadastro de adotantes. A vontade dos pais biológicos não estaria restrita a que seu filho fosse adotado, mas sim que fosse adotado por pessoa específica, por eles escolhida.

Está claro que a Lei 12010/2009, pretendeu eliminar essa possibilidade ao estabelecer uma série de restrições. A postura legal gerou inúmeras críticas doutrinárias, máxime com relação a uma possível prevalência do formalismo cadastral sobre a natureza afetiva da convivência familiar pré-estabelecida.

Assim, embora houvesse análise de compatibilidade dos pretendentes, durante o processo judicial de adoção, o fato é que estes não atendiam a exigência de prévio cadastramento.

Três são os dispositivos trazidos pela nova lei em alteração ao Estatuto da Criança e Adolescente, que deixam claro a vedação desse tipo de adoção, o artigo 8º,

§§1º, 2º, 3º, 4º e 5º e os artigos 13 parágrafo único, 39, § 1º e artigo 50, § 13 e incisos. [315].

Os dispositivos legais acima mencionados reduzem o arbítrio do magistrado, conduzindo-o à observância formal prévia do cadastramento, bem como ao deferimento de Adoção sem cadastro, apenas nos critérios excepcionais fixados pela lei, entre os quais, não há a possibilidade de eleição pelos pais de origem com relação aos pretendentes.

Conforme mencionado, essa modificação retira dos particulares essa escolha e consentimento, e admitem-na, excepcionalmente nas hipóteses de adoção unilateral, se o pretendente a adoção é parente que detenha afinidade ou afetividade com a criança, ou se oriundo de pessoa que já detém a tutela ou guarda judicial de criança maior de três anos de idade. Logo, crianças abaixo de 03 anos de idade não podem ser adotadas nessa modalidade, imprescindindo de definição prévia de guarda ou tutela, institutos estes revogáveis.

---

315 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente alterado pela lei 12010/2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm, acesso em 24 de janeiro de 2016.
Art. 8º. É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.
§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.
§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.
§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.
§ **4o Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.**
§ **5o A assistência referida no § 4o deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção."**
Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.
Parágrafo único. "As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude."
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.**
§ 2o É vedada a adoção por procuração.
Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.
§ **13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:**
I - se tratar de pedido de adoção unilateral;
II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.
§ 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.

Paulo Lôbo[316] critica essa modificação, alegando que a adoção não pode ser imposta, desconsiderando a relação de filiação existente. Ressalta o autor:

> A necessidade do consentimento dos representantes legais do adotando, especialmente os pais, envolve a autonomia dos sujeitos, considerando-se o corte definitivo que haverá na relação de parentesco, entre eles, e na transferência permanente de família. Sem o consentimento, não poderá haver adoção. O direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não podendo ser suprido por decisão judicial.

É bem verdade que a defesa dessa condição pelo autor, apenas se dará nas hipóteses em que não houver as causas de destituição do poder familiar.

O IBDFAM[317] editou Enunciado programático a respeito, em defesa da adoção *intuito personae*, no sentido de que os pais biológicos possam eleger os adotantes.

Além disso, recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela procedência de uma Ação de Adoção proposta por pretendentes que receberam diretamente a criança da mãe biológica, que por sua vez, não sabia quem era o pai, e não poderia criar a criança, razão pela qual consentia na adoção. O feito foi extinto sem resolução do mérito sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido, já que os pretendentes não reuniam as condições formais do cadastro. A sentença foi anulada em sede de apelação, com o reconhecimento de que as especificidades do caso concreto exigia uma interpretação conforme a constituição, no sentido do melhor atendimento do interesse da criança, que deveria prevalecer sobre a exigência formal do cadastro.

---

[316] LOBO, Paulo. Direito civil: famílias, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 254.

[317] IBDFAM. Enunciado 13. http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam, acesso em 30 de janeiro de 2016. Na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

Quanto ao posicionamento do STJ[318] no Agravo em Recurso Especial nº 220.138 - RN (2012/0176183-7) Relator: Ministro Marco Buzzi, destaque-se o seguinte trecho:

---

[318]STJ. Agravo em Recurso Especial nº 220.138 - RN (2012/0176183-7) Relator : Ministro Marco Buzzi. Agravante : Ministèrio Público do estado do Rio Grande do Norte. Cuida-se de agravo (artigo 544 do CPC), interposto pelo Ministério Público do RGN, em face de decisão que inadmitiu recurso especial, a qual, em autos de ação de adoção, deu provimento à apelação a fim de anular a sentença e determinar novo julgamento do feito, porquanto reconheceu estarem presentes as condições da ação. O apelo extremo fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, desafia decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja a ementa possui o seguinte teor (fl. 334): Civil e Processual Civil, Apelação Cível. Ação de adoção com pedido de antecipação de tutela. Sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito por inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido. Ausência de inscrição no cadastro nacional de adoção. Princípio da proteção integral. Edição da lei federal n. 12.010/09. Previsibilidade de adoção consentida. Art. 166 do eca. Art. 50, § 13, do eca. Ausência de antinomia. Interpretação sistemática. Desnecessidade de inscrição prévia em cadastro face à peculiaridade do caso concreto. Presença das condições da ação. Sentença anulada. Precedentes do stj e desta corte de justiça. Conhecimento e provimento do recurso. Nas razões do especial (fls. 350/357) o insurgente aponta violação aos artigos 282 e 295 inciso I parágrafo único do CPC, 39 e 50 § 13 do ECA. Sustenta, em suma, se tratar de pedido juridicamente impossível, em virtude dos recorridos não estarem previamente registrados no Cadastro Nacional de Adoção. Assevera, ainda, ser hipótese de adoção não autorizada pela lei. Ademais, afirma que não foi observada a ordem cronológica prevista no rol do dispositivo legal. Contra razões às fls. 362/373. A Corte Estadual inadmitiu o recurso ante a incidência do óbice da Súmula 7 do STJ. Daí o presente agravo (fls. 386/393), o qual o insurgente, buscando destrancar o processamento do feito, refuta o óbice aplicado pela Corte local. Contraminuta apresentada. (fls. 397/402). É o relatório. Decido. A insurgência não merece prosperar. 1. No que concerne à assertiva de inexistência de um dos requisitos aptos a configurar o direito de ação, ante a alegação de ausência de uma das condições da ação, verifica-se que o acórdão vergastado concluiu restar evidente a possibilidade jurídica do pedido, nessa esteira, oportuno trazer seguimento do aresto combatido: Outrossim, ressai evidente a possibilidade jurídica do pedido, eis que, sem dúvida, os autores-apelantes deduziram em juízo pedido consentâneo com o nosso ordenamento jurídico, não só com os preceitos contidos no Código Civil, no capítulo que trata da adoção, como também com as disposições elencadas sobre à matéria no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n 8.069/90, pois, como dito, deve ser analisado o caso concreto trazido à juízo, visando um efetivo benefício para o adotando. Nesse contexto, ressalto que, embora a adoção, como forma de colocação em família substituta, prevista no ECA, nos arts. 39 a 52-D, exija um procedimento personalizado, com a observância da ordem cronológica de adotantes e adotandos, estágio de convivência, acompanhamento por equipe multidisciplinar e participação do Ministério Público, albergando, outrossim, algumas exceções, insertas no art. 50, § 130, do referido Estatuto, as quais não se enquadram no caso dos autos, observo que, o presente caso, se adequa a uma das hipóteses de adoção contida no art. 166 do ECA, que se denomina de adoção consentida ou intuitu personae, na qual os pais biológicos abdicam do pater família e direcionam a criança ou o adolescente a uma pessoa previamente escolhida. (...) No caso vertente, a criança foi entregue espontaneamente pela mãe biológica ao casal-adotante, ora recorrente, que, afirmando não saber quem era o pai da criança e não tendo condições para criá-la, consentiu de início, com a adoção. Portanto, entendo possível não só a procedibilidade da ação de adoção, eis que, assim considerada hábil, mostra-se possível a legitimar a pretensão tal como deduzida pelos autores, ora recorrentes, como também o pedido por eles cumulado de guarda provisória Todavia, observa-se a subsistência destes fundamentos inatacados nas razões do recurso especial, quais sejam, tratar-se de pedido condizente com o ordenamento jurídico, tanto com o disposto no Código Civil, quanto no ECA, e ainda, o requisito de ordem cronológica não se adequar ao caso vertente em virtude de se tratar de doação outorgada. Motivação esta apta a manter a conclusão do aresto impugnado, impondo-se o não conhecimento da pretensão recursal, a teor do entendimento disposto na Súmula nº 283/STF: é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Nesse sentido, confiram-se os precedentes: Recurso Especial - seguro - embriaguez - prova - fundamento inatacado - juros moratórios - termo inicial - matéria de ordem pública. 1.- Ausente impugnação a fundamentos do acórdão recorrido, aplica-se a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. [...] 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1086197/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, terceira turma, julgado em 28/06/2011, dje 01/07/2011) processual civil. agravo regimental no agravo de instrumento. Falta de peça essencial à compreensão da controvérsia.

Súmula 288 do stf. Recurso Especial. reexame de fatos e provas. Súmula 7 do STJ. Fundamento inatacado. Súmula 283 do STF. Recurso judicial protocolado após o encerramento do prazo. Intempestividade. Responsabilidade da parte. [...] 4. É inadmissível o recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido apto, por si só, a manter a conclusão a que chegou a Corte de origem (Súmula 283 do STF). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. 2. Além disso, o Tribunal de origem prolatou decisão em consonância com o entendimento desta Corte Superior, a qual entende que a observância da ordem de cadastramento não é absoluta, podendo ser mitigada em respeito ao princípio do melhor interesse do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo. Nesse sentido, confira-se habeas corpus. ação de destituição do poder familiar c/c com adoção. determinação de acolhimento institucional. cadastro de adotantes. Melhor interesse da criança. Ordem concedida. 1.- Não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, como no presente caso. 3.- Ordem concedida. (HC 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, terceira turma, julgado em 07/08/2014, dje 29/08/2014) direito civil. Família. Relação de parentesco. Adoção. Busca e apreensão de menor. Suspeita de simulação. Medida socioeducativa de acolhimento institucional. Hhabeas corpus. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificadas quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA. 2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção intuitu personae, a chamada "adoção à brasileira", ao menos até o julgamento final da lide principal. 3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigamento da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário. 5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança. 6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano. 7. Ordem concedida. (HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014) 3. Do exposto, amparado pelo artigo 544 § 4º inciso II, alínea b do CPC, conheço do agravo, para negar seguimento ao recurso especial. Publique-se Intimem-se Brasília (DF), 25 de maio de 2015. Ministro Marco Buzzi Relator. (STJ - AREsp: 220138 RN 2012/0176183-7, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 05/06/2015)

> "...Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário. 5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança. 6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo

> e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano."

A decisão a nosso ver foi razoável, na medida em que não poderia deixar de reconhecer um bem jurídico maior que é o interesse da criança, em nome de uma formalidade. De qualquer sorte, o que houve teve por base as peculiaridades do caso concreto, que nem sempre estarão presentes em outras hipóteses concretas.

A modificação da lei excepcionando a adoção *intuito personae* encontra-se em cheque mate, pela doutrina e jurisprudência.

Contudo, em que pese fortes argumentos expostos e embora concordemos com os termos da referida decisão, aliamo-nos com o propósito da lei, no sentido de dirigir comportamentos. O que se pretendeu, repita-se, foi a minimização do costume negocial entre particulares, embora às vezes houvesse na realidade muito mais solidariedade do que tráfico.

Em seu caráter geral e abstrato, a legislação tem que eleger mecanismos que possam garantir a proteção integral da criança e do adolescente, restando ao judiciário, diante do conflito suscitado fazer o necessário balizamento e enquadramento sistemático, o que se pôde perceber da decisão.

Estamos falando de autonomia e interesse em não exercer a maternidade, que em regra não deve se estabelecer após a concepção, em razão dos limites impostos por nosso ordenamento, embora essa condição pese ideologicamente na discussão quanto à liberdade sexual da mulher.

A lei impõe que essa entrega seja intermediada pelo Poder Público, eliminando a possibilidade de que a gestante escolha a quem entregar em adoção, mas mesmo essa entrega intermediada é questionável quanto ao sentido da autonomia, dentro de nossa perspectiva.

É prudente que se interprete tais modificações, e neste trabalho, nos importará a expressão inovada pela lei quanto a possibilidade da gestante em seu interesse, entregar o seu filho à adoção, mesmo que diretamente ao Poder Público. Assim, nos restringiremos ao artigo 8º, §§ 4º e 5º, bem como ao artigo 13, parágrafo único, ambos acima descritos.

Com relação ao artigo 8º, §§ 4º e 5º, este demonstra os deveres dos órgãos e autoridades públicas para assegurar o efetivo direito à convivência familiar, dispondo que o acompanhamento à gestante deve efetivar-se, mesmo se houver, por parte desta a manifestação do desejo de entregar o filho em adoção.

Não se trata, a nosso ver, de proteção à autonomia materna em seu "desejo de não ser mãe", mas de medidas preventivas contra condutas mais danosas e irreversíveis quanto à pessoa da criança, tal como o abandono, inclusive em lugares inadequados que ponham em risco a sua vida.

Nesse sentido, Paulo Lobo[319] destaca que tal possibilidade *tem por objetivo evitar que a rejeição do infante, por motivos psicológicos sociais ou econômicos, leve ao abandono da criança após o parto.*

Desta forma, são pessoas que deverão encaminhar a gestante à Justiça da Infância e Juventude, aos médicos e agentes de saúde responsáveis, ou mesmo Diretor Administrativo da instituição encarregada do parto, sob pena de infração administrativa prevista no artigo 258-B.[320]

Segundo os Comentários sobre a lei de Adoção, editados pelo Ministério Público de Goiás, a assistência pelo poder público dá-se por razões justificadas. [321]

> O processo de desenvolvimento de qualquer criança, até o amadurecimento de sua personalidade, durante a adolescência, começa desde a vida intrauterina. O estado geral de nutrição, higiene e saúde da mãe, além dos cuidados recebidos durante a gestação e a amamentação são elementos importantes para garantir-se o bem estar dos indivíduos.

Segundo esse entendimento ainda, é o artigo 198 da Carta Magna que garante esse atendimento à gestante, uma vez que estabelece o sistema único de saúde, fundado este nas diretrizes da descentralização das ações e serviços públicos de saúde, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade. [322]

[319] LOBO, Paulo. Direito civil: famílias, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257.

[320] BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente alterado pela lei 12010/2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm, acesso em 24 de janeiro de 2016.
Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção:
Pena - multa de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais).
Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.

[321] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Comentários à Lei 12010/2009 (lei do direito à convivência familiar), http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/adocao/lei_direito_convivencia_familiar.pdf, acesso em 30 de janeiro de 2016.

[322] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Comentários à Lei 12010/2009 (lei do direito à convivência familiar), http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/adocao/lei_direito_convivencia_familiar.pdf, acesso em 30 de janeiro de 2016.

> Trata-se de uma forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal, situação psíquica perturbadora que, após o parto, causa transtornos comportamentais em boa parte das mulheres, que necessitam de assistência psicológica, isso em atenção ao interesse superior da criança e do adolescente. Enfim, além da própria saúde da mulher, o Estatuto estende à mãe uma série de direitos fundamentais. O cuidado, ampliado ao período pós-natal, leva em consideração também o aspecto psicológico da gestante, que tem direto reflexo no atendimento das necessidades do filho.

Já o parágrafo único do artigo 13, teriam outras justificativas, segundo esse parecer.[323]

> Os maus-tratos, sejam físicos ou emocionais, por ação ou omissão, ocorrem na família, em instituições e na comunidade. O Estatuto os trata como problema de saúde e determina sua obrigatória comunicação ao Conselho Tutelar, para requisição dos serviços necessários para sua confirmação e tomada de providências de acordo com as condições de saúde física e psicológica da criança e adolescente. O acrescido parágrafo único, não bastasse reforçar o acolhimento e orientação às mães e também às gestantes que expressem o desejo de entregar os filhos para Adoção, obriga o encaminhamento destas, nessa hipótese, à Justiça da Infância e da Juventude, para recebimento de assistência psicológica.
> Busca-se, com isso, não apenas evitar-se a tomada de decisões desesperadas, notadamente em caso de gravidez indesejada ou de parcas condições financeiras, que possam colocar em risco a própria vida das mesmas e dos filhos, como a comum situação de abandono de recém-nascidos em locais inapropriados, mas também o prejuízo aos previamente habilitados pelo Poder Judiciário, em caso de proximidade com pessoas que desejem adotá-las sem inscrição no cadastro próprio. Nesses casos, as mães dirigem-se à Vara da Infância e Juventude para promover a entrega de seus filhos ao juiz, que faz os encaminhamentos às entidades de atendimento responsáveis.

Assim, haveríamos de indagar: há direito de não exercer a maternidade?

Conforme já mencionado, a estratégia da interpretação principiológica das normas Constitucionais, ao mesmo tempo em que facilita a resolução dos conflitos e uma maior adequação aos valores da sociedade, pode permitir uma ampla, contraditória e equivocada utilização pelo aplicador. Há relativização de determinados padrões culturais da família nas relações parentais, mas não se pode colocar em risco a legitimação de decisões que podem ocorrer fora dos parâmetros pré-fixados ou limites interpretativos.

Aqui faremos a crítica aos que consideram que a possibilidade da entrega do filho em adoção pela gestante, constitui-se um exercício de sua autonomia, porque esta, verdadeiramente não há, considerando as condições que lhe são impostas, bem como o dever do Estado, segundo o novo preceito, de reunir os esforços necessários para manter a criança na família de origem.

---

[323] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Comentários à Lei 12010/2009 (lei do direito à convivência familiar).

Acreditamos na interpretação lógica e razoável de nosso limite sistêmico, que os referidos dispositivos voltam-se tão somente para garantir, que essa "entrega" não venha a ser negociada entre particulares, mesmo que gratuitamente, infringindo mandamento Constitucional, viabilizando um tráfico de pessoas; a previsão visa ainda garantir, que a gestante desestruturada, social e psicologicamente, não venha a optar por vias mais drásticas para "se livrar" do encargo materno, abandonando a criança com risco de morte, ou ainda tentando interromper a gravidez em qualquer estágio, o que além de se configurar conduta criminosa, poderia colocar em risco também a sua própria vida.

O propósito legal, portanto, principalmente dos § 5º do artigo 8º e parágrafo único do artigo 13, acima transcritos, é minimizar efeitos considerados mais danosos à criança, estatística prevista em nosso país, e não conferir a liberdade de autonomia à gestante.

Aqui não procuraremos polemizar na esfera da descriminalização do aborto, ou mesmo dos argumentos favoráveis ou desfavoráveis para a sua legalização, mas tão somente constatar que o nosso modelo jurídico, foi construído e evoluiu sob critérios de ordem pública, principalmente quanto às questões que envolvem o interesse de menores incapazes. Nesse sentido, o interesse em entregar o filho em adoção, não assume o sentido de liberdade de decisão sobre o destino de seu filho, mas medida procedimental paliativa para outros males sociais.

A interpretação quanto ao sentido das referidas regras legais faz-se necessária dentro do contexto limitativo de nosso sistema jurídico, não obstante as inúmeras críticas de natureza política, e até mesmo ideológicas, máxime no que se referem às conquistas de liberdade sexual da mulher e sua emancipação.

Aqui registraremos, a título de exemplo quanto às diversas interpretações dos referidos dispositivos, ações que são desenvolvidas dentro de um mesmo âmbito administrativo, respaldadas nas mesmas esferas legais, mas que apresentam propósitos flagrantemente antagônicos.

Referimo-nos ao Programa "Mãe Legal"[324] e ao programa "Acolher"[325], ambos desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, sendo que o primeiro

[324]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. http://www.tjpe.jus.br/web/infancia-e-juventude/2vara/nuce, acesso em 08 de dezembro de 2015.
[325]TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. http://www.tjpe.jus.br/web/infancia-e-juventude/coordenadoria/projetos/programa-acolher, acesso em 08 de dezembro de 2015.

é de responsabilidade da segunda Vara da Infância e da Juventude da Capital-instrumentalizado pelo denominado NUCE – Núcleo de Curadoria Especial e Proteção à Família, e o segundo é de responsabilidade da Coordenadoria da Infância e Juventude, em parceria com outras instituições, como o poder executivo (secretarias de desenvolvimento social, da criança e juventude, da mulher, de saúde, de justiça e direitos humanos), o Ministério Público (promotoria da infância e juventude), a Defensoria Pública (defensoria da infância e juventude), o CEDCA (conselho estadual da criança e do adolescente), a AMCONTEPE (associação metropolitana dos conselheiros tutelares e ex-conselheiros do Estado de Pernambuco), e a ACONTEPE (associação dos conselheiros tutelares e ex-conselheiros do estado de Pernambuco).

Contudo, segundo manual informativo prestado pelo próprio setor responsável, editado no ano de 2010, o Programa "Mãe Legal" destina-se ao atendimento de mulheres que manifestem a intenção de entregar as suas crianças em adoção, seja antes ou após o nascimento.

> *O Programa propõe-se a acolher estas mulheres e investe na promoção de sua autonomia e no respeito à decisão que as mesmas venham a tomar, sejam quais forem os motivos pessoais pelos quais não quer ou não se encontra em condições de permanecer com a criança.*

Já o Programa "Acolher", que se aplica a todo o estado de Pernambuco, com exceção da Capital, onde se aplica o programa "Mãe Legal", visa o atendimento a mulheres que buscam orientação para decidir sobre a entrega de seu filho a uma família adotiva, seja antes ou depois do nascimento, prestando-lhes assistência judicial e psicossocial. Tem como objetivos a ajuda às mulheres e seus familiares, auxiliando-lhes a compreender as consequências legais e emocionais do ato da entrega, buscando entender e minimizar os efeitos aos que foram levados a buscar essa decisão, *mas se assim persistir, apoiá-las em sua autonomia*. Evitando assim que crianças sejam postas em situação de risco, sejam elas: abandono, adoção ilegal, infanticídio, entre outras.

Como se pode perceber, os dois programas aparentemente atenderiam ao mesmo propósito, se o primeiro não tivesse por foco principal a autonomia da gestante e o segundo tivesse como foco principal a intervenção do Estado para o fortalecimento da maternidade responsável, bem como no apoio para a condução da criança à família adotiva, caso não se consiga reverter o quadro intencional.

Assim, o Programa "Mãe Legal" possui uma estrutura interna que conta com profissionais de diversas áreas (advogados, psicólogos, assistentes sociais e pedagogos), que por sua vez, atuam com o objetivo de acolher a mulher, respeitando a sua decisão e autonomia, o respeito pelo seu corpo, psique e capacidade de decisão.[326]

Há, portanto, nas justificativas dos respectivos programas, focos diferenciados e interpretações diferentes com relação ao preceito legal da *pseudo* liberdade da mulher na entrega de seu filho em adoção, posto que esta não se faça plena, no bojo e no contexto de nosso sistema jurídico, não obstante sejam justificadas algumas críticas com relação ao rigor e julgamento moral que se faz da postura da mulher no exercício da maternidade.

O fato é que, juridicamente, em nosso sistema, o direito de não ser mãe só existe até antes da concepção, ou nos casos permitidos pela lei penal para o aborto legal, e a permissão de sua entrega do filho, se dá, não no respeito a sua autonomia, mas para minimizar danos irreparáveis com relação à criança, conforme exaustivamente exposto.

Ademais, o contexto da lei 12.010/2009, que coloca a adoção como medida excepcional, corrobora o interesse do Estado no fortalecimento da paternidade responsável, que consistiria no sentido de responsabilidade da família de origem, não apenas com relação ao núcleo do pai ou mãe, mas também da família extensa e de origem.

Visando a identificação das razões detectadas na entrega, analisemos alguns dados estatísticos, colhidos da aplicabilidade do Programa "Mãe Legal" acima mencionado, máxime com relação ao perfil das mulheres atendidas, sob o escopo da entrega de seus filhos ao Estado.

Atualização dos dados do programa Mãe Legal – PERFIL DAS MULHERES ATENDIDAS[327]

(dezembro/2014)

O programa já realizou atendimento a 178 (cento e setenta e oito) mulheres, até dezembro de 2014, dados estes que foram oficialmente fornecidos por meio do Manual Informativo já mencionado. Além disso, os dados foram levantados no

[326] MENDES, Maria Goretti Soares. **O direito de não ser mãe**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2015, p.111.

[327] TJPE. Programa Mãe Legal da 2ª Vara da Infância e Juventude do Recife/PE.Nuce. http://www.tjpe.jus.br/web/infancia-e-juventude/2vara/nuce, acesso em 24 de janeiro de 2016.

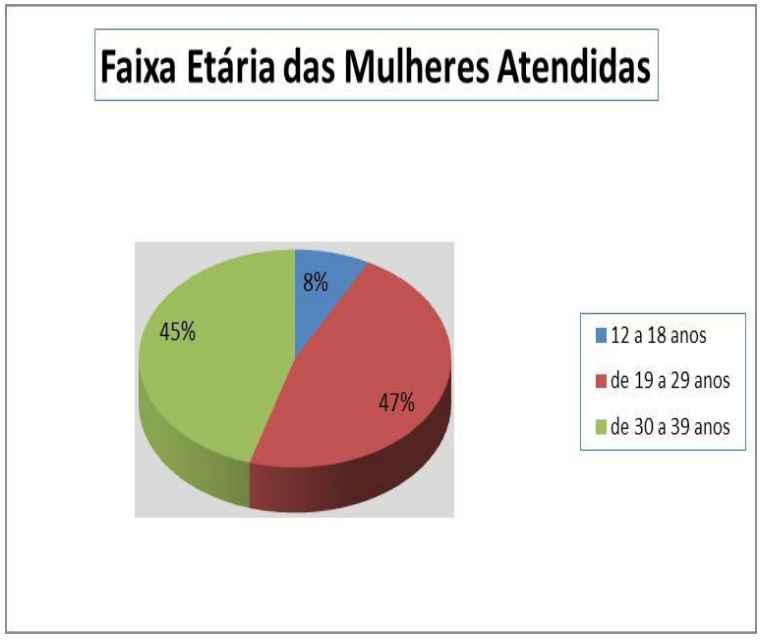
âmbito da Comarca do Recife, já que o referido programa é restrito à 2ª Vara da Infância e Adolescente da Capital de Pernambuco.

Os indicadores considerados foram: faixa etária das mulheres atendidas, sua escolaridade, sua ocupação profissional (existente ou não), a existência ou não de conjugalidade, a existência ou não de outros filhos, se houve ou não entrega anterior de outras crianças, e por fim um gráfico sobre a inserção da criança na família, após a intervenção da equipe responsável.

A leitura procedida dos gráficos tenta identificar o sentido da regra específica que autoriza a entrega do filho em adoção, pela mãe, considerando os pontos fixados na descrição do programa e o ideal da lei. Contudo, não foi procedida entrevista com os agentes responsáveis, que possa esclarecer melhor a sua atuação enquanto delegados do Estado para a intervenção nessa demanda. Dessa forma, a leitura tenta avaliar criticamente o sentido da autonomia considerado pelo programa, a forma de sua atuação e a observação de pertinência com o sentido estabelecido pelo nosso ordenamento jurídico.

Conforme se pode depreender do gráfico 1 abaixo, a maioria das mulheres encontra-se em uma faixa etária entre 19 e 29 anos (47%), seguida da faixa etária entre 30 e 39 anos (45%), o que presume certa maturidade para avaliação dos efeitos irrevogáveis de sua entrega, devendo este dado ser associado aos demais dados a serem analisados.

Gráfico 1 – Faixa etária



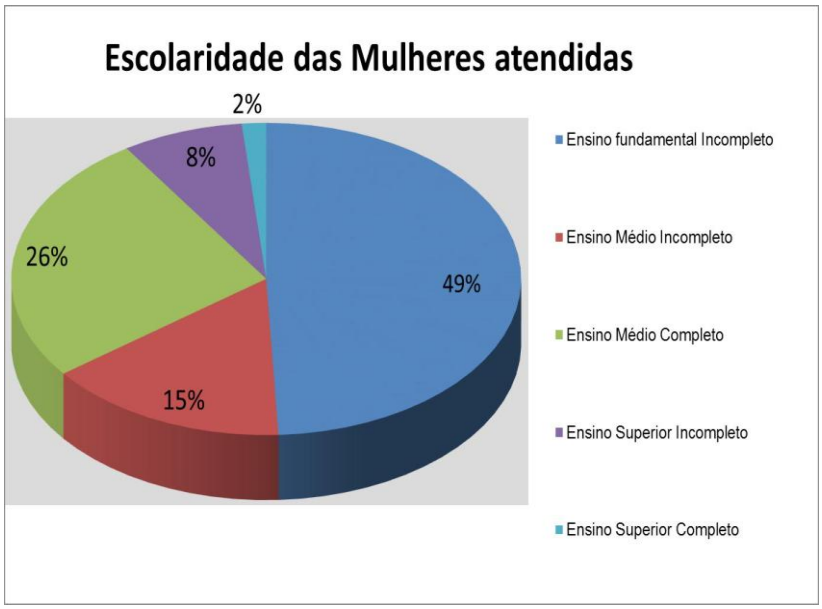
O grau de instrução das mulheres atendidas é baixo e confirma que a maturidade em razão da idade não se faz suficiente para a compreensão dos efeitos de seu ato.

Quase metade das mulheres atendidas (49%), sequer completou o seu ensino fundamental. O ensino médio completo foi detectado em 26% das mulheres atendidas e apenas 10% das mulheres chegaram a iniciar um ensino superior, dos quais apenas 2% tiveram a chance de completá-lo.

Da leitura de tais dados, observa-se que o grau de profissionalização das mulheres atendidas é quase inexistente, o que reforça certa condição de insuficiência para sustentabilidade material da criança.

Além disso, a ausência de formação escolar adequada, refletida no Gráfico 2, presume também grau de capacidade reduzida para a análise dos efeitos de seu ato.

Gráfico 2 - Escolaridade



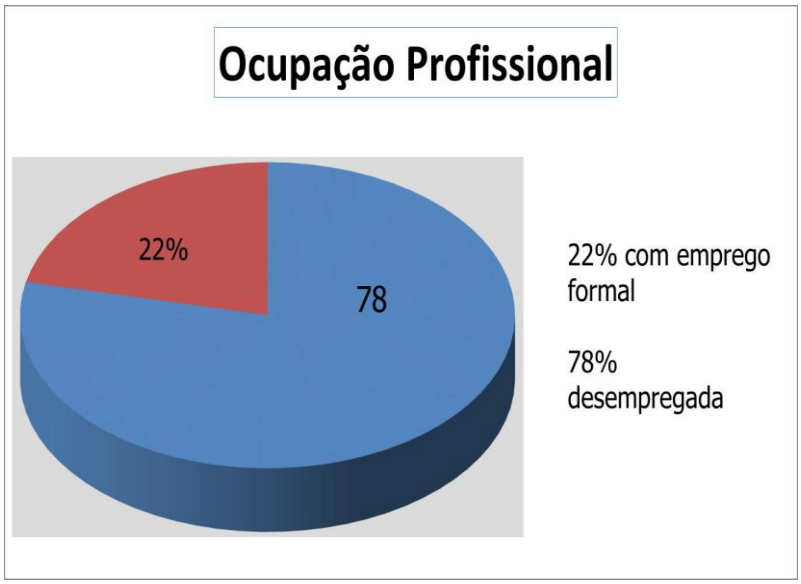
Se associarmos o indicador acima analisado referente ao grau de escolaridade, ao indicador da ocupação profissional abaixo demonstrado no Gráfico 3, poderemos confirmar que 78% das mulheres atendidas estavam desempregadas e, portanto, premidas pela necessidade de entregar seu filho em adoção, pela absoluta falta de condições de sua sustentabilidade.

Os indicadores reforçam que o Programa pode estar voltado a atender situação emergencial decorrente de uma patologia social típica de um país subdesenvolvido, com função imediatista que visa minimizar danos às crianças e adolescentes, mas não atende ao ideal estabelecido pelo nosso sistema jurídico Brasileiro, na esfera da autonomia.

Talvez, se diferente essa condição de empregabilidade e sustentabilidade, "o interesse" na entrega em adoção não existisse ou se existisse, seria pleno em sua vontade e consciência.

Não podemos descartar também que apesar de menor, o percentual de 22% de mulheres que, não obstante empregadas, apresentaram o "interesse" de entregar o seu filho em adoção, ainda é elevado. Teríamos que considerar o cruzamento com outros indicadores do levantamento estatístico.

Gráfico 3 - Profissionalização



É importante analisar também outras circunstâncias que podem ou não influenciar na entrega do filho em adoção. Através do gráfico 4 abaixo, podemos presumir que 88% das mulheres não se encontram em situação de conjugalidade, seja com o pai da criança, seja com outra pessoa. O dado pode indicar a existência da situação da mulher enquanto "mãe solteira", e não necessariamente por opção, mas pela não assunção da responsabilidade paterna.

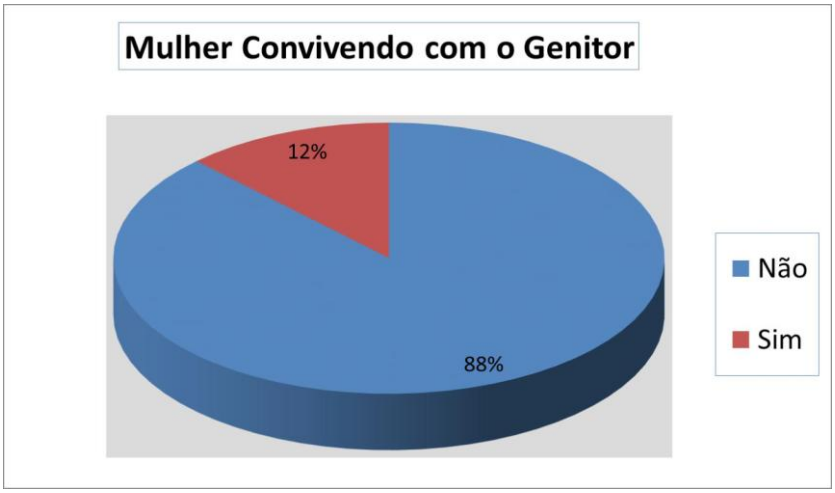
A intervenção da equipe com relação à mãe, deveria ser de apresentação das diversas alternativas para a tentativa de manter a criança em sua família de origem e

com a posse da mãe, dentre as quais, os meios, orientação e caminho para que a mesma busque o reconhecimento da responsabilidade paterna para seu auxìlio e exercício do direito fundamental da criança.

Os parâmetros legais analisados exigiriam essa postura do Estado, na formação de agentes que possam compreender a importância da conscientização da paternidade/maternidade responsável.

Não se trata de proceder também com julgamentos morais, caso as tentativas quedem-se frustradas e a entrega seja operacionalizada. Aqui não estamos falando de crime de abandono, tão pouco de desamor, mas de circunstâncias que possam vir a garantir o atendimento do melhor interesse da criança, e se essa circunstância resultar na entrega, ela deve ser viabilizada sem desconforto.

Gráfico 4 – situação conjugal



Além disso, 77% das mulheres que buscaram o Estado para a entrega já possuíam outro filhos, e apenas 23% estava procedendo com a entrega do primeiro filho. O gráfico 5 sugere não o exercício de uma preferência por determinado filho, mas também a consideração de outros fatores. A depender a renda *per capita* na família, a mulher pode se sentir premida a não prejudicar os demais filhos, com os quais já possui convivência e afetividade, com a diminuição de seu poder de contribuição individual.

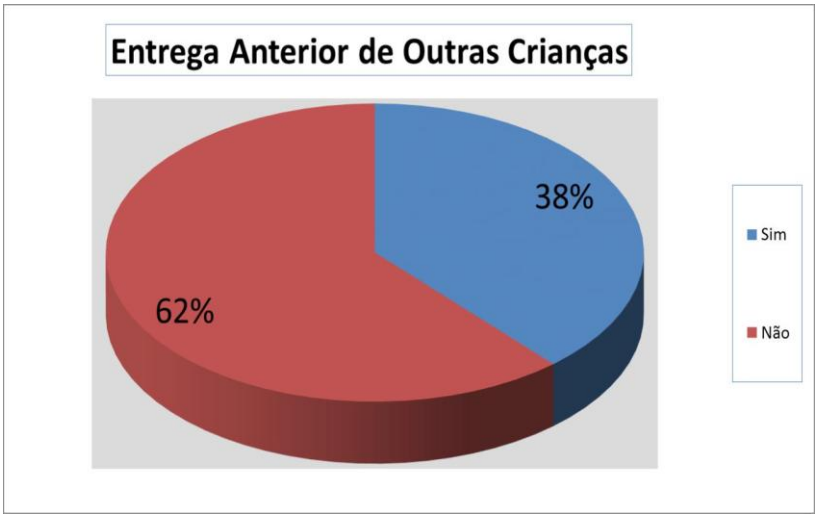
Não se trata de uma realidade desejável, mas inevitável para a viabilidade de sobrevivência.

Gráfico 5 – Outros filhos

Das mulheres atendidas para a entrega em adoção, 38% já haviam procedido com a entrega de outros filhos, anteriormente e 62% estavam procedendo com a entrega pela primeira vez, conforme se visualiza no Gráfico 5.

A abertura dessa possibilidade pela Lei confere alternativa para as mulheres em situação de penúria e incapacidade para criar os seus filhos, considerando-se também o perfil apresentado pelo atendimento. Além disso, como não elimina a patologia social que torna o cidadão impotente para assumir as suas responsabilidades, termina por, aos poucos, naturalizar o processo de entrega. O percentual de 38% de mulheres que estavam procedendo com a entrega já pela segunda ou terceira vez é extremamente sintomático desse processo de naturalização.

Gráfico 5 – experiência de entrega anterior



Por fim, o atendimento, segundo o Programa “Acolher” , mais amplo no Estado de Pernambuco, acima mencionado, pelo contexto legal no Brasil, deveria tentar promover a inserção da criança em sua família de origem, conferindo à gestante ou mãe, as informações necessárias para que a mesma compreenda os efeitos de seu ato e procure assumir a sua responsabilidade com o auxílio de sua família extensa, considerando-se que a adoção tornou-se medida excepcional.

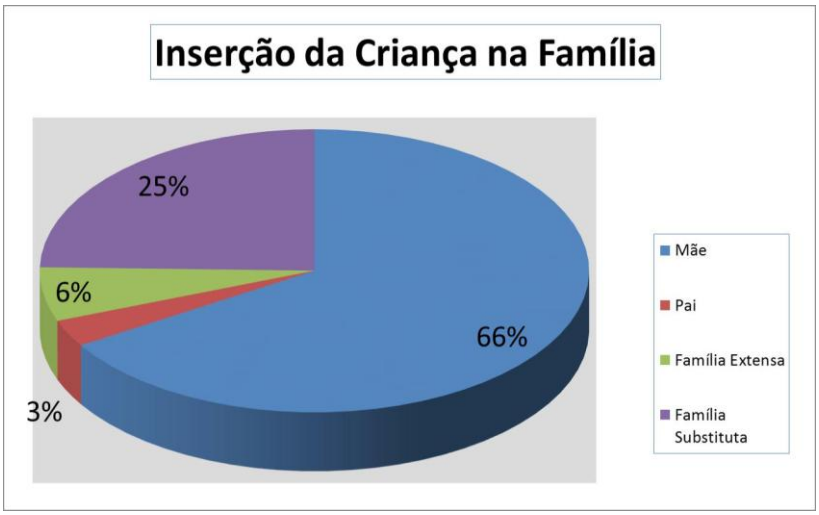
E na apresentação do Programa “mãe legal”, mais restrito à comarca do Recife em Pernambuco, o objetivo perseguido seria o atendimento do interesse exclusivo da mãe, enquanto sua vontade de não exercer a maternidade. Esse objetivo resta claro no Manual informativo, quando afirma destinar-se ao atendimento de tal interesse sejam quais forem os critérios pessoais que a levaram a isso, “quer ou não se encontre em condições de permanecer com a criança.”

Apesar disso, o Programa segue tentando se adequar ao ideal da lei, ressaltando que o Poder Público tem o dever de garantir à criança o direito à convivência familiar e comunitária, preferencialmente, junto à sua família de origem e apenas quando esgotados todos os esforços para a manutenção dos vínculos familiares e comunitários da criança deverá esta ser encaminhada ao Poder Judiciário para fins de adoção.

O gráfico 6 abaixo indica o resultado da intervenção da equipe, junto à gestante ou mãe, de forma a identificar que 66% das crianças permanecem com a mãe e, portanto em sua família de origem nuclear, centrada na figura materna, 6% das crianças permanecem na família de origem sendo a extensa, para além do núcleo paterno e materno, e apenas 3% permanecem no núcleo paterno, o que demonstra um resultado favorável ao ideal da lei com relação ao fortalecimento da paternidade/maternidade responsável.

Assim, apenas 25% das crianças cumprem o destino perseguido inicialmente pela mãe, inserindo-se em família substituta.

Gráfico 6 – Inserção da criança na família de origem



Com a análise, procuramos demonstrar o sentido da autonomia parental defendido na presente tese, muito embora seja apenas uma amostra focada no instituto da Adoção, configurando a proposta crítica quanto à interpretação da norma jurídica brasileira na realidade social e jurídica.

Pensemos por último em um segundo fator, agora relativo ao gênero e na contraditória postura do Estado. Em diversos estados federados, os Tribunais de Justiça em parceria com outros setores, como o Ministério Público e as defensorias públicas, desenvolvem o Programa denominado "Pai Legal".

Por vezes esse mesmo programa toma forma de campanha com outras denominações, como "Seja herói de seu filho", e outros.[328] Essa campanha foi elaborada a partir de um dado de Censo Escolar fornecido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, que tabulou que 311.254 alunos da rede pública de ensino estadual, municipal e federal em Pernambuco não têm o nome do pai nos registros de nascimento. A campanha *Seja Herói do Seu Filho* está em sintonia com o projeto "Pai Presente" do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabelece medidas a serem adotadas pelos juízes e tribunais brasileiros para reduzir o número de pessoas sem paternidade reconhecida no país. O objetivo, segundo a Corregedoria responsável pela implantação, é de massificar o conceito de

[328] TJPE. Corregedoria Geral de Justiça. Campanha Seja Herói de seu filho. http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/74344 -campanha-seja-heroi-do-seu-filho-sera-lancada-em-pernambuco, acesso em 30 de janeiro de 2016.

reconhecimento voluntário, a ideia da importância cidadã do ato e para a boa formação psicológica de todo ser humano.

As propostas, ao contrário do programa *mãe legal*, não admitem a não assunção de responsabilidade do pai com relação ao seu filho e promove a possibilidade de seu reconhecimento, seja voluntário ou involuntário, a partir da convocação de mães que não declararam o nome do pai nos registros civis de nascimento. O levantamento é feito quando da matrícula dessas crianças na rede pública de ensino. A partir daí, frustrada a conscientização para o reconhecimento voluntário, o Ministério Público possui legitimidade ao reconhecimento forçado.

A ação é pública, notória e bastante difundida, mas apresenta uma lógica totalmente invertida no que diz respeito à mãe. Então o Estado promove ações para que o homem seja levado a assumir a sua responsabilidade paterna ao mesmo tempo em que promove ações para que a mulher possa, havendo interesse, entregar o seu filho em adoção?

Entendemos que para fins de assunção de responsabilidade, não há discriminante natural de gênero que possa admitir posturas tão antagônicas. Ou será que a facilitação da entrega do filho em adoção pela mãe tem a ver com a maioria dos casos de irresponsabilidade paterna?

VI – CONCLUSÃO

Quais os limites implícitos no sistema jurídico brasileiro para o exercício da liberdade do planejamento familiar? Como a autonomia parental deve ser exercida e como ela vem sendo operada em nossa realidade social e jurídica? Essa é a nossa principal investigação.

A investigação contribui com a revisão dos parâmetros que vêm sendo utilizados na esfera da autonomia parental, propondo uma retomada na ordem estabelecida pela norma jurídica sem, contudo, deixar de lado a preocupação quanto ao reconhecimento dos avanços alcançados na concepção de família e do parentesco de filiação.

Para construir o entendimento, partimos das concepções distintas do parentesco segundo diferentes contextos históricos, que influenciaram a organização de sistemas classificatórios de parentesco. Sistemas que um dia levavam em conta socialmente, apenas a natureza unilinear da filiação (matrilinear ou patrilinear), mas reservava, ainda que de forma ideal, o lugar do outro. O bilinearismo surge como forma mais generalizada, capaz de apresentar soluções mais globais e não parciais, como uma das estruturas elementares do parentesco. A partir da definição de sua estrutura elementar de parentesco, a sociedade definirá culturalmente se o seu exercício será mais aberto ou fechado em graus de impedimentos ao casamento.

O resgate histórico das diversas concepções de filiação nos diversos contextos do processo civilizatório aponta os caminhos que foram percorridos pela humanidade na busca de uma construção lógica parental que atendesse aos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa e absurdamente dinâmica nas relações existenciais, bem como as soluções obtidas por meio de convenções sociais que, influenciadas pelos progressos obtidos na produção dos meios de subsistência, guiavam o exercício da sexualidade humana.

Da endogamia à exogamia nas tribos, as convenções na maioria das sociedades ocidentais, levaram à proibição das relações incestuosas e à busca de relações individuais que detivessem um maior caráter de exclusividade. A monogamia, então, enquanto vetor de organização social desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno, e consequentemente ampliando-se o caráter unilateral do parentesco da filiação pela paternidade e legitimando a biparentalidade, pela exclusividade da relação entre os genitores.

Assim, o interesse na denominação do parentesco através da atribuição da condição de “pai”, “filho”, “irmão”, entre outros, não reside apenas em sua adjetivação ou na escolha de títulos, mas na definição de deveres recíprocos e definidos no regime social dos povos. A união por grupos transforma o que um dia foi obrigação em proibição de casamento entre pessoas que fazem parte do circulo fechado da consanguinidade.

A monogamia surge, contudo, para impor a exclusividade à mulher, cuja certeza da maternidade sempre acompanhou, mas não ao homem que detinha autorização social para outros relacionamentos, sem prejuízo de identificação de sua prole consanguínea.

A partir daí, a caracterização patriarcal da família foi definida pela produção de riquezas do homem, sofrendo a mulher a perda de seu domínio familiar, antes reservado pelo papel principal que desempenhava dentro da certeza de sua maternidade.

A convenção de que a filiação seria proveniente exclusivamente do casal, unidos monogamicamente, impulsiona a ideia da biparentalidade, pela linha paterna e pela linha materna, certifica a legitimação para a transmissão sucessória do patrimônio familiar, garantindo a continuidade social e o sustento de gerações.

O valor monogâmico com o tempo, em que pese haver surgido como forma de estruturação da sociedade, passou a fundamentar-se também, em um caráter de cunho moral, desta feita pela influência da própria religião católica apostólica romana, que até o advento da república, mantinha o monopólio de legitimação do matrimônio.

Inseriu-se a monogamia em nosso ordenamento como um vetor imperativo ao casamento, registrando-se o repúdio e condenação das relações concubinárias, enquanto relações existenciais paralelas, e geradas pela conduta de *grave violação do dever do casamento*, além de sua tipificação criminal pelo *adultério*.

Na formação do povo brasileiro, não ficamos livres de um sistema de parentalidade, gerado através de um costume denominado de *cunhadismo* (acasalamento com moça índia em troca de mercadorias e ferramentas), traduzido na troca estabelecida entre o europeu e o índio para a exploração econômica das terras.

Em seguida, e com a definição do domínio Português, inicialmente por meio do regime de donatarias e posteriormente com a instalação de um governo geral, a família brasileira passou a ser o resultado dessa influência, bem como da influência religiosa estabelecida pelo processo de evangelização dos jesuítas. Em colônia, a

família brasileira, foi se calcando em um modelo ditado pela economia de produção, com uma função religiosa, econômica, política e procriacional e, portanto, assumindo um papel de exclusão de legitimidade de quaisquer outras relações que não adviessem do matrimônio, como modelo ideal eleito pela sociedade burguesa e católica da época.

Essas duas influências (a religião católica e a legislação portuguesa) foram determinantes para o modelo de exclusão construído no Brasil, com longa vigência, apto ao próprio contexto da sociedade da época. Inseria-se, portanto, o modelo Brasileiro, em uma ótica utilitarista, em caráter absoluto para a legitimação da família.

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, publicadas no ano de 1707 pela Igreja Católica, baseadas nas tradições bíblicas, nas Constituições Portuguesas e nas diretrizes do Concílio Tridentino, de forma adaptada à situação colonial, constituiu-se entre as verdadeiras raízes de nosso ordenamento jurídico.

A previsão dos chamados *delitos da carne,* definidos por qualquer relação sexual fora do casamento e da diversidade de sexo, expressava o caráter de exclusão social das relações existenciais, com total restrição a autonomia da vontade em nome dos valores religiosos, cuja obediência era devida, sob pena de sanções.

Antes da codificação de 1916, no *Esboço* do Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas na Consolidação das leis civis, o tratamento era de flagrante exclusão com relação à filiação denominada de *ilegítima* e a situação da criança no seio da família era de total anonimato.

No referido *Esboço*, uma das principais previsões e que interessam à nossa investigação, que também inclui a nossa história, havia expressa proibição de reconhecimento por mais de um pai ou mais de uma mãe, delimitando o parentesco de filiação à biparentalidade.

Também com relação ao parentesco por afinidade, a responsabilidade era mais ampla, com a previsão de efeitos jurídicos patrimoniais inclusive entre sogro, sogra, genro e nora.

Mas, o marco histórico da legislação familiar brasileira, se deu mesmo com a promulgação do Código Civil de 1916, que de qualquer forma, carregou toda essa desigualdade, não apenas na filiação, como também na relação conjugal. O único passo voltado à busca de uma igualdade na filiação foi a previsão da possibilidade de

reconhecimento de filhos, mesmo diante da nulidade absoluta do casamento e ausência de putatividade.

Apesar de ainda se traduzir em um sistema de exclusão, a situação da criança e do adolescente no seio da família foi mais valorizada, impedindo-se a busca judicial deste na hipótese de desobediência ou má conduta, e a expressão castigo moderado passou a ser implícita e não expressa.

A grande fase de exclusão e proibições suscitou um fortalecimento das teorias libertaristas em contraposição radical ao modelo excessivamente utilitarista, ressaltando um sentido de liberdade plena do indivíduo, sentido esse também não totalmente condizente com a perspectiva de ordem historicamente traçada pelo direito.

Isso se deu em razão da mudança da base valorativa da liberdade existencial, que passou a se distinguir de outras esferas de liberdade privada, principalmente em razão de sua peculiaridade íntima com os valores da própria existência humana, voltada à primazia do bem estar das pessoas e não dos grupos que as mesmas compõem, dentre eles a própria família. Dessa forma, a base da liberdade existencial distancia-se e se distingue do sentido atribuído e de conceitos excludentes no passado.

Após a introdução do divórcio no Brasil, em 1977 e posteriormente a adoção da pluralidade exemplificativa das entidades familiares no texto Constitucional de 1988, estabeleceu-se uma crescente abertura de concepções familiares, antes hermeticamente fechadas em nossa legislação que buscaram a inclusão de importantes demandas sociais e proteção da pessoa. A ideia de interpretação do rol explícito, como exemplificativo, levou doutrinadores e julgadores a imaginarem que haveria livre decisão de conformação dos arranjos familiares, inclusive no que diz respeito à parentalidade.

Contudo, a história e a densidade dos valores hoje consolidados em nosso estado de direito e a natureza exemplificativa do rol das entidades expressas na Constituição Federal, não reduz as esferas familiares àquelas expressamente previstas, mas também não permite que esferas não condizentes com os fundamentos da República, no respeito à dignidade humana e à solidariedade familiar venham a se estabelecer, sob pena de comprometer os elementos mínimos de validade e, portanto a garantia da proteção de seus entes.

O Código Civil Brasileiro de 2002 emerge, por sua vez, em um contexto mais complexo das relações familiares, contexto este que passou a influenciar a elaboração de legislações esparsas que passaram a derrogar dispositivos previstos e a ajustar mandamentos de acordo com a nova ordem política e social do Estado.

Dessa forma, houve significativa evolução do sentido de autonomia para o direito. O sentido jurídico de autonomia está inevitavelmente imbuído de um sentido de autoregulação e limites, criados *pelo homem e para o homem* em prol de sua coexistência.

Em matéria de filiação legitimada pelo casamento, não obstante o modelo reducionista do passado, as condutas internas dos pais com relação aos filhos eram mais livres, uma vez que a criança e o adolescente não eram tidos enquanto sujeitos de direito, capazes de exigir o cumprimento de seus direitos fundamentais até mesmo em face dos pais. O caráter de propriedade inerente à filiação no passado conferia aos pais um poder de decisão com relação ao destino de seus filhos, permitindo-lhes a intervenção física e psicológica na sua formação, pelo castigo, inclusive. No entorno, tal poder era exercido muito mais pelo homem e autoridade paterna, já que esta autoridade também era marital na submissão da esposa às suas decisões.

Diante dessa evolução, podemos elencar, na atualidade, três valores imprescindíveis para o reconhecimento da família, máxime aquela inserida nas relações parentais, valores estes que foram alçados à condição normativa principiológica: solidariedade, afetividade e responsabilidade. Todos possuem o conteúdo da responsabilidade existencial.

O ponto de partida para a obtenção de respostas sobre os limites da autonomia existencial parental é buscar a dimensão do interesse da criança e do adolescente, da solidariedade familiar, da afetividade e da paternidade responsável.

Na investigação procedida, registramos a passagem da criança e do adolescente à condição de sujeito de direito, e as vicissitudes históricas que levaram a essa mudança de perspectiva, sobre a qual hoje se deve interpretar o exercício da autonomia em nosso ordenamento.

Adotamos por isso a classificação híbrida da família moderna, como forma de organização dos desejos e poderes, e o entendimento de que a revisão sazonal de sua face tornou-se um ritual nas sociedades. Olhar para o passado importa em querer justificar a caminhada empreendida e planejar os próximos passos, mas também,

importa em rever condutas, mantendo-as ou alterando-as, considerando as novas exigências valorativas.

Não pudemos desprezar também na investigação, a influência de outras ciências na mudança de concepção da família, como a difusão da psicanálise. Práticas como o apoio psicopedagógico nas escolas e a intervenção pericial nas varas de família representaram a inserção de fragmentos da técnica psicanalítica. E é importante ressaltar, que os seus seguidores nunca trazem à baila qualquer ameaça de coerção ou promessa de obtenção de serviços "sólidos", mas, ao contrário, afirmam que lhes é possível uma liberação das coerções, do peso dos costumes, do arbítrio das regras, promessas de desinibição da sexualidade, esperança de uma autonomia existencial, que não se faz real no mundo jurídico.

Com o enquadramento da família no setor social, enquanto *locus* para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reconhecemos que a sua plena libertação lhe aprisionaria funcionalmente, máxime quando nos referimos à esfera das relações parentais.

Nesse sentido, e considerando toda a história social da trajetória da criança, nos submetemos a normas restritivas ao exercício de nossa plena individualidade, seja por ação, seja por omissão, em prol do ideal desenvolvimento do menor.

O contexto sócio-econômico do Brasil nos aponta, infelizmente, para uma realidade em que o Estado Brasileiro não assume a responsabilidade de proteção que lhe foi imposta Constitucionalmente, haja vista os dados oficiais coletados relativos às crianças abandonadas e em situação de risco.

Defendê-las de qualquer forma de discriminação e garantir-lhes o acesso aos direitos fundamentais torna-se imperativo na tônica familiar. Daí a conclusão de que a própria liberdade de planejamento familiar está sujeita a limites, enquanto a primeira das imposições a uma ordem ou padrão que visa beneficiar este sujeito de direito.

A liberdade de constituição familiar engloba a liberdade de procriação, no aspecto volitivo de querer ou não ter filhos. Não querer ter filhos, no entanto, na seara do que denominamos de autonomia negativa, requer o momento certo, sob pena de se afrontar direito fundamental de outros seres, inclusive os de futura geração.

A autodeterminação para a procriação, contudo, encontrará limites naturais de incompatibilidade, como é o caso dos casais homossexuais e também deverá ser vista

diferencialmente caso possa ser exercida naturalmente, ou tenha que sofrer intervenção medicamente assistida, com finalidade terapêutica.

É preciso ressaltar que o direito à reprodução através de qualquer forma de se desenvolver, é precedido de tutela Constitucional e isonomia sendo, por esta razão, de incontestável relevância a tal ponto que pode ser considerada um direito fundamental, o que não significa que estaria justificada a utilização de todas as técnicas de reprodução humana assistida, e principalmente aquelas que poderiam colocar em risco outros direitos fundamentais próprios e de terceiros.

Assim é que, refletindo sobre as dimensões do melhor interesse da criança, nos deparamos com limites existentes em momentos que antecedem mesmo à concepção.

O desafio da contemporaneidade, diante da heterogeneidade das relações familiares, se encontra na busca de soluções jurídicas que apresentem unidade e coerência para a elaboração do projeto parental. Pensamos que esta unidade parte de uma premissa inarredável: *a proteção da criança e do adolescente, contra os excessos do individualismo existente no uso e concepção indevida da liberdade existencial.*

A crescente participação da mulher no mercado de trabalho, a mudança dos costumes, com a relativa liberação sexual, e o acesso aos meios anticoncepcionais são fatores decisivos da alteração do modelo da família, ao lado dos condicionamentos produzidos pela urbanização e industrialização do país. As mudanças são profundas e vieram para ficar, constituindo novas formas de relações que não prescindem da célula familiar, mas buscam acomodações mais adequadas ao mundo atual, com seus avanços tecnológicos e políticos.

Se a sociedade tende a organizar inovações, o direito tende a evoluir na mesma direção e consagrar princípios apropriados a essa evolução.

Não se trata de querermos buscar conformações ideológicas, pois estas podem não vir a ocorrer na esfera jurídica, mas de, racionalmente, delinear, em um contexto sociopolítico atual de um Estado Democrático de Direito, interpretações coerentes que conformem a renovação de valores.

Temos sim que enxergar uma realidade dinâmica e que, portanto, não pode viver às margens de puras convenções, como no passado, mas também não subsistem ao pretenso abandono das qualificações que as protegem pelo sentido da norma.

Assim, nem toda realidade será apreendida pelo direito, até porque este mantém o seu propósito de organização, de garantias e não sobrevive sem os limites.

A proclamação de liberdade científica pelo Estado na Constituição Federal, que envolve a manipulação e variação da reprodução humana e consequentemente do projeto parental, encontra limitações nos demais direitos fundamentais celebrados.

Assim, no caso de colisão entre o direito à liberdade de expressão (ou investigação) científica e algum direito atinente à personalidade humana, o equilíbrio a ser perseguido deve encontrar embasamento no princípio da dignidade e da pessoa, que representa o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito.

Buscamos identificar na presente investigação, os vários instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos que anunciaram a emergência de se tratar os direitos reprodutivos como tais, o que em princípio reclamaria do próprio Estado uma garantia no acesso científico às técnicas de reprodução humanas desenvolvidas pela ciência médica.

No direito brasileiro, buscamos a identificação dos direitos reprodutivos na esfera Constitucional e Civil. Assim, o direito ao planejamento familiar está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem, além da contracepção, a própria concepção, seja ela natural ou não. Nesse sentido, haveria um direito fundamental à reprodução assistida ou apenas um direito fundamental à reprodução?

O grande limite e definição do acesso enquanto direito fundamental estaria na ideia de que o direito de procriar (naturalmente ou não) não deve ser utilizado apenas como vetor de realização pessoal dos pais.

Ocorre que, diante de um contexto de grupos considerados vulneráveis na realidade brasileira e que merecem proteção especial, a exemplo das mulheres e dos homossexuais, indaga-se se podemos admitir que o direito à procriação artificial deriva do direito à própria intimidade privada, aliado a um direito de liberdade individual enquanto expressão de autodeterminação física, e se isto implicaria em estender os usos das técnicas de reprodução humana à estes grupos.

O argumento com relação aos casais homossexuais procura justificativa, principalmente em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2011 julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, equiparando as uniões homoafetivas às uniões estáveis.

Por sua vez, a união estável, também goza do amparo estabelecido pelo artigo 1.597 do CCB, relativo às presunções jurídicas de filiação. Além disso, posteriormente, várias conversões e casamentos foram realizados, em vários estados do Brasil, culminando com decisões no Superior Tribunal de Justiça - STJ quanto à admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Esse silogismo simples, não incorre na conclusão de eliminação das discriminantes naturais existentes da relação reprodutiva entre pessoas do mesmo sexo.

Sem ao menos possuir uma lei que regulamente pontualmente o uso das técnicas de reprodução humana, o nosso Código Civil Brasileiro, achou por bem mencioná-las, mas tão somente para garantir que filhos advindos das mesmas, tenham o mesmo tratamento de filiação, considerada a "conjugalidade" dos pais/genitores.

Porém, essa conjugalidade, poderá trazer discriminantes naturais de seus sujeitos, seja pela infertilidade natural de qualquer deles ou de ambos, o que justificaria a técnica com finalidade terapêutica, seja em razão de um impedimento natural à reprodução, como é o caso da união entre gametas provenientes de pessoas do mesmo sexo.

Assim, se considerarmos que a regra das presunções de paternidade será estendida à união estável, e tendo o STF equiparado a união homoafetiva àquela, a regra também seria aplicável à esta? A resposta é não, em razão de discriminantes naturais não transformáveis ou negociáveis pela vontade das partes, máxime se estivermos a nos referir ao nosso modelo brasileiro, conforme proposto.

Da mesma forma é válida a preocupação: o acesso aos meios da reprodução medicamente assistida, enquanto um direito fundamental importaria em se admitir o acesso à pessoa sozinha para a elaboração de um projeto individual? A resposta também é não. O padrão de identificação sexual binário mantém-se na sociedade brasileira, enquanto tal, não obstante a casuística da transexualidade. E também, a ideia construída de se assegurar, prioritariamente o interesse da criança e adolescente, garante à esta a possibilidade de obter os seus referenciais construídos na sociedade e de acordo com ao valores desta, no caso brasileiro, a biparentalidade. Isso, contudo, não elimina a proteção dada a este sujeito de direito, em qualquer que seja a sua condição de origem.

A jurisprudência tem exercido um importante papel na atualidade, de ressignificação e atualização das leis, sem que haja minimização do papel do legislador de seu tempo, possibilitando a regulação pela força construtiva dos fatos a partir da realidade social. Contudo, no Brasil, falta-nos coesão quando da captação da norma jurídica, que possa trazer uma unidade desejável que garanta uma segurança jurídica substancial. *Tanto o direito positivado, imutável indefinidamente, quanto os entendimentos jurisprudenciais, mutáveis imotivadamente, geram a insegurança jurídica.*

Visando identificar a interpretação que vem sendo empreendida na atuação do estado-juiz, bem como na atuação do estado-administração, na compreensão das mutações do estado de filiação, dedicamos um capítulo na coleta de decisões e atos administrativos que demonstram a incerteza e imprecisão quanto à fundamentação do instituto.

Decisões e atos administrativos são apaixonadamente prolatados sob a influência de preceitos não emitidos por autoridade competente e, portando, despidos de qualquer reserva legal democrática, à exemplo das Resoluções do Conselho Federal de Medicina em matéria de reprodução humana. De sorte, a regra deontológica destinada à classe médica, encobre interesses outros e corporativos e talvez até de finalidade exclusivamente lucrativa, assumindo um discurso ético e maquiado, desprovido de qualquer base verdadeiramente jurídica.

A partir de uma interpretação sistemática, delineamos os fundamentos fáticos sujeitos à incidência normativa para a categorização legítima do estado de filiação. Deparamo-nos com elementos fáticos naturais (biológicos), culturais (socioafetivos) e fictícios (legais, na adoção e aplicação das presunções jurídicas), ensejadores do estado de filiação.

Tais elementos exigiriam minimamente para ingressar no mundo jurídico o seguinte: *a identificação do fato originário da filiação se proveniente da reprodução humana (natural ou artificial), da convivência familiar ou da lei; a identificação de existência ou não do projeto parental pelo elemento intencional, ou seja, se houve o planejamento familiar ou o projeto parental declarado, considerando a utilização das técnicas de reprodução humana e os materiais genéticos doados, presente o livre consentimento na utilização das técnicas; a legitimação, licitude e validade do instrumento que viabilizará o registro (declaração, contrato, sentença e lei); e os parâmetros a serem estabelecidos aos instrumentos, garantindo que a conduta tenha*

se pautado em limites éticos permeados pelo nosso ordenamento jurídico (solidariedade), no combate às condutas criminalizadas (sequestro e o tráfico) e antijurídicas ou ilícitas (onerosidade), no consenso moral da sociedade e atentas ao que se convenciona dignidade da pessoa.

Na análise comparativa, modelos da Europa e da América latina foram observados, seja no que diz respeito aos limites na utilização das técnicas seja no que diz respeito à forma, ainda que ilimitada cientificamente, de como as mesmas poderão ser utilizadas para garantir a produção de efeitos jurídicos.

No espectro do que se denomina "saúde reprodutiva", vislumbramos na finalidade legal, os meios de combate aos efeitos da infertilidade, mediante a utilização das técnicas de reprodução humana. Contudo, pelo menos três elementos devem ser observados: a um, a Constituição Federal estabelece a liberdade de planejamento familiar ao casal (heterossexual ou homossexual), restringindo a utilização de quaisquer meios à pessoa sozinha, e mesmo que o dispositivo infraconstitucional da lei de planejamento familiar em sua letra sugira nova abertura, deverá ser interpretado conforme a Constituição; a dois, a infertilidade possui diversos tratamentos que importam também em manipulações genéticas e hormonais, e tais tratamentos não estão voltados necessariamente à disposição de material genético de terceiro, ou mesmo de cessão do próprio corpo; e a três, a incompatibilidade reprodutiva entre pessoas do mesmo sexo não se confunde com a infertilidade, e qualquer utilização das técnicas para esse fim, não poderá ser negociada sem aferição de validade de seu instrumento, o que, inevitavelmente, prejudica o acesso para o casal homossexual masculino, uma vez que a técnica da *cessão de útero* será imprescindível nesse caso, por retomar todas as discussões sobre a validade desse contrato, haja vista que o nosso sistema jurídico brasileiro define a maternidade como proveniente da gestação e do parto, não delegando aos sujeitos a possibilidade de renúncia ou negociabilidade dessa disposição.

Diferentemente, na homossexualidade feminina, a utilização dos meios de reprodução é mais restrita, na medida em que exige tão somente a doação anônima do gameta masculino. O Sistema Jurídico Brasileiro, contudo, possui alternativas ao projeto parental do casal homossexual masculino, que busca a utilização das técnicas e essa alternativa dar-se-á com a possibilidade de adoção unilateral por parte do companheiro ou marido do dono do material genético, que já terá a sua paternidade

biológica definida pelo DNA. Na adoção unilateral, haverá a dispensa do cadastro, pela conjugalidade dos pares pretendentes.

Muitas decisões e atos que se basearam exclusivamente na vontade negocial "livre" das partes, são contrárias ao ordenamento jurídico, máxime quando este na esfera do caso concreto não apresenta lacuna, como é o caso da maternidade e sua indisponibilidade, com consequente invalidade do negócio jurídico de cessão de útero.

A crítica também se estabelece com relação à *doutrina* que vem sendo produzida em torno da autonomia parental, que atendendo a um apelo de ordem subjetiva e por vezes pontual, constrói um mito de liberdade plena nas relações familiares propondo a desconstrução de uma tipificação existente em nosso sistema jurídico, em nome de ideais que seriam mais "nobres", utilizando, retoricamente a nominação dos Princípios Normativos, sem refletir que tais anseios subjetivos podem obter solução e respostas em muitas de nossas categorias.

Nessa perspectiva, à sombra do direito, a concepção normativa jamais poderá se coadunar com a de plena liberdade de interesses, senão com a liberdade vigiada, que por vezes acorrenta desejos e impõe comportamentos. O que não se pode, contudo, é restringir direitos considerados fundamentais ou mesmo deixar de conferir-lhes garantia de proteção jurídica, em nome de ideologias morais ultrapassadas, religiosas ou não, e que já se revelaram na história como sendo segregadoras e responsáveis por enormes malefícios à humanidade, mas que foram um dia condizentes, não se pode negar, com valores de sua época.

Demonstramos na busca das soluções jurídicas aos conflitos familiares em torno da filiação, o quanto a teoria da socioafetividade vem sendo reduzida à esfera do estado de filiação, quando, ao contrário, deveria estar sendo trabalhada na ampliação das responsabilidades parentais, pela conformação de novos arranjos familiares.

A monoparentalidade é protegida pela lei, tenha sido ela voluntária ou involuntária, mas deve o direito restringir a sua busca voluntária, na utilização das técnicas de reprodução humana, quando esta se basear apenas no exercício de uma individualidade que não enxerga o direito da futura geração.

A denominada *multiparentalidade* não reside na multiplicidade de pais ou de mães, cujo exercício e consequências jurídicas pessoais e parentais, e principalmente sucessórias, poderiam ser prejudicados pela inexequibilidade e no exame consequencial para a conformação normativa. Ela está muito mais definida pelo

compartilhamento de responsabilidades, cuja instrumentalização é perfeitamente eficaz por meio da guarda compartilhada, o que pode ocorrer, por exemplo, nas famílias *recompostas*.

O parentesco por afinidade merece outro tratamento interpretativo, seja no que diz respeito à sua indissolubilidade, não mais condizente desde a possibilidade da dissolubilidade do casamento, seja com relação à ampliação da responsabilidade parental, máxime quando presente o dever de cuidado dirigido à criança e adolescente, nas relações entre padrastos/madrastas e enteados.

Na esfera da ficção jurídica pertinente ao estado de filiação pela presunção legal e adoção, concluimos o seguinte:

a) levando-se em conta a natureza jurídica das presunções na esfera cível, observa-se que a verdadeira "presunção" prevista na regra do artigo 1597, restringe-se aos incisos I e II, do referido dispositivo, que estabelece prazos diante da conjugalidade, assim como a presunção prevista no inciso V, que prevê a paternidade do marido, não obstante a ausência de vínculo genético com o mesmo, em respeito ao elemento intencional do projeto parental. Contudo, com relação aos incisos III e IV do artigo 1597, inovados pelo Código Civil de 2002, não as consideramos enquanto verdadeiras presunções, visto que, não há mera probabilidade na união de gametas pertencentes ao casal (homóloga), mas certeza com relação à paternidade. Estamos nos referindo à busca das técnicas de Reprodução Assistida pelo casal casado ou convivente (homóloga), com a finalidade de um projeto parental, por meio de instrumento negocial com interveniência médica consentida e devidamente esclarecida e utilização de material genético extraído de ambos, dentro da finalidade terapêutica da infertilidade;

b) Também com relação à Adoção, temos que reconhecer que o nosso sistema jurídico voltou-se ao modelo unitário, irrevogável e excepcional em relação à família de origem. Registre-se, aliás, a antiga modalidade da adoção simples, já revogada, que admitia não romper definitivamente os vínculos com os pais de origem, possibilitando que o adotado pudesse vir a ser sustentado de forma complementar tanto pelos pais biológicos quanto pelos pais adotivos. A supressão dessa modalidade é indicativa de que o nosso sistema jurídico de filiação na adoção, não admite o caráter multiparental do estado de filiação em sua qualificação.

Não basta, portanto, a liberdade negativa (de se auto-excluir) como também, a liberdade positiva (de se auto-incluir), senão a qualificação do estado de filiação dentro dos pressupostos elencados pela lei.

A formas de constituição quantitativa da relação paterno-filial têm expressa proteção legal no que se refere ao modelo monoparental e biparental. Para além disso e no que se quer denominar de "multiparentalidade", doutrina e jurisprudência vêm se construindo, ao nosso ver, sem a observância de alguns preceitos legais inarredáveis na organização da estrutura familiar binária.

O que se deve trabalhar, pois, é uma perspectiva mais ampla de responsabilidade parental, que garanta os valores de proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, sem o risco de permitirmos manobras de alteração de estados de filiação com o fito patrimonial.

O esboço de Teixeira de Freitas, conforme mencionado, foi claro e expresso na proibição da *multiparentalidade*, assim como a recente legislação civil argentina que trouxe grandes inovações em matéria de filiação, expressamente não a permite, garantindo, contudo nas situações parentais socioafetivas mais amplas, o direito de sustento da criança e o dever de cuidado aos parentes afins que estabelecem contínua e rotineira convivência familiar.

Por fim, a identificação das contradições procedidas em matéria de filiação no âmbito jurisprudencial e de programas administrativos, revelou uma desconformidade com os Princípios e valores normativos mais eficazes em matéria de filiação e um descompromisso com a finalidade de estruturação da norma jurídica. A solução não estaria no reconhecimento irrestrito de uma liberdade existencial, como se estivéssemos diante de uma espécie de *Cláusula Geral de Família*, mas sim no reconhecimento de uma tipologia mínima a ser observada, que, contudo não exclua a ampliação das responsabilidades parentais complementares ou subsidiárias.

Desta feita e revendo o questionamento inicial sobre quais os limites implícitos no sistema jurídico brasileiro para o exercício da liberdade do planejamento familiar e como a autonomia parental deve e pode ser exercida nos ditames de nosso ordenamento, temos que:

I. O planejamento familiar deve se ater ao desenvolvimento de um projeto parental que garanta a plena formação do indivíduo no seio familiar. A proteção da monoparentalidade não exclui o ideal de formação biparental, que deve ser buscado nas relações de filiação, independentemente da

conjugalidade de seus pares, que por sua vez, possuem funções diferentemente definidas e complementares na construção da personalidade, e presumem a garantia do atendimento ao seu melhor interesse. As estruturas do parentesco sofreram paulatinas transformações, da primitividade à civilização, justificando a manutenção de um sistema dualista na atual complexidade das relações existenciais.

II. O sistema jurídico brasileiro define, pontualmente, os elementos ensejadores ao reconhecimento do estado de filiação e o afastamento dessa tipicidade, gerará consequências desordenadoras nas soluções dos conflitos familiares, máxime se potencializados pelo aumento dos sujeitos na relação, de forma trinária ou mais, como vem sendo detectado na jurisprudência e doutrina contemporânea.

III. Do exercício material e pessoal do cuidado (afetividade) entre parentes afins, não deverá ocorrer o aumento dos sujeitos no estado de filiação, mas tão somente a ampliação da responsabilidade parental, em caráter subsidiário e complementar, máxime se houver efetivo e pleno exercício de funções paterna e materna pelos genitores, evitando-se o manejo do estado de filiação para outros fins, quiçá exclusivamente patrimoniais. ser ampliado na afinidade, com base na solidariedade familiar, pela via da guarda compartilhada.

IV. Está absolutamente expurgada de nosso sistema, a possibilidade de utilização de contratos existenciais atípicos, carecedores dos elementos de validade previstos por nosso ordenamento, restando a realidade social detectada nesse aspecto à margem da incidência normativa e, portanto fora do mundo jurídico, cujo instrumento é fulminado pela nulidade (cessão de útero).

V. A utilização das técnicas de reprodução humana no projeto parental está limitada à finalidade subsidiária e terapêutica, não abrangendo a possibilidade do exercício individual da maternidade/paternidade ou mesmo a superação de discriminantes que decorrem do impedimento natural da procriação (homossexualidade), não sendo, contudo vedada, a disposição não onerosa de gametas que auxiliem no projeto parental alheio (solidariedade), tão pouco o conhecimento da origem genética que não se confunde com a paternidade/maternidade.

VI. A sujeição do indivíduo ao estado de filiação juridicamente considerado se dá, originariamente, pelo elemento natural e biológico da procriação (natural ou assistida) na aferição genética e do parto, que poderá ser afastada apenas nas hipóteses de convivência familiar (socioafetividade) com intenção *ab initio* de filiação (Adoção), dentro dos critérios estabelecidos por lei, na denominada posse de *estado de filiação*, a ser declarada judicialmente, e por fim, na presunção da lei pela conjugalidade (casamento ou união estável), que constitui-se mais propriamente nos incisos I, II e V do artigo 1597, haja vista a certeza da filiação nas hipóteses dos incisos III e IV.

VII. O Poder familiar, uma vez configurado o estado legítimo de filiação, permanece irrenunciável, podendo, contudo, apenas ser extinto nas hipóteses previstas na lei, vedada a autonomia negativa por fatores subjetivos existenciais ou materiais, salvo depois de esgotados todos os meios de se garantir a superação das dificuldades para o exercício da parentalidade responsável.

VIII. A "multiparentalidade" não se traduz na relativização do sistema binário de filiação, mas tão somente na possibilidade de ampliação de responsabilidades parentais, no que diz respeito à família recomposta, assumindo o parentesco por afinidade o dever de solidariedade subsidiária à parentalidade responsável. Mesmo com a indicação de possibilidade de alteração registral, esta se dará apenas simbolicamente, mas não na configuração ou modificação do estado de filiação.

IX. Da mesma forma, a multiparentalidade na adoção denominada "poliafetiva", resta inadmissível por lei, diante da expressa previsão de rompimento do parentesco de origem, a observância ao Princípio da legalidade.

X. Na utilização das técnicas de reprodução humana, há que se perquirir o elemento intencional do projeto parental, e o consentimento informado das partes nos instrumentos contratuais e seus efeitos, mas na esfera do tráfico negocial, sofremos limitação da autonomia que põe em risco a dignidade da pessoa humana, seja na gestação de *meio*, no que se refere à mãe "hospedeira", seja na invalidade da disposição contratual negativa de maternidade, haja vista a definição jurídica desta. Assim, o exercício da

parentalidade pelo casal homossexual masculino, exigiria que o companheiro ou marido do dono do material genético e pai registral, viesse a adotar unilateralmente a criança com relação a gestante.

XI. A hipótese de mudança de paradigma com relação à maternidade requer tratamento legal na esfera da autoridade competente e a elaboração de regras permissivas e esclarecedoras, que por sua vez, não colidam com os fundamentos da Repúbica ou contrariem o propósito de defesa da dignidade humana, o que não é o caso, quando nos referimos a possibilidade da cessão de útero.

XII. As atuações que favorecem o uso indiscriminado ou ampliado das técnicas de reprodução humana na realidade social brasileira, à exemplo de Provimentos administrativos e programas desenvolvidos por entidades públicas, contrariam a norma jurídica vigente.

XIII. O instituto da Adoção no Brasil, reveste-se de maior rigor a partir da lei de 2009, no sentido de prevenir as adoções à brasileira, valorizar a parentalidade responsável na família de origem, e excepcionar o ato jurídico correspondente, restringindo a esfera da autonomia materna, na então denominada adoção *intuito personae*, o que em interpretação análoga, impediria também a entrega do filho pela mãe subrrogada, no exercício de uma automia que, por lei, inexiste.

XIV. O acesso científico garantido pelo estado brasileiro ao planejamento familiar não se dilui em possibilidades irrestritas e manejadas pelos particulares, mas sempre dentro dos vetores principiológicos da solidariedade, parentalidade responsável e melhor interesse da criança e do adolescente, cuja densidade restou definida. Diante dos progressos científicos alcançados e cuja evolução é praticamente ilimitada, não cabe ao direito render-se à primazia de uma realidade, por vezes manejadas por valores corporativistas e econômicos, quando esta puser em risco bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico e os fundamentos da República.

Por todas as razões expostas, a liberdade de planejamento familiar no Brasil, submete-se a controle e garantia de atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, bem como à valorização da dignidade da pessoa humana, e a 282 biparentalidade constrói e garante esse ideal a ser perseguido, viabilizando as respostas sistêmicas de proteção.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **O conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 8º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Disponível em: <http://www.sbra.com> Acesso em 05/jan/2016.

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial y Leys Complementarias** comentado por Martín Andrés Font. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: estúdio, 2015. Disponível em: <http://oglobo.globo.com> Acesso em: 03/maio/2015.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2009, p. 349-359

ASCENÇÃO, Oliveira J. **A lei nº 32/06. Sobre procriação medicamente assistida.** Disponível em: < http://www.apdi.pt> Acesso em: 04/ nov./2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo:Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado:** o mito do amor materno. <http://www.redeblh.fiocruz.br> Acesso em 07/ jun./ 2015.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

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

BITTAR, Carlos Alberto(Coord.). **Novos rumos do direito de família.** São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Código Civil Brasileiro. *In*: Código Civil. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Lei 6697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 04/abr./2015.

BRASIL. Lei 7250 de 14 de novembro de 1984. Acrescenta parágrafo ao artigo 1º da Lei 883/49, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www .planalto.gov.br> Acesso em 04/abr./2015.

BRASIL. Lei 8560 de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 04/abr./2015.

BRASIL. Lei 883, 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 04/abr./2015.

BRASIL. Lei nº 4121, 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada: Código Civil Brasileiro. In: Código Civil. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 07/fev./2016.

BRASIL. Lei 10.406 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. < <http://www2.senado.leg.br> Acesso em 07/fev./2016.

BRASIL. Lei 11.105 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 20/jan./2016.

BRASIL. Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 03/abr./2015.

BRASIL. Lei 3071 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916, <http://www2.camara.leg.br> Acesso em 07/fev./2016.

BRASIL. Lei 3268 de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 06/jan./2016.

BRASIL. Lei 8069 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.crianca.mppr.mp.br > Acesso em 07/fev./2016.

BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o planejamento familiar de com a CF/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 06/fev./2016.

BRASIL. Lei de Registros Públicos nº 6015/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 24/jan./2016.

BRASIL. Lei 12.662 de 2012, < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm>, acesso em 28 de março de 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 115/2015. Disponível em: < http://www.camara.gov.br > Acesso em 26/jun./2015.

BRASILEIRO AUTO, Luciana da Fonseca Lima. As vicissitudes da filiação: os filhos da reprodução artificial heteróloga sob a ótica do consumo. *In:* **Famílias no Direito Contemporâneo**. Bahia: *Jus*PODIVM, 2010, p. 231-257.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUCHLER, Andrea. Surrrogacy and international private law in Switzerland, *In:* **The international survey of Family law,** Bristol: Jordan Publishing, 2005, p. 327 - 342.

CAIN, Chris**.** CRISPR genome editing. < http://www.nature.com > Acesso em: 04/ jan./2016.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, Jornal Oficial das Comunidades Européias. < http://www.europarl.europa.eu >
Acesso em 04/2016.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CATALAN, Marcos. **Um ensaio sobre a multiparentalidade:** explorando no ontem pegadas que levarão ao amanhã. Disponível em: < https://www.academia.edu > Acesso em 07/fev./ 2016.

CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre a Lei de Procriação Medicamente Assistida portuguesa e os "bebês fora da lei".** Disponível em: < http://jus.com.br > Acesso em 04/ nov./2015.

CÓDIGO FILIPINO. **Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Recompiladas por mandado D'EL-REI D. Filipe I. Primeiro Livro. Brasília: Edições do Senado Federal, 2012. Vol. 38-A, B e C.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 52 de 14 de março de 2016**, <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf,> acesso em 28 de março de 2016.

CONTRERAS, Daniela Jarufe. **Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordienamiento jurídico español:** adopcion "versus" técnicas de reproducción humana assistida. Editorial DYKINSON, S.l. meléndez Valdés, Madrid, 2014.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA *On Line*. http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=presun%E7%E3o, acesso em 05 de novembro de 2015.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil.** Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Jus Podium, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONZELOT, Jacques. **A polícia das famílias**. Trad. M.T. da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. http://noticias.juridicas.com > Acesso em 20/ jan./ 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço privado**:** aspectos da "privatização" da família no projeto do Estado mínimo, < ww.docfoc.com/download/documents/89-luiz-edson-fachin-da-funcao-publica-ao-espaco-privado-familia> **ARCHÉ**, Rio de Janeiro, ano VIII, número 24, p. 24-38, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. *In:* RUZYK, CarlosEduardo Pianovski *et al* (org.) **Direito Civil Constitucional -**a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 15-17.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. **IBDFAM Revista**, Belo Horizonte/MG, nº 11, p. 5-7, maio, 2014.

FACHIN. Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro. *In*: BASTOS, Eliene Ferreira *et. Al* (Coord.). **Afeto e estruturas familiares.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. página inicial e página final do capítulo do livro, p. 325-345.

FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA. **Code Civil.** Disponível em: < http://www.legifrance.gouv.fr > Acesso em 22/ jan./ 2016.

FREITAS, Augusto Teixeira. **1816 – 1883. Esboço do Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça/ Fundação Universidade de Brasília, 1983.

FRIEDICH, Engels. **A origem da família, da propriedade privada e do estado –** trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan. 10 ed. (Trad.) Leandro Konder. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares:** teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**. O biodireito e as relações parentais. Rio de janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. **Princípios constitucionais de direito de família:** guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução Karina Jannini. São Paulo: Marins Fontes, 2004.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Famílias e Domicílios – resultados da amostra. Rio de janeiro, 2012.

IBGE. **Estatísticas do registro civil**. Estat. Reg. civ., Rio de Janeiro, v. 41, p.1- 82, 2014.

IBGE. **Estatísticas do registro civil**. Estat. Reg. civ., Rio de Janeiro, v. 41, p.1- 82, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br>Acesso em 24/ jan./ 2016.

IBDFAM -Instituto Brasileiro de Direito de Família. Enunciado 13. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 30/ jan.2016. Na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

ITÁLIA. LEGGE 19 febbraio 2004, n. 40. **Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita**. Disponível em: <www.normattiva.it > Acesso em 04/ jan./2016.

DIDIER Junior, Fredie. **Editorial 68.** Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br > Acesso em 26/jun./2015.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira**.** O Direito, a ciência e as leis de Bioética. *In*: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias monoparentais.** A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas elementares do parentesco.** Trad. da Mariano Ferreira. Petrópolis:Vozes, 1982.

LOBO, Fabíola (Fabíola Albuquerque Santos). **Adoção à Brasileira e a verdade real do registro civil.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br > Acesso em: 19/ maio/ 2015.

_____. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família *In*: **Famílias no direito contemporâneo**. Bahia: JusPODIVM, 2010, p.29-45

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. <http://www2.cjf.jus.br> Acesso em 07/jul. /2014.

_____ . **Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade**. Disponível em:< http://jus.com.br > Acesso em 19/maio/2015.

LOBO, Paulo. Princípios contratuais. *In*: NETTO LOBO, Paulo Luiz; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (Coord.) **A teoria geral dos contratos e o novo código civil.** Recife: Nossa Livraria, 2003.

_____. **Metodologia do direito civil constitucional**. *In:* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Orgs). **Direito Civil Constitucional** -a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito , 2014.

_____. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <https://jus.com.br> Acesso em: 22/ jan./2016.

_____. **O princípio jurídico da afetividade na filiação.** Disponível em: <http://jus.com.br > Acesso em 29/ jun./2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de janeiro: Forense, 2013.

MALINOVSKY, Bronislaw. **Sexo & Repressão na Sociedade Selvagem**. Petrópolis: Vozes, 1973.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Maria Goretti Soares. **O direito de não ser mãe**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. Comentários à Lei 12010/2009 Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br> Acesso em 30/ jan./ 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** Cutitiba: Juruá, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Refletindo o afeto nas relações de família**: Pode o direito impor amor? *In*: Famílias no Direito Contemporâneo. Bahia: JusPODVM, 2010, p. 47-66.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **Gestação subrrogada.** A filiação contratada. Revista Jurídica IN-PACTUM**,** Universidade Católica de Pernambuco, ano I, Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranges, 2010, p. 126-165.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br>, Acesso em 04/jan./2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Direito de Família.Rio de janeiro:Forense, 2009.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. **A história da reprodução humana no Brasil**. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br > Acesso em 05/ jan./2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Barriga de aluguel.** O corpo como capital. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br > Acesso em 25/jan. /2016.

_____. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n.6., p. 31-49.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Crista De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia e outro. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro**, Rio de Janeiro:Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Volume III, Parentesco. São Paulo: MAX LIMONAD, 1947.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours Préliminaire du Premier Projet du Code Civil**. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca > Acesso em 20/abr./ 2015.

PORTUGAL. Lei 32/2006 de 26 de julho. Procriação Medicamente Assistida. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt> Acesso em 16/ jan./ 2016.

RABENHORST, Eduardo R. A dignidade do homem e os perigos da pós-humanidade *In*: SARLET**,** Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. (Org.) **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

REPUBLICA ITALIANA. Corte Constituzionale. Sentenza **151/2009** Giudizio: **Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.** Presidente *Amirante*-redattore *Finocchiaro*u dienza Pubblicadel 31/03/2009 Decisionedel 01/04/2009 Deposito del 08/05/2009 Pubblicazione in G. U.13/05/2009 n.19Norme impugnate: Artt. 6, c. 3, e 14, c. 1, 2, 3 e 4, dellalegge 19/02/2004, n.40. Massime: 33408.33409.33410. 33411.33412.33413.33414.33415.33416.33417.33418Atti decisi:ord. 159, 323 e 382/2008. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it > Acesso em 04/jan./2016.

REPUBLICA ITALIANA. Corte Constituzionale.Sentenza **162/2014** Giudizio: **Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale** Presidente SILVESTRE - Redattore TESAURO Udienza Pubblica del 08/04/2014 Decisione del **09/04/2014**

Deposito del 10/06/2014 Pubblicazione in G. U. 18/06/2014 **n. 26** Norme impugnate: Artt. 4, c. 3°, 9, c. 1º e 3º, e 12, c. 1º della legge 19/02/2004,n.40. Massime: 37993 37994 37995 37996 37997 Atti decisi:ord. 135,213 e 240/2013.
Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it > Acesso em 04/jan. /2016.

REPUBLICA ITALIANA, Corte Constituzionale.Sentenza 96/2015 Giudizio: **Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale** Presidente Criscuolo - Redattore Morelli Udienza Pubblica del 14/04/2015 Decisione del 14/05/2015 Deposito del 05/06/2015 Pubblicazione in G. U. 10/06/2015 n. 23 Norme impugnate: Artt. 1,c. 1º e 2º e 4, c. 1º della legge 19/02/2004,n.40. Massime: 38390 Atti decisi: ord. 69 e 86/2014**.** Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it >Acesso em 04/jan. /2016.

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos - Recurso não provido. Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br > Acesso em 18/jan./ 2016.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão functional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SANCHES, Mário Antônio. Reprodução Assistida: da parentalidade à metaparentalidade. *In:* **Bioética, Poderes e Injustiças**: 10 anos depois. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012.

SANDEL, Nichael J. **Justiça:** o que é fazer a coisa certa, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br> Acesso em 28/ jan./2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Editora *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**.< file:///C:/Documents%20and%20Settings/Eduardo/Meus%20documentos/Downloads/BC_014_Art08%20(1).pdf> Acesso em 13/ abr. /2015.

SENADO FEDERAL. **Estatuto das Famílias**. Senadora Lídice da Mata. Projeto de Lei 470/2013. Brasília: SEGRAF - Secretaria de Editoração e Publicações 2014.

SENTENÇA JUIZO DE DIREITO DE FLORIANÓPOLIS/SC. Disponível em: < http://www.direitohomoafetivo.com.br > Acesso em 22/ abr./2015.

SHALEV, Carmel. **Nascere per contrato**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.

SOUSA, Luis Filipe Pires de. **Prova por presunção no direito civil**. Edições Almedina AS, Coimbra, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br > Acesso em 12/ jan./ 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor:** de novo, o que é ativismo? Disponível em: < http://www.conjur.com.br > Acesso em 12/ jan./ 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ementa. **Adoção. Padrasto.** Esp 1.106.637-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º/6/2010. Disponível em: <http://www.recivil.com.br > Acesso em 29/ jan./2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ementa. Civil e processual civil. Família. **Abandono afetivo.** Compensação por dano moral. Possibilidade. Recurso especial parcialmente provido.REsp1159242 SP 2009/0193701-9 Min.Nancy Andrighi (1118) T3 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br > Acesso em 22/ jan./ 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ementa. Civil. Processual civil. Recurso especial. Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Familia anaparental. Possibilidade. **Recurso não provido.** (stj. Terceira turma. Relatora. Min. Nancy andrughi, julgado em 19 de junho de 2012) resp 1217415 / Rs Recurso Especial 2010/0184476-0. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br > Acesso em 17 / jan. /2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ementa. Direito de família. Recurso especial. Ação investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "adoção à brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da **filiação** biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidas. (STJ. Quarta Turma. Relator Luis Felipe Salomão, Julgado em 18/12/2012). REsp 1167993 / RS RECURSO ESPECIAL2009/0220972-2. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br > Acesso em 24/ jan./2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA . Ementa. Processual civil. Civil. Recurso especial. **Registro** civil inverídico. Anulação. Possibilidade. Paternidade socioafetiva.preponderância. Recurso especial provido. Resp1244957/Sc Recurso Especial 2011/0068281-0 ministra nancy andrighi (1118) t3 - Terceira Turma 07/08/2012. Disponível em: < http://www.stj.jus.br > Acesso em 24/ jan./2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em recurso especial Nº 220.138 - RN (2012/0176183-7)** Relator: Ministro Marco Buzzi Agravante : Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Norte. Cuida-se de agravo (artigo 544 do CPC), interposto por Ministério Público Do Estado Do Rio Grande Do Norte, em face de decisão que inadmitiu recurso especial, a qual, em autos de ação de adoção, deu provimento à apelação a fim de anular a sentença e determinar novo julgamento do feito, porquanto reconheceu estarem presentes as condições da ação. O apelo extremo fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, desafia decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja a ementa possui o seguinte teor (fl. 334): civil e processual civil, apelação cível. Ação

de adoção com pedido de antecipação de tutela. Sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito por inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido. Ausência de inscrição no cadastro nacional de adoção. Princípio da proteção integral. Edição da lei federal n. 12.010/09. Previsibilidade de adoção consentida. Art. 166 do eca. Art. 50, § 13, do eca. Ausência de antinomia. Interpretação sistemática. Desnecessidade de inscrição prévia em cadastro face à peculiaridade do caso concreto. Presença das condições da ação. Sentença anulada. Precedentes do STJ e desta corte de justiça. Conhecimento e provimento do recurso. 7. Ordem concedida. (hc 279.059/rs, rel. Ministro luis felipe salomão, quarta turma, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014) 3. Do exposto, amparado pelo artigo 544 § 4º inciso II, alínea b do CPC, conheço do agravo, para negar seguimento ao recurso especial. Publique-se Intimem-se Brasília (DF), 25 de maio de 2015. Ministro Marco Buzzi Relator, < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195430439/agravo-em-recurso-especial-aresp-220138-rn-2012-0176183-7>, acesso em 28 de março de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie** Direito Civil. São Paulo: Método, v. 3, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Corregedoria de Justiça. **Provimento 21/2015**. Disponível em: < http://www.tjpe.jus.br > Acesso em 07/ jan./2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento 09/2013**. Disponível em: < http://www.tjpe.jus.br > Acesso em 24/ jan. /2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Corregedoria Geral de Justiça. **Campanha Seja Herói de seu filho**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br > Acesso em 30/ jan./ 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. 2ª Vara da Infância e do Adolescente. **Núcleo de Curadoria e Proteção especial à Família** http://www.tjpe.jus.br/web/infancia-e-juventude/2vara/nuce, acesso em 08 de dezembro de 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Programa Mãe Legal da 2ª Vara da Infância e Juventude do Recife/PE - Nuce.** Disponível em: < http://www.tjpe.jus.br > Acesso em 24/ jan. / 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Ementa: Maternidade Socioafetiva Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família**. Recurso provido. Disponível em: < http://tj-sp.jusbrasil.com.br > Acesso em 23/ jan. / 2015

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Ementa: Agravo de instrumento. Pedido de registro de nascimento inadequadamente ajuizado pela via contenciosa. Inexistência de lide ou pretensão resistida. Exclusão dos**

reús do pólo passivo e conversão do procedimento. Manutenção da liminar deferida. Parcial provimento. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70043541341, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LuizFelipeBrasilSantos,Julgado em 31/08/2011). Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br > Acesso em 24/ jan. / 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Ementa: ação de investigação de paternidade e de maternidade socioafetiva c/c petição de herança. Inexistência do vínculo parental. Caráter patrimonial. Prova. Recurso de apelação desprovido.** (Apelação Cível Nº 70045753456, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 22/05/2013). Disponível em: <
http://tj-rs.jusbrasil.com.br > Acesso em 17/ jan. / 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Ementa: Agravo de instrumento. Pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, que concebeu o bebê por método de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo.** Decisão que ordenou a citação do laboratório responsável pela inseminação e do doador anônimo, bem como nomeou curador especial à infante. Desnecessário tumulto processual. Inexistência de lide ou pretensão resistida. Superior interesse da criança que impõe o registro para conferir-lhe o status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que lhe concebeu. Provimento. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013). Disponível em: < http://tj-rs.jusbrasil.com.br > Acesso em 17/ jan. / 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Ementa: Agravo** de **instrumento. Direito público. Direito de gerar uma vida. Tratamento para infertilidade. Perigo de dano irreparável face à idade avançada da recorrente.** (Agravo de Instrumento Nº 70047323217, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 23/05/2012). Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br > Acesso em 22/ jan./ 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais, 2000.** Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu > Acesso em 08/ jan./2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001. v. 5

VERUCCI, Florisa. **A mulher e a família na nova Constituição, 1986. Disponível em <** http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/112946 >, acesso em 1º de abril de 2016.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**/ feitas e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo D. Sebastião Monteiro da Vide (Arcebispo). Volume 79, Brasília: Senado Federal, 2011.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILELLA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família.** a.I, nº 02, jul-set, 1999.

VILELLA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: UFMG, 1980. Publicação nº 033

WALD, Arnold. **O novo direito de família**, 13 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELSTEAD, Mary. Shaping lives of children. *In:* **The international survey of Family law,** Bristol: Jordan Publishing, 2005, p. 217-240.