



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



*Uma análise civil-constitucional da monoparentalidade  
voluntária mediante o recurso à reprodução assistida*

Taciana Cahu Beltrão

Recife  
2010

TACIANA CAHU BELTRÃO

***Uma análise civil-constitucional da monoparentalidade  
voluntária mediante o recurso à reprodução assistida***

Dissertação 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 Mestre.

Área de Concentração: Neoconstitucionalismo

Linha de pesquisa: Transformação das Relações Jurídicas Privadas e Sociais

Orientadora: Prof. Dra. Fabíola Albuquerque.

Recife  
2010

**Beltrão, Taciana Cahu**

**Uma análise civil-constitucional da monoparentalidade voluntária mediante o recurso da reprodução assistida / Taciana Cahu Beltrão. – Recife : O Autor, 2010.**

**137 folhas.**

**Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Monoparentalidade. 2. Reprodução humana - Aspectos jurídicos - Aspectos morais e éticos. 3. Decisão judicial - Fonte criadora do direito. 4. Tecnologia da reprodução humana - Legislação - Brasil - Aspectos morais e éticos. 5. Tecnologia de reprodução assistida - Legislação - Brasil. 6. Direito de família - Código civil de 1916 - Código civil de 2002 - Codificação - Cláusulas abertas - Análise. 7. Filiação biológica - Sócio-afetiva - Conflito - Superior Tribunal de Justiça. 8. Filiação - Direito civil-constitucional. 9. Biotecnologia - Monoparentalidade - Família biparental - Crise. 10. Livre planejamento familiar - Estado de filiação integral. 11. Reprodução - Produto de consumo - Reificação do filho. I. Título.**

**347.63(81)**

**346.81017**

**CDU (2.ed.)**

**CDD (22.ed.)**

**UFPE**

**BSCCJ2011-015**

## Taciana Cahu Beltrão

### Uma Análise Civil-constitucional da Monoparentalidade Voluntária Mediante o Recurso da Reprodução Assistida.

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

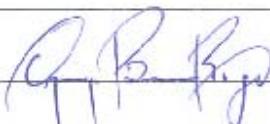
Área de concentração : Neoconstitucionalismo

Orientadora: Drª. Fabíola Santos Albuquerque

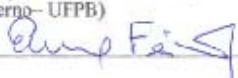
A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidencia do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. George Browne Rego (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Professor Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (1º Examinador externo - UFPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Professor Dr. Torquato da Silva Castro Junior (2º Examinador interno - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: 

Recife, 08 de março de 2010.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Caivalcanti



A meu filho Danilo, fonte do meu sorrir e do brilho de meus olhos.

A Marcelo, porto-seguro inarredável onde meu barco sempre ousou atracar.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por simplesmente tudo.

A meu avô Astrogildo, pela silenciosa presença nos momentos importantes de minha vida.

A professora Fabíola Albuquerque, minha orientadora, pelo apoio e confiança no desenvolvimento do presente trabalho.

A professor George Browne por ter me despertado o prazer pela contemplação da natureza humana e de tudo aquilo que nos é invisível aos olhos.

A Enoque e Lorena, amigos que inúmeras vezes me auxiliaram na incursão desta pesquisa acadêmica, cujos conselhos foram fundamentais para que o caminho se tornasse menos tortuoso.

Aos professores Catarina Oliveira e Pablo Falcão pelas brilhantes sugestões a que fui brindada durante o inesquecível convívio no exercício do magistério junto a Associação Caruaruense de Ensino Superior (Asces)

A Tânia Onorati, minha professora de Italiano, pela sua singeleza e sensibilidade, cujas lições foram fundamentais para a prazerosa pesquisa da cultura jurídico-italiana.

A meu irmão Silvio Romero Beltrão, por ter me apresentado à seara do ensino e da pesquisa, mostrado sempre a importância dos atributos da perseverança e da paciência.

A meu irmão Rodrigo Cahu Beltrão, pela constante audiência e atenção naqueles assuntos que diziam respeito à trajetória da minha vida.

A meu pai, pelo meu alicerce e pelo ensinamento de que a jornada da vida é um caminhar sempre com a opção de retorno.

A minha mãe, pela presença constante.

A Maria (Iaiá) pelo conforto nos momentos em que o cansaço me ameaçava sucumbir.

A Dra. Eliana Lapenda de Moraes Guerra, pelos ensinamentos que contemplo diariamente nas atividades desempenhadas junto ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

A Università Degli Studi di Camerino (Itália) e a Professora Maria Cristina de Cicco, pelo maravilhoso ambiente de pesquisa proporcionado durante o mês de julho de 2009, em razão da Especialização em Direito Civil-Constitucional que realizamos junto aquela instituição.

A todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

## **RESUMO**

**BELTRÃO, Taciana Cahú.** Uma análise civil-constitucional da monoparentalidade voluntária mediante o recurso da reprodução assistida. 2010. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O intérprete do Direito vem sendo provocado a solucionar contendas inusitadas fruto dos avanços biotecnológicos, cuja solução não vem contemplada de maneira expressa no estatuto civil e na Carta Constitucional. Todavia, a ausência de regramento expresso não inibe a existência de mecanismos de julgamento com vistas à aplicação da justiça ao caso concreto. Por conseguinte o Direito Civil abandona sua tradição de aplicação da norma de maneira lógico-formal e inaugura uma fase em que se atribui ao julgador o atributo de criação do direito, partindo dos princípios e das cláusulas gerais, revisitando seus conteúdos em compasso com os valores de uma dada realidade social. Tal perspectiva é o que se observa quando somos concitados a analisar a possibilidade da mulher sozinha recorrer à reprodução assistida, constituindo uma relação familiar monoparental voluntária, sem se atribuir ao doador do sêmen vínculo paterno-filial para com a criança que nasce em decorrência de tal procedimento. O melhor interesse da criança mostra-se como premissa imprescindível para o enfrentamento da questão que envolve a intelecção da constitucionalidade ou não do recurso a tal procedimento médico.

**Palavras-chave:** Monoparentalidade. Reprodução assistida. Melhor interesse da criança.

## **ABSTRACT**

**BELTRÃO Taciana Cahu.** A civil and constitutional analysis of a volunteer single parent from the use of assisted reproduction. 2010. 137f. Dissertation (Master in Law) - Post-Graduate Law Program, / School of Law in Recife, Federal University of Pernambuco.

The interpreter of the law has been caused to resolve disputes unusual fruits of biotechnological advances, whose solution is not expressly addressed in the civil statute and the Constitution. However, the absence of expressed rules does not inhibit the existence of mechanisms of judgement in order to apply the law in the concrete case. Therefore, the Civil law abandon its tradition of applying the rule in a formal-logical way and initiates a new phase in which he assigns to judge the attribute of making the law, based on the principles and general clauses, revisiting their content in proportion with the values of a given social reality. This perspective is what is observed when urging us to examine the possibility of the woman alone to run over to assisted reproduction, providing a familiar relation of a volunteer single parent, without granting the semen donor paternal-filial relationship to the child that is born as a result of such procedure. The best interests of the child is shown as an indispensable premise to confront the issue that involves the understanding of the constitutionality or not of the use of this medical procedure.

**Keywords:** Single-parent. Assisted reproduction. Child's best interest.

A missanga, todos a vêem.  
Ninguém nota o fio que, em colar vistoso, vai compondo as  
missangas.  
Também assim é a voz do poeta: um fio de silêncio  
costurando o tempo. (Mia Couto)

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO \_\_\_\_\_ 18

### CAPÍTULO 1

#### O DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO COTEJO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 - DA CODIFICAÇÃO ÀS CLÁUSULAS ABERTAS

1.1 O DIREITO DE FAMÍLIA NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916: A  
GRANDE CODIFICAÇÃO \_\_\_\_\_ 18

1.2. UMA CRÍTICA AO MÉTODO LÓGICO-FORMAL DE APLICAÇÃO DO  
DIREITO. A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL E AS CLÁUSULAS ABERTAS:  
UMA ABERTURA PARA A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE CRIADORA DO  
DIREITO \_\_\_\_\_ 28

1.3 OS NOVOS CONTORNOS DA FILIAÇÃO E O CONFLITO ENTRE A  
FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA: PARADIGMA DE MÉTODO ENTIMEMÁTICO DE DECISÃO JUDICIAL  
\_\_\_\_\_ 50

1.3.1. O CONFLITO ENTRE A FILIAÇÃO BIOLOGIA E A SÓCIO-AFETIVA E A  
SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO \_\_\_\_\_ 51

1.3.2. AS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE ÀS LACUNAS DO CÓDIGO CIVIL E O  
RECURSO ÀS CLÁUSULAS GERAIS \_\_\_\_\_ 53

1.3.3. O MÉTODO ENTIMEMÁTICO DE PRODUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL  
\_\_\_\_\_ 57

1.3.4. DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE FILIAÇÃO COMO PARADIGMA DO  
MÉTODO ENTIMEMÁTICO DE DECISÃO JUDICIAL  
\_\_\_\_\_ 61

## CAPÍTULO 2

### A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O AFETO COMO ELO DE CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

2.1.	A FILIAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL	69
2.2.	A FAMÍLIA MONOPARENTAL	84

## CAPÍTULO 3

### A BIOTECNOLOGIA E A MONOPARENTALIDADE: A REIFICAÇÃO DO FILHO E O DIREITO A UMA FAMIÍLIA BIPARENTAL

3.1.	OS AVANÇOS DECORRENTES DA BIOTECNOLOGIA E A MONOPARENTALIDADE: A CRISE DA FAMÍLIA BIPARENTAL?	89
3.2.	O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR VERSUS O DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO INTEGRAL	104
3.3.	O DESEJO DE REPRODUÇÃO COMO PRODUTO DE CONSUMO E A REFICAÇÃO DO FILHO	113
	CONCLUSÃO	142
	REFERÊNCIAS	146

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por escopo uma análise civil-constitucional das implicações jurídicas da monoparentalidade voluntária proveniente das técnicas de reprodução assistida a partir da doação do sêmen masculino.

Essa análise se justifica diante da possibilidade, consubstanciada em Resolução do Conselho Federal de Medicina, de se atribuir às mulheres sozinhas a condição de beneficiárias da reprodução artificial mediante a doação do sêmen masculino, ocasião em que se mantém preservado o anonimato do doador. Por conseguinte, em razão da não identificação do titular do material genético masculino doado, o direito atualmente inclina-se pela inexistência de relação paterno-filial do vínculo biológico que advém de tal doação.

A partir de tal projeto de reprodução artificial a mulher realizará o sonho da gestação independente, cuja paternidade, repita-se, será inexistente. Com efeito, dessa realidade emergem várias problemáticas: Em princípio, se perquire se a gestação seria um direito absoluto atribuído à mulher, mesmo quando ausente a instituição do vínculo da paternidade atribuído ao doador do sêmen ou se haveria limite à reprodução artificial em face do princípio do melhor interesse da criança. Ou seja, seria dado à mulher o direito de privar o filho da convivência paterna?

Ao nos debruçarmos em tais problemáticas, somos obrigados a

refletir em torno dos limites impostos à biotecnologia. Reflexão esta que deverá necessariamente perpassar os aspectos ético-jurídicos de tal procedimento médico.

Desta forma procuraremos desenvolver nosso trabalho sob o olhar da ética e do direito, sob a perspectiva de que o Direito é um mínimo ético na lição de Miguel Reale, ocasião em que procuraremos extrair do ordenamento jurídico os valores encampados pela Constituição Federal por meio dos princípios constitucionais, especialmente aplicáveis em matéria de reprodução humana. Daí porque o nosso trabalho será desenvolvido numa perspectiva civil-constitucional, curvando-se às lições de Pietro Perlingieri como principal referencial teórico.

Portanto para enfrentar a problemática em questão, buscaremos analisar os princípios constitucionais aplicáveis em matéria de filiação, especialmente o princípio do melhor interesse da criança, o que nos conduzirá ao estudo em torno da existência ou não do direito à filiação integral.

Para a presente investigação, a compreensão dos princípios constitucionais faz-se imprescindível, em razão da inclusão de normas de direito de família no texto da Constituição Federal, ocasião em que abordaremos o processo de constitucionalização do direito privado, especialmente do direito de família.

Para enfrentar a temática em questão, a dissertação se desenvolve abordando no primeiro capítulo a evolução do direito de família a partir do Código Civil de 1916 até os dias atuais, bem como a nova configuração

dada ao ordenamento jurídico com a utilização das cláusulas gerais, em oposição à tradição de um sistema voltado à aplicação do direito de maneira lógico-formal.

Conduziremos nosso estudo, para chegarmos a tal desiderato, sobre a grande reformulação que sofreu o direito privado a partir da mudança de concepção do código civil de um sistema de natureza lógico-formal para um ordenamento jurídico recheado de cláusulas gerais.

Nesta ocasião, direcionaremos nossa atenção ao papel atualmente atribuído aos juízes: De meros aplicadores do direito – numa perspectiva legalista – para uma prática criadora do direito, contribuindo para o caráter promocional do ordenamento jurídico, com vistas à aplicação da justiça ao caso concreto.

É neste contexto que se fará imprescindível uma análise dos princípios constitucionais em matéria de direito de família, o que nos servirá para extrair o contorno constitucional da família monoparental no que diz respeito a sua origem, limites e consequências jurídicas.

Ao nos determos na função criadora do direito atribuído ao juiz, procuraremos voltar a nossa reflexão para a metodologia de solução das contendas judiciais, a partir da emergência dos valores referendados pelo ordenamento constitucional, por meio de seus princípios e cláusulas abertas. Nesta ocasião faremos, no segundo capítulo, uma análise crítica do método entimemático de produção de decisão judicial, por acreditarmos que este olhar pode contribuir para uma percepção ético-jurídica tão necessária para a aplicação da justiça ao caso concreto. Estudo este que tem nos

princípios constitucionais o ponto de confluência entre a ética e o direito.

À evidência, o tema objeto da presente dissertação mostra-se atual e fruto das transformações vividas na sociedade com a adoção da reprodução assistida por parte de alguns casais e da mulher sozinha, provocando o intérprete do direito a uma releitura dos conceitos e categorias normatizadas no Código Civil, numa perspectiva Civil-Constitucional.

Desta forma a relevância desse tema para o desenvolvimento científico consiste no fato de abordar e dar correspondência em um contexto jurídico a fatos sociais inusitados, de forma a diminuir a defasagem entre os acontecimentos reais e o seu correspondente tratamento normativo.

O impacto social do presente estudo poderá contribuir para a compreensão dos contornos atuais da filiação, possibilitando que os operadores do direito, através de uma fundamentação doutrinária, procurem interpretar as normas jurídicas de direito de família segundo os fins sociais a que ela se dirige como versa o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com repercussões de toda ordem, o objeto da presente dissertação mostra-se complexo, em razão dos conflitos éticos que o mesmo suscita, exigindo uma renovação do conceito de família e da relação de paternidade/maternidade à luz dos princípios constitucionais sob o cânones da dignidade da pessoa humana.

Convém ressaltar que elemento fundamental para o desenvolvimento do tema em espeque, concentra-se na necessidade de uma

reflexão histórica, antropológica e psicológica do sentido de família e da paternidade, vértices da cultura humana, promovendo uma análise crítica como instrumento da ciência do direito. Esta é a finalidade do terceiro capítulo, momento que tentaremos, com sucedâneo na psicanálise, compreender a função do pai na sociedade contemporânea, bem como faremos uma análise crítica das técnicas de reprodução artificial nos norteando na concepção de sociedade de consumo que tem a indústria da biotecnologia como seu principal personagem.

Dado importante para o nosso estudo encontra-se no fato de que a inexistência de uma específica disciplina jurídica com relação à procriação assistida por mulheres sozinhas, não obsta o seu regramento pelo direito, em face do reconhecimento dos valores sociais refletidos nos princípios constitucionais atualmente consolidados. De modo que o desenvolvimento do trabalho será moldado pelos aspectos constitucionais da questão posta em discussão, o que exigirá um enfoque mais zetético do que puramente dogmático.

Aplicando os princípios constitucionais no que tange à procriação assistida por mulheres sozinhas, o debate jurídico se concreta, notadamente, no mérito da existência e extensão de um direito dos genitores à procriação e de um direito do nascituro a uma família biparental.

Enfim, sob a regência do referencial teórico civil-constitucional, tendo como principal protagonista, na Itália, Pietro Perlingieri, procuraremos desenvolver o presente trabalho em torno da existência ou não de um direito absoluto à reprodução artificial. E em contrapartida

procuraremos extrair da norma constitucional valores e princípios como regramento e limites ético-jurídicos para a reprodução artificial objeto da presente análise, buscando como principal norte o melhor interesse da criança.

Portanto, nosso trabalho será levado a responder às seguintes indagações: Haveria em favor da criança um direito à filiação biparental ou integral? A liberdade do planejamento familiar, constitucionalmente assegurada, implica no direito a reprodução artificial a qualquer custo? Existe direito ao vínculo paterno-filial?

Essas são as principais problemáticas que emergem do estudo em questão, das quais não poderemos nos distanciar, com o fito de demonstrar a nossa persuasão acerca da tese que, ao final, nos inclinamos.

## CAPÍTULO 1

### O DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO COTEJO ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 - DA CODIFICAÇÃO ÀS CLÁUSULAS ABERTAS

#### 1.1. O DIREITO DE FAMÍLIA NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916: A GRANDE CODIFICAÇÃO

No desenvolvimento da presente dissertação, buscaremos, inicialmente, fazer uma análise acerca da evolução do direito civil circunscrita especificamente ao cotejo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002. Para tal, voltaremos nossa atenção, neste capítulo propedêutico, à Codificação Oitocentista.

Impende, *ab initio*, reservar a nossa atenção para o fato de que a Codificação Oitocentista foi editada sob a influência do juspositivismo<sup>1</sup>, corolário da filosofia racionalista aplicada ao Direito, cujas características, dentre outras, compreendiam a aplicação da norma a partir de um sistema lógico-formal.

O Código Civil de 1916, conforme demonstraremos mais detidamente nas explanações contidas nos itens seguintes, possuía independência frente à Carta Constitucional. O que significa dizer, de logo

---

<sup>1</sup> “Filosoficamente, pode-se dizer que o positivismo jurídico caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é auto-referente, é procedural, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, à medida em que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética necessária”. Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 195.

adiantamos, que os princípios constitucionais não eram utilizados como fonte primária para a regulação das condutas sociais no âmbito do direito privado. Diferentemente da sistemática adotada pelo Código Civil de 2002, conforme desenvolveremos no capítulo 2, ao nos debruçarmos no estudo do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil.

Este cotejo a que nos empenhamos neste capítulo servirá principalmente para demonstrar que a metodologia jurídica adotada no Código de 1916 encontra-se atualmente superada diante da “consciência de que a cultura jurídica é a expressão de problemas e possíveis soluções, em uma perspectiva histórica e relativística, e não de dogmas, verdades fixas e a-históricas”<sup>2</sup>, na lição de Pietro Perlingieri<sup>3</sup>, relevante maestro do estudo do direito civil numa perspectiva constitucional, a quem nos socorremos para a tese que encampamos ao final do presente trabalho.

Nos tópicos seguintes, portanto, será efetuado um paralelo entre a cultura jurídica do Código de Beviláqua e a do Código Civil de 2002, no afã de demonstrar a nova metodologia de aplicação do direito e o seu caráter promocional<sup>4</sup>, com esteio nos princípios constitucionais. Metodologia esta que utilizaremos para embasar e fundamentar a tese que será desenvolvida

<sup>2</sup> PERLINGIERI. Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale.** Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. Tomo I. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 130.

<sup>3</sup> “È la conferma della soticità della logica giuridica e ancor più della sua funzione pratica, cioè di uno strumentario di concetti al servizio del giurista e della società nel rispetto degli interessi e dei valori giuridicamente rilevanti” Cf. PERLINGIERI, ob. cit., 2006, p. 87.

<sup>4</sup>“O direito positivado garante a segurança das expectativas através da coercitividade das normas estatais, mas também demanda legitimidade, isto é, a tensão entre faticidade e validade exige que sejam satisfeitas exigências de “decisão consistente” e “aceitabilidade racional”. Cf. ADEODATO, ob. cit., p. 201.

no presente estudo, com o escopo de responder à seguinte indagação: À luz de uma interpretação civil-constitucional é possível que a mulher sozinha seja beneficiária de projeto de reprodução assistida?

Para a compreensão da metodologia do Código Civil de 1916 convém voltar, de maneira perfunctória, o nosso olhar sobre o contexto histórico que fez emergir o estatuto de Beviláqua, especificamente os aspectos que envolvem o direito de família.

Como resultado de uma sociedade aristocrática agrária e patriarcal, submetida aos dogmas da Igreja Católica, a família disciplinada à luz do Código Civil de 1916 possuía como principal característica a união entre homem e a mulher decorrente exclusivamente do matrimônio.<sup>5</sup>

Tal concepção patriarcal, referendada pelo Código Civil de 1916, conferia ao homem a condição de chefe da família e detentor de uma sobreposição frente à figura da mulher e dos filhos. Àquele eram concedidos especiais direitos, os quais não eram estendidos aos demais integrantes da entidade familiar.<sup>6</sup>

Limitava-se o Código civil de 1916 a satisfazer os anseios da elite

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 24.

<sup>6</sup> “Em outro momento já assinalamos com ênfase os efeitos nefastos do que se denomina “privatismo doméstico”. Tal expressão, como se sabe, a partir dos estudos de Orlando Gomes sobre as raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, em sentido estrito, expõe a ossatura codificada a partir do *ratio familiar*. Nada obstante, revela o juízo de inclusão conceitual operado pelo sistema jurídico amestrando categorias eu são aptas a servir os propósitos da estruturação sistêmica. Daí a denúncia contra a operação de exclusão conceitual realizada por meio de códigos: “Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abra para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade”. Cf. FACHIN, Luiz Edson. **O Código da indiferença**. Folha de São Paulo, 16 maio 1998.

agrária e patriarcal se descurando, todavia, da concessão de direitos e garantias às camadas sociais menos favorecidas. A mulher, os escravos, os filhos decorrentes de relações extraconjugaais<sup>7</sup>, por exemplo, estavam à margem de qualquer proteção por parte do estatuto civilista. Nas palavras de Pontes de Miranda, “o Código Civil condensa um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação. Um círculo da família ainda despoticamente patriarcal”.<sup>8</sup>

Portanto por representar o Código Civil de 1916 os interesses e ideais de uma classe dominante, era natural que esse estatuto civil “refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, no mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-se em instituições jurídicas tradicionais”.<sup>9</sup> Enaltecedo essa visão, Amaral sintetiza que

o Código Civil de 1916 era um Código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revelava. Sendo a cristalização axiológica das idéias dominantes no seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dos grupos dominantes, detentores do poder político e social da época.<sup>10</sup>

Resulta evidente, portanto, convém repetir, que o Código Civil de 1916 representava um direito que pouco levava em conta as condições de

<sup>7</sup>FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. 51<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 64.

<sup>8</sup>MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 489.

<sup>9</sup>GOMES, ob. cit, p. 22.

<sup>10</sup>AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Renovar: São Paulo, 2008, p. 131.

vida, os sentimentos ou as necessidades das outras partes da população<sup>11</sup>, pois era um estatuto a serviço da elite agrária e patriarcal<sup>12</sup>.

E em sendo um estatuto a serviço dessa classe dominante, o principal escopo do estatuto civilista esteve voltado aos interesses patrimonialistas, muito embora paradoxalmente tenha sido concebido sob a influência dos ideais liberais, consolidados especialmente a partir do Código Civil de Napoleão Bonaparte, do ano de 1804.

Esse paradoxo, todavia, mostrava-se apenas aparente, dado que os intentos da burguesia emergente da Revolução Francesa em muito se assemelhavam aos fins buscados pela codificação de Beviláqua. Na verdade, o Código de Napoleão, sob o manto da retórica da liberdade, fraternidade e igualdade, representava nada mais do que o “triunfo do individualismo liberal expresso no caráter absoluto do direito de propriedade e no princípio da liberdade contratual”.<sup>13</sup>

Neste particular, faz-se oportuno esclarecer a razão da influência dos ideais da Revolução Francesa sobre o cenário da codificação oitocentista, o que de logo fazemos. Na verdade, citada influência teve como principal condicionante a ascensão da burguesia, que emergiu da revolução comercial e, consequentemente, do advento do capitalismo cujo sistema implicou no “transplante dos hábitos e da cultura européia para

<sup>11</sup>GOMES, ob. cit, p. 22.

<sup>12</sup> “Formou-se na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio – e mais tarde de negro – na composição. Sociedade que desenvolveria defendida menos pela consciência de raça, quase nenhum no português cosmopolita e plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política”. Cf. FREYRE, ob. cit., p. 64.

<sup>13</sup> AMARAL, ob. cit. p. 125.

outros continentes”.<sup>14-15</sup>

Esse transplante resultou na contaminação do cenário político-ideológico de elaboração do Código Civil de 1916 pela filosofia iluminista e liberal decorrente da Revolução Francesa. Todavia, verificamos que tal influência não teve o condão de extirpar o conservadorismo da sociedade brasileira em matéria de direito de família. A bandeira do liberalismo tão cara ao movimento da Revolução Francesa tinha como principal móvel a emancipação da classe comerciante frente à ingerência absolutista da sociedade feudal que outrora se instalara.

Essas idéias iluministas – caracterizadas pela abertura à autoridade da razão<sup>16</sup>, apartando o direito de concepções transcendentais, ligadas à divindade<sup>17</sup> – e liberais influenciaram os juristas da Codificação Civil Brasileira. Muito embora, conforme já destacado anteriormente, mantinha-se o conservadorismo em prol dos interesses particulares e patrimoniais da elite dominante. A este respeito Wolkmer acrescenta que

o primeiro Estatuto Civil, em que pesem seus reconhecidos

<sup>14</sup> AMARAL, ob. cit., p. 118.

<sup>15</sup> Il mondo della sicurezza è, dunque, il mondo dei codici, che traducono, in ordinate sequenze di articoli, il valori del liberalismo ottocentesco. Di qui il significato ‘constituzionale’ deli codici civile, nel sonso che essi non si limitano a disciplinare semplici congegni tenici (più ou meno perfetti e complete), ma raccolgono e fissano la filosofia della rivoluzione borghese”. IRTI, Natalino. **L'eta della decodificazione.** Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1986, p. 6.

<sup>16</sup> Descartes funda sua especulação no critério da evidência. Essa evidência não se refere à percepção nem aos sentidos, que nos enganam com freqüência, mas à clareza e distinção das idéias; é a evidência da razão. Portanto, o método cartesiano é o racionalismo. A única instância com valor para o homem é a razão, que é comum a todos. O homem é substância pensante, raison. Esta é uma das raízes da ciência apriorística do século XVII. E o racionalismo cartesiano é também a causa do espírito igualmente apriorista e anti-histórico que informa todo o século seguinte e culmina de forma dramática na Revolução Francesa. MARÍAS, Julián. **História da Filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 241.

<sup>17</sup> KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-industrial à Pós-moderna:** Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 87.

méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a obsoleta legislação lusitana anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil.<sup>18</sup>

Todavia, convém elucidar, que a filosofia liberal encampada quando da instituição da codificação de Beviláqua, muito difere daquele liberalismo decorrente da revolução burguesa. Na verdade, este tinha como objetivo tanto a emancipação da burguesia frente ao absolutismo monárquico e quanto os privilégios da nobreza - com vistas à liberdade para a prática de atividades econômicas, sob inspiração capitalista - enquanto que aquela pretendia a independência da aristocracia brasileira colonizada frente ao controle da metrópole portuguesa. A este respeito Wolkmer esclarece que

essa faceta das origens do nosso liberalismo é por demais reconhecida, indubitavelmente, porque a falta de uma revolução burguesa no Brasil restringiu a possibilidade de que se desenvolvesse a ideologia liberal nos moldes em que ocorreu em países como Inglaterra, França e Estados Unidos. Nesses países, o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo [...] Já no Brasil, o liberalismo expressaria a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias.<sup>19</sup>

Com efeito, o liberalismo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, compilado das civilizações européias, representou um instrumento de retórica<sup>20</sup> utilizado pela classe dominante para determinar a

<sup>18</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 154.

<sup>19</sup> WOLKMER, ob. cit., p. 94.

<sup>20</sup> A primeira função da retórica decorre de sua definição: arte de persuadir. REBOUL. Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Martins Fontes: 2004, p. XVII.

sua permanência no poder de maneira independente dos comandos da metrópole colonizadora, e em nada dizia respeito aos interesses de uma sociedade igualitária, livre e democrática. Segundo Décio Saes, tal liberalismo fundava-se numa concepção de democracia representativa sem nenhuma relação com a representatividade da vontade popular.<sup>21</sup>

Ainda sobre o Código Civil de 1916, Wolkmer acrescenta que,

em verdade, a Codificação Civil, enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República, traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico da família.<sup>22</sup>

O Código Civil de 1916, que sob o ponto de vista ideológico consagrava um liberalismo pautado na liberdade de contratar e no direito absoluto à propriedade, mostrava-se conservador no aspecto do direito de família, uma vez que “sancionava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e do pátrio poder”.<sup>23</sup>

Este movimento liberal trouxe como legado a influência do iluminismo - cuja filosofia lutava pelo progresso contra o obscurantismo e os privilégios da aristocracia e do clero<sup>24</sup> - e do racionalismo jurídico, resultando no processo de codificação, no afã de disciplinar e controlar as condutas humanas a partir de conceitos gerais, partindo da concepção do

<sup>21</sup> SAES, Decio. **Classe Média e Sistema Político no Brasil**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1984, p. 48.

<sup>22</sup> WOLKMER, ob. cit. p. 154.

<sup>23</sup> AMARAL, ob. cit. p. 132.

<sup>24</sup> AMARAL, ob. cit., p.121.

direito como sistema lógico-dedutivo<sup>25</sup>, tendo a pretensão de conferir à codificação a plenitude e completude como características principais.<sup>26</sup>

Racionalismo que influenciou também a concepção da Escola da Exegese, a qual, segundo Gustavo Tepedino,

re-elaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às ultimas consequências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Assinala-se o *fetichismo da lei*, e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil para as relações de direito privado.<sup>27</sup>

Essa pretensão de completude do Código Civil de 1916 refletia o perfil da modernidade<sup>28</sup>, cujas características, dentre outras, estavam ligadas à autoridade da razão<sup>29</sup> com o fito de conferir ao ordenamento

<sup>25</sup>WALLINE, Marcel apud AMARAL, ob. cit, p. 119.

<sup>26</sup> “O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, os seu sistema. A jurisprudência européia fora, até aqui, um ciênciia da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projeto sistemático do humanismo (...). Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado torno-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito positivo, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais”. Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 309-310.

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.9.

<sup>28</sup>“Sem grandes pretensões científicas, denominam-se aqui modernos os sistemas jurídicos emancipados e auto-referentes do primeiro mundo basicamente por dois motivos. O primeiro é o seu caráter inusitado, sem precedentes na histórica do direito. Um ordenamento jurídico identificado com a religião ou a influência da riqueza econômica sobre a jurisdição, sobre o poder de separar o lícito do ilícito, são fatos conhecidos dos historiadores do direito. Mas o direito dogmático, autopoietico, este é uma grande novidade da modernidade. O segundo motivo é a tendência dos países contemporâneos, bem sucedida ou não, no sentido de dogmatizar o seu direito, com os Estados arvorando-se progressivamente o monopólio da jurisdição, fixando agrupamentos de normas positivas, pretensamente omnicompreensivas e inequívocas, além de eficazes, com corpo de funcionamento específico para decidir o direito etc.” ADEODATO, ob. cit., p. 212.

<sup>29</sup> Ascensão, José de Oliveira. **O Direito**: Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 1997, p. 361.

jurídico a ideia de sistema pleno e hermético, capaz de solucionar todos os conflitos sociais numa perspectiva dedutiva lógico-formal. Oportuna mais uma vez a lição de Amaral quando esclarece que

isso se deve principalmente ao fato de que com a substituição do Estado Absolutista pelo Estado Liberal, decorrente da Revolução Comercial e consequentemente da Revolução Francesa e da contrarreforma, emergiu a filosofia Iluminista, que repercutiu no Direito com a instalação do racionalismo jurídico, e do positivismo jurídico, cujas características, dentre outras, demonstravam-se por meio da tendência à “generalidade e abstração das regras jurídicas e a crença na completude e neutralidade do ordenamento jurídico.<sup>30</sup>

Todavia, segundo Tepedino,<sup>31</sup> divergindo da atual sistemática do direito civil brasileiro, o direito público e o direito privado, sob a influência da Escola da Exegese<sup>32</sup>, eram considerados setores normativos estanques. Ao Direito Constitucional cabia tão somente regular as questões pertinentes à organização político-social do Estado, enquanto o Direito Civil se voltava a regular as relações de natureza privada, sem nenhuma hierarquia hermenêutica frente à Constituição Federal. Conseqüentemente, as normas constitucionais, quando muito, eram utilizadas no âmbito do direito privado de maneira excepcional e subsidiária diante da lacuna da norma infraconstitucional.

Desse modo, conferia-se ao Código Civil uma independência frente à Carta Constitucional, implicando na intervenção mínima do Poder

<sup>30</sup> *Idem*, ob. cit., p. 130.

<sup>31</sup> TEPEDINO, ob. cit., p. 10.

<sup>32</sup> “A Escola da Exegese se caracteriza por conceber o direito como um sistema dedutivo e pela configuração que faz do raciocínio judicial, segundo a conhecida teoria do silogismo. Para o juiz só é importante que a sua decisão esteja de acordo com o Direito, e ele não considera as possíveis conseqüências ou o caráter razoável ou não da mesma”. Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 76.

Público sobre a atividade econômica, em homenagem ao perfil liberal do Estado Brasileiro. A respeito do liberalismo jurídico Paulo Lôbo com maestria esclarece que

caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não-intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Concretizou-se o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, e a igualdade ateve-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais.<sup>33</sup>

Todavia, a realidade atual vem a demonstrar a incompatibilidade de um sistema normativo fechado para a eficácia da solução dos conflitos sociais. Na verdade, a lei deve se apresentar de certa maneira permeável frente às inovações advindas da variabilidade dos valores encampados pela sociedade.

No tópico seguinte trataremos da crise da idéia de completude do Código Civil, e consequentemente das alterações em matéria de fontes do direito civil, inauguradas principalmente a partir do Estado do Social, e, consequentemente voltaremos nossa atenção para o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

## **1.2. UMA CRÍTICA AO MÉTODO LÓGICO-FORMAL DE APLICAÇÃO DO DIREITO. A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL E AS CLÁUSULAS ABERTAS: UMA ABERTURA PARA A DECISÃO JUDICIAL COMO FONTE CRIADORA DO DIREITO**

---

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

Diversamente da sistemática do Código Civil de 1916 explanada no item anterior, matérias pertinentes ao direito privado passaram a integrar, a partir de 1934<sup>34</sup>, o texto da Constituição Federal, num processo designado de constitucionalização do direito civil.

A principal característica deste fenômeno encontra-se na intervenção do Estado nas relações privadas<sup>35</sup>, resultando na aplicação dos princípios constitucionais às normas civis e submetendo a validade do estatuto civil à obediência aos direitos fundamentais e normas constitucionais, especialmente voltadas a proteção da dignidade da pessoa humana, no âmbito social, familiar e contratual. Esse intervencionismo,

alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno, da inclusão e equação de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana<sup>36</sup>.

A constitucionalização do direito civil contribuiu para a crise da ideia de completude do Código Civil, tão enfaticamente defendida outrora pela Escola da Exegese<sup>37</sup>. Aquela sob o patrocínio do Estado-Social<sup>38</sup> voltou

<sup>34</sup> “No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que asseguram a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-a no projeto da modernidade” *Idem*, p.4.

<sup>35</sup> “La legge, scegliendo scopi e sollecitando attività, invade i campi, che l’ideologia liberale riservava alle decisioni dei privati. IRTI, Natalino. **L’eta della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 22.

<sup>36</sup> LÔBO,ob. cit., p. 4.

<sup>37</sup> I dubbi sulla utilizzazione della norma costituzionale da parte dell’interprete discendono da una tradizione che risale all’epoca della rivoluzione francese e che attribuisce alla norma costituzionale natura programmatica, rilevante sotto il profilo ideologico-politico, ma non già normativo. La norma da applicare sarebbe quella del

sua atenção para o bem-estar da sociedade, norteando-se pelo móvel da igualdade substancial.

A incompletude do estatuto civil mostrava-se evidente a partir da necessidade de criação de várias leis – microssistemas - com o objetivo de disciplinar situações específicas e contingenciais, cujas soluções dadas pela codificação de 1916 mostravam-se insatisfatórias e defasadas. O principal intuito de tais estatutos estava em instituir normas com vistas a compensar a vulnerabilidade de seus destinatários, com o fito de por em prática a igualdade substancial, tão cara à consecução da justiça social.<sup>39</sup>

Exemplos de microssistemas instituídos nessa perspectiva podemos encontrar na Lei do Inquilinato, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais confirmam o enfraquecimento do poder absoluto do Código Civil de 1916, num processo de descodificação conforme perfilhado por Francisco Amaral.<sup>40</sup>

Tal situação se acentuava com “a transferência para a órbita constitucional de alguns dos tradicionais princípios concernentes à família,

codice, della legge speciale, prevista per “quel”caso concreto. È il trionfo della scuola dell’esegesi. Il principi costituzionali non rappresenterebbero altro che un indirizzo politico offerto al legislatore futuro. La norma costituzionale nell’ordinamento vigente si colloca, invece, in una situazione di supremazia, all’apice della gerarchia delle fonti” PERLINGIERI, ob. cit., 2006, p. 165.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231.

<sup>39</sup>“Os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5-7>. Acesso em 08 de novembro de 2009.

<sup>40</sup> AMARAL, ob. cit. p. 133.

à propriedade privada e à liberdade contratual”, exigindo a regulamentação das situações deles decorrentes no âmbito infraconstitucional, por meio dos microssistemas. A este respeito Tepedino acrescenta que,

a partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do Direito Privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais de emergência – a confirmar uma ordinária exclusividade -, o Código se transforma em centro normativo de direito comum, ao lado do qual proliferam as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador.<sup>41</sup>

Na verdade, a partir da consolidação do Estado social<sup>42</sup>, a norma constitucional passou a abarcar em seu conteúdo matéria de direito privado, uma vez que a intervenção estatal nesta seara passou a ser necessária como forma de garantir a igualdade material e não simplesmente formal, no afã da concretização da justiça social<sup>43</sup>. Fenômeno este denominado por alguns de publicização do direito civil. A este respeito Lôbo esclarece que,

durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada, para a garantia da tutela

<sup>41</sup> TEPEDINO, ob. cit., p. 5.

<sup>42</sup> Paulo Bonavides ao tratar da concepção do Estado Social evidenciado a partir da Carta Constitucional de 1934 esclarece que “esse reluzente espelho trouxe para aquela Constituição imagens novas de matéria constitucional: a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura debaixo da proteção especial do Estado”. BONAVIDES, ob. cit., p. 368.

<sup>43</sup> Segundo Aristóteles a justiça distributiva estaria compreendida na idéia de que cada pessoa deve ser recompensada na proporção de seus méritos, de tal modo que é injusto que os desiguais em mérito sejam tratados na mesma maneira ou os iguais em mérito sejam tratados de maneira desigual. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 8.

jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor<sup>44</sup>.

Com efeito, a liberdade absoluta dos particulares nas relações de direito privado implicou num desequilíbrio material entre as partes, agravado principalmente a partir da crise social e econômica advinda dos pós-guerras. Surge então a necessidade de um estado intervencionista, com vistas a estabelecer o equilíbrio e a igualdade material entre as partes, concretizado por meio do chamado dirigismo estatal.

De modo que, as constituições editadas sob o manto do Estado Social tinham como característica a intervenção do Estado sobre as relações de natureza privada, com vistas à garantia do bem-estar social, sem se descurar da garantia da liberdade, consagrada a partir do liberalismo jurídico, conferindo a esta uma relativização em favor dos interesses sociais e coletivos.

O Estado Social caracteriza-se, portanto, pelo controle da atividade econômica, com vistas ao bem-estar social, por meio da inserção de princípios da ordem econômica no texto constitucional, como podemos depreender do art. 170 da Constituição Brasileira de 1988<sup>45</sup>, segundo o qual

<sup>44</sup> LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em 03/01/2010.

<sup>45</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – (omissis)

II- propriedade privada

é garantida a liberdade da atividade econômica, desde que preservados os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção do consumidor, do trabalhador e do meio ambiente, a fim de concretizar o equilíbrio substancial entre os sujeitos da relação jurídica econômica e assim implementar a justiça social.

O Estado social, segundo Lôbo, caracteriza-se pela “intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo como fito a proteção dos mais fracos”, consagrando o princípio da justiça social - no sentido de atribuir a todos uma igualdade material - e da solidariedade social<sup>46</sup>. A este respeito Pierlingieri acrescenta que

o Estado social de direito representa a tentativa de conjugar legalidade e justiça social. Não é suficiente a garantia de que o Estado se abstenha de comportamentos invasivos da liberdade individual (liberdade frente ao Estado), mas sim é necessário que o Estado, mediante ações próprias, assegure o efetivo direito à liberdade (liberdade através do Estado). Liberdade individual, liberdade das necessidades, liberdade e solidariedade social, igualdade formal e substancial tornam-se inseparáveis.<sup>47</sup>

Voltando-se para o aspecto do direito de família, o Estado social confere uma proteção constitucional à família, abolindo qualquer forma de discriminação, opressão e desigualdade, consequentemente reconhecendo a pluralidade das entidades familiares, tendo sempre como objetivo principal

III – função social da propriedade

IV – livre concorrência

V – defesa do consumidor

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - (omissis).

<sup>46</sup> LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em 03/01/2010.

<sup>47</sup> PERLINGIERI, ob. cit., 2006, p. 14.

o desenvolvimento integral da pessoa humana<sup>48</sup>.

Esta postura constitucional implicou no reconhecimento da pessoa como principal objeto do direito. Devendo o ordenamento jurídico como um todo ser instrumento para a consecução da dignidade da pessoa humana, e para tal se faz necessário a compreensão das normas constitucionais como unidade sistemática, em prol do bem-estar social.<sup>49</sup>

A idéia da pessoa humana como centro das relações jurídicas, reconhecida constitucionalmente impôs ao Direito Civil, conforme leciona Fachin,

o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais.<sup>50</sup>

Dessa forma, a partir da intervenção estatal nas relações privadas, o Código Civil deixa de ser considerado norma imune à Constituição Federal e passa a demandar a interpretação de seus dispositivos conforme os princípios constitucionais. O que significa dizer que, os dispositivos do Código Civil de 2002 devem ser interpretados à luz da Constituição Federal de 1988, tendo a dignidade da pessoa humana como seu principal corolário.

Ademais, convém ressaltar que nesta perspectiva a Constituição Federal não é utilizada como fonte subsidiária diante de determinada lacuna ou omissão do legislador ordinário. Na verdade, as regras e princípios

<sup>48</sup> FURGIUELE, Giovanni. **Modelli Familiari nel diritto italiano e straniero**. In: Famiglia, Persone e Sucessioni, out. 2007, p. 820.

<sup>49</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do Novo Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XVII.

<sup>50</sup> FACHIN, ob. cit. p. XVII.

constitucionais em matéria de direito privado, e especialmente em matéria de direito de família, objeto do presente trabalho, têm aplicação imediata e eficácia plena, invertendo a ordem interpretativa, ou seja, as leis ordinárias apenas gozam de eficácia se compatíveis com o comando constitucional. Interpretação esta que reconhece nos princípios constitucionais um direito substancial, fonte direta para a solução dos conflitos de âmbito civil<sup>51</sup>, exigindo do aplicador do direito uma interpretação integrativa<sup>52</sup>, sem se descurar da análise histórica e teleológica<sup>53</sup> do ordenamento jurídico.

É com base nesta perspectiva que se desenvolve o presente trabalho, ou seja, a partir de uma análise constitucional sobre as consequências jurídicas advindas da reprodução artificial por mulheres sozinhas.

Tal problemática se ergue uma vez que o Direito de Família está hoje alçado a um dos segmentos mais importantes para a consecução e promoção do bem-estar social, haja vista que a família é considerada o núcleo da sociedade e o aperfeiçoamento moral dos padrões de comportamentos familiares é fator fundamental para o desenvolvimento da pessoa humana e da sociedade.

De modo que, a família é o *locus* de formação e desenvolvimento da personalidade de seus participantes, pois exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais

<sup>51</sup> PERLINGIERI, ob. cit., 2006, p. 35.

<sup>52</sup> Na técnica integrativa ou técnica de efeito integrador, o intérprete desenvolve um raciocínio eminentemente crítico e global da constituição, para dela extrair a verdadeira finalidade de seus princípios e normas. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 343.

<sup>53</sup> Também denominada de interpretação evolutiva ou progressiva.

de seus componentes.<sup>54</sup> A norma constitucional acompanha esta mudança de paradigma a partir da despatrimonialização do direito de família em prol da tutela qualificada das relações familiares, orientando-se no sentido de identificar na família os pilares do princípio da dignidade humana e da solidariedade.

Desta forma percebemos que o juiz está sendo provocado a abandonar aquela postura de mero aplicador do direito, numa perspectiva lógico-formal - por meio da subsunção do caso concreto à norma - para uma postura de criador do direito e responsável pela adequação da norma às novas demandas sociais, com o objetivo de promover o pleno bem-estar da pessoa humana<sup>55</sup>.

Essa nova função atribuída aos juízes foi provocada principalmente a partir das mudanças sociais advindas da pós-modernidade, e da diversidade social e cultural daí decorrentes, desafiando os magistrados a proferirem decisões para solução de contendas inusitadas, frutos principalmente do avanço biotecnológico e dos novos arranjos familiares, até o momento não disciplinadas normativamente, obrigando o aplicador do direito a promover uma releitura dos institutos e dispositivos legais, com vistas a aplicação da justiça ao caso concreto, num processo de integração normativa.

---

<sup>54</sup> BONAVIDES, ob. cit., p. 178.

<sup>55</sup> PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordenamento giuridico.** In: La persona e suoi diritti. Problemi dei diritti civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 6-43.

Urge esclarecer que a menção ao termo pós-modernidade se faz aqui sustentando-se no uso corrente que emerge de tal expressão no sentido de se mencionar os ineditismos de problemas e contextos a que a atualidade está submetida.

Ressalve-se ainda que não é pretensão desta dissertação problematizar o termo pós-modernidade, visto que em certa medida este pode ser considerado até um *non sense* na medida em que falar de “pós” implica em pensar algo que vai além ou ultrapassa, no caso, a modernidade, quando em sentido jurídico nosso direito permanece sob a tutela das pretensões e características modernas, quais sejam: inegabilidade dos pontos de partida e obrigatoriedade de decidir ou proibição do *non liquet*. Além disso, veja-se que as promessas da modernidade continuam inalcançadas, tais como liberdade, igualdade e fraternidade.

Tal realidade pós-modernidade era naturalmente de se esperar, pois é inconteste a impossibilidade dos estatutos legais contemplarem todas as situações levadas a efeito no dia-a-dia forense, ante as mutações sociais e novas formas de subjetividades apreendidas da sociedade contemporânea.

A este respeito Krell acrescenta que,

o princípio da unidade da Constituição implica na contemplação da Lei Maior como um todo, com o intuito de extrair dentro do próprio sistema constitucional o instrumental valorativo, ético e jurídico necessário. É daqui que devem ser extraídos os valores superiores de nosso ordenamento: a liberdade, a igualdade, a cidadania, o pluralismo político e o direito à vida que se expressa no princípio maior da dignidade da pessoa humana.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup>KRELL, Olga Jubert Gouveira. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 74.

Essa característica promocional do ordenamento jurídico instrumentalizada por meio das chamadas cláusulas gerais<sup>57</sup> requer do intérprete a condição de

depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradadas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.<sup>58</sup>

Papel importante nesse processo de promoção da justiça e de criação do direito atribuída aos juízes é desempenhado pelas cláusulas gerais<sup>59</sup> no ordenamento jurídico, cuja vagueza atribui ao intérprete do direito o poder de preencher seu conteúdo, integrando a norma a partir dos valores ético-jurídicos<sup>60</sup> extraídos da Carta constitucional. Sobre a cláusula geral Costa esclarece que

constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida, ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização

<sup>57</sup> Afirma Paulo Bonavides que a fase pós-positivista correspondente “aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, senda a tônica das novas constituições a hegemonia axiológica dos princípios convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” BONAVIDES, ob. cit., p. 237.

<sup>58</sup> TEPEDINO, ob. cit., p. 9.

<sup>59</sup> “N’è sembra che il codice civile guadagni nel nostro tempo nuove funzioni: quella di disciplina di ‘strumenti’ o di ‘attività’, di cui i soggetti, pubblici e privati, possano servirsi in vista dei loro fini; o di sede de clausole generali, capaci di ristabilire, al di spora del particolarismo delle leggi di settore, l’unità del trattamento giuridico”. IRTI, ob. cit., p. 30.

<sup>60</sup> “A ética inherente a um positivismo contemporâneo não parecer ser aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a sociedade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos ‘em si mesmos’, o positivismo coaduna-se com maior facilidade com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a qualquer custo”. Cf. ADEODATO. ob. cit., p. 203.

pode estar fora do sistema<sup>61</sup>.

Para alguns o Código Civil de 2002 já nasceu velho, uma vez que deixou de disciplinar algumas situações já previstas na sociedade atual, como, por exemplo, as relações jurídicas desenvolvidas no ambiente cibernético, bem como o recurso, frequentemente utilizado por diversos casais, das técnicas de reprodução artificial.

Contribuindo ainda para a crítica ora citada, somamos o fato da existência no Código Civil de 2002 de cláusulas gerais, cuja característica, como já foi dito, seria a vagueza de seus comandos normativos, a exemplo do que estabelece o artigo 421 do Código Civil.<sup>62</sup>

Pois bem. Refletindo acerca da forma adotada pelo Código Civil de 2002, ao recorrer às cláusulas gerais, tão duramente criticadas, percebemos que atualmente o juiz não se limita a aplicar a lei ao caso concreto, aplicando o silogismo lógico outrora tão usual. Cabe atualmente ao julgador criar o direito<sup>63</sup>, preenchendo a vagueza das normas abstratamente previstas, e ao julgar o caso concreto recorre à retórica por meio de sua arte de persuasão e de sua função hermenêutica, num processo dialético<sup>64</sup>, como instrumento para decidir e conferir aceitabilidade de suas

<sup>61</sup> COSTA. Judith Martins. **O direito priva como um “sistema em construção”**: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 753, jul. 1998, p. 29.

<sup>62</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>63</sup> ADEODATO, ob. cit., p. 239.

<sup>64</sup> Segundo Aristóteles “é preciso ser capaz de persuadir dos prós e contras, como no silogismo dialético. Não para pôr os prós e os contras em prática – pois não se deve corromper pela persuasão!-, mas para saber claramente quais são os fatos e para, caso alguém se valha de argumentos desonestos, estar em condições de refutá-los (...) ARISTÓTELES, **Retórica**. Livro I, cap. 2, 1355 a-b.

decisões pelo público destinatário<sup>65</sup>.

Atualmente a diversidade social e cultural mostra-se incompatível com um sistema jurídico hermético e rígido, caracterizado pela adoção de normas gerais e universais - como as regras da física e da matemática - com a pretensão de regular todas as condutas sociais.

Assim sendo, a solução mais razoável ou mais contextualizada parece ser aquela extraída do caso concreto, ou seja, da eqüidade, decorrente do senso comum a que se referiu Aristóteles. Daí porque entendemos perfeitamente conveniente a adoção de cláusulas gerais para a eficácia para o deslinde do caso concreto.

O Código Civil atual evidencia a grande reformulação que sofreu o direito de família, notadamente no que diz respeito à igualdade de direitos entre os cônjuges. No entanto, segundo Wolkmer, “seus avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais,[...] marcadas por diversidades e realidades emergenciais”.<sup>66</sup>

Na verdade a grande mudança em matéria de direito de família se deve à Constituição Federal de 1988 a partir do reconhecimento implícito do princípio jurídico da afetividade e, explícito, da solidariedade, os quais devem nortear o processo interpretativo na solução das contendas que emergem das relações familiares, buscando uma compreensão sistemática e

---

<sup>65</sup> Segundo Olivier Reboul a retórica além de ter uma função persuasiva, tem também uma função hermenêutica, significando a arte de interpretar textos. De modo que a retórica não seria simplesmente “uma arte que visa a produzir, mas uma teoria que visa a compreender. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. XVIII e XIX.

<sup>66</sup> WOLKMER, ob. cit., p. 157.

harmônica do estatuto constitucional.<sup>67</sup>

A Constituição Federal de 1988, portanto, exerce um papel importante na solução dos conflitos decorrentes das relações de família, por meio de seus princípios constitucionais, de eficácia imediata, fonte normativa direta em matéria de direito de família, sempre tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, para solução dos conflitos sociais da atualidade, especialmente em matéria de filiação, o ordenamento jurídico brasileiro confere eficácia direta aos princípios constitucionais, cuja elasticidade de seus comandos permite uma interpretação evolutiva com vistas a reconhecer em garantias constitucionais situações jurídicas emergentes da realidade e da diversidade social.

A família passou a ser protegida pelo Estado, na qual são sedimentados e transmitidos todos os valores éticos e sociais. Desta forma, a filosofia de proteção à pessoa inserida na Constituição Federal não comporta mais a configuração de uma família patriarcal e decorrente exclusivamente do matrimônio. Na verdade, a família passou a ser o ambiente de construção da identidade psicossocial do indivíduo, pautado sob uma relação de solidariedade, ética, igualdade e afetividade, colocando por terra qualquer ranço de opressão e desigualdade.

A Constitucionalização do direito civil representou uma reformulação do conceito da família e seu objeto, ganhando *status* de matéria constitucional, implicando no abandono da característica patriarcal

---

<sup>67</sup> LÔBO, ob. cit., p. 11.

e patrimonial e consolidando a solidariedade e igualdade de direitos atribuídos a seus membros, norteando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, na lição de Lôbo “a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida”.<sup>68</sup>

Conseqüentemente, os anseios sociais, com vistas à plenitude da realização da pessoa humana, não podem jamais ser considerados juridicamente irrelevantes, devendo o intérprete do direito reconhecer o dever atribuído ao ordenamento jurídico de - por meio de cláusulas abertas - promover o bem-estar social, procurando solucionar com eficácia os litígios decorrentes dos conflitos sociais contingenciais.<sup>69</sup>

Para tal faz-se imprescindível, na lição de Perlingieri, a compreensão do sistema jurídico como uma unicidade, tendo como núcleo norteador os princípios constitucionais atinentes à dignidade da pessoa humana, conferindo ao ordenamento jurídico um caráter promocional do bem-estar social.<sup>70</sup>

Percebe-se então a crise do legalismo jurídico ou nas palavras de Tepedino do *fetichismo* da lei, e da conseqüente maneira de julgar por meio de um processo de dedução lógico-formal. Maneira esta compilada das ciências naturais mostra-se incompatível para a dinâmica das ciências

<sup>68</sup> LÔBO. ob. cit., p. 2.

<sup>69</sup> PERLINGIERI. ob. cit. 2006, p. 57.

<sup>70</sup> “Il discorso giuridico è dunque il discorso morale condotto con particolari procedure e con finalità di regolazione dell’intera comunità in modo non soltanto persuasivo ma anche coattivo. La morale è esigenza di interrogare la coscienza, di dicutere la legittimità di una regola o la bontà di un’azione, di affidarsi ad un sistema nel quale le decisioni sono sempre rivedibili e manca un’autorità costituita [...] In sintesi: senza ética non v’è diritto ma la considerazione morale della convivenza richiede la presenza del direito. Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**, 6ª edizione ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italinae, 2007, p. 6.

sociais. A lei, sem dúvida, é imprescindível, porém os problemas da atualidade demonstram a sua incompletude e falibilidade para a solução dos conflitos sociais.

A lei é fundamental para o controle e harmonia social. Porém, deve ser estruturada de maneira a permitir a permeabilidade das mudanças sociais, ocasião em que se mostra fundamental o auxílio da filosofia do direito, e em especial da hermenêutica jurídica e das demais ciências humanas, num processo de interdisciplinaridade a fim de conferir eficácia e legitimidade ao ordenamento jurídico.<sup>71</sup>

O ordenamento jurídico traz implícita ou explicitamente valores que devem nortear a conduta do juiz na solução do caso concreto. Valores que devem ser interpretados de maneira harmônica, notadamente tendo como norte os princípios constitucionais em compasso com os valores ético-jurídicos da sociedade contemporânea.

De modo que caberá ao juiz, ao julgar o caso concreto, preencher o conteúdo das cláusulas gerais e princípios contidos tanto no Código Civil como na Constituição Federal. Todavia, este procedimento não deverá ser guiado pelo subjetivismo do intérprete, mas deverá ser produzido em consonância com os valores que emanam do nosso ordenamento jurídico,

---

<sup>71</sup>“A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas. Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema”. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 256.

permitindo com o recurso às cláusulas gerais, conforme lição de Tepedino,

maior flexibilidade no sentido de, diante do fato jurídico concreto, fazer prevalecer os valores do ordenamento em todas as situações novas que, desconhecidas do legislador, surgem e reproduzem como realidade mutante na sociedade tecnológica de massa<sup>72</sup>.

Sem sombra de dúvida, estes valores acompanham os ideais de uma dada época, devendo, evidentemente, serem revistos a cada nova mudança por que perpassa a sociedade, uma vez que segundo Adeodato “a natureza do direito é de cunho eminentemente simbólico e a relação entre o signo e seu objeto é de natureza meramente convencional”.<sup>73</sup>

Desta forma, não há como limitar a ciência do direito aos dispositivos contidos numa dada legislação, num excesso de legalismo, o que, convém esclarecer, difere da noção de positivismo, este que seria decorrente de “fatos palpáveis positivamente revelados e não de realidades transcendentas que prescindem de positividade”.<sup>74</sup>

De maneira que devemos compreender o direito positivo no sentido de que a lei deve ser um dos instrumentos de que se deve valer o juiz para a solução dos conflitos sociais, e não o único. Daí porque, segundo Adeodato<sup>75</sup>, a norma jurídica não espelha a realidade, mas fornece-lhe apenas uma estruturação lógica de que o direito lança mão para fazer valer suas decisões. A este respeito acrescenta Larenz que

as decisões judiciais, mesmo quando nelas se plasmam juízos de valor, não podem aceitar-se às cegas; requerem confirmação, no

<sup>72</sup> TEPEDINO. ob. cit. p. 9.

<sup>73</sup> ADEODATO. ob. cit. p. 17.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 26.

sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são materialmente adequadas.<sup>76</sup>

Tudo isso nos faz compreender que a idéia de inquestionabilidade dos pontos de partida contidos na norma jurídica, “não significa que os dogmas jurídicos sejam interpretações estáticas da conduta social<sup>77</sup>, uma vez que eles precisam ser constantemente revistos”<sup>78</sup>, por meios de processos de interpretação e integração da norma jurídica<sup>79</sup>. Segundo Adeodato

essa abstração não depende da realidade concreta, simplesmente parte dela e a ela retorna para impor sua própria perspectiva; é assim que a contingência fática, instável e imprevisível por excelência, é controlada e possibilita a estabilidade jurídico-política.<sup>80</sup>

Com efeito, antes de tudo é importante compreender que a dogmática não representa uma prisão para o espírito mas, ao contrário, um aumento da liberdade no trato com textos e experiências vinculantes<sup>81</sup>.

A este respeito Perlingieri acrescenta que

na noção de norma, no singular, há uma aspiração à unidade da problemática do diálogo-confronto entre os sujeitos e a norma, com a consciência de que esta não se identifica com a disposição legislativa, mas é algo a mais: nela é inerente o confronto dialético com o fato em uma inseparável e histórica unidade. A norma não pode ser compreendida fora da sociedade, historicamente determinada, e a relevância da sociedade civil

<sup>76</sup> Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 3.

<sup>77</sup> Dalla varietà delle conseguenze con le quali Il diritto positivo (cioè Il diritto, prevalentemente scritto, posto da fonti predeterminate e riconoscibili) assicura Il rispetto delle proprie regole, si comprende che Esso assolve una dopplice funzione: a) conservare le situazioni presenti nella società, conformando le proprie regole a quelle sociali persistenti; b) trasformare, sotto la spinta di interessi alternativi, l'esistente, modificando la società) PERLINGIERI, ob. cit., 2007, p.5.

<sup>78</sup> ADEODATO. ob. cit. p. 31.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>81</sup> FERRAZ, Tecio. **Função Social da dogmática Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 32.

não pode ser valorada separadamente da norma.<sup>82</sup>

Ademais, a dogmática vê-se imprescindível notadamente em face de uma realidade social altamente complexa, com vistas a diluir os conflitos sociais, por meio de parâmetros dogmáticos mais gerais e abrangentes, cabendo ao juiz, por meio da eqüidade, fazer justiça ao caso concreto, e assim promover a integração da norma jurídica, tendo como paradigma os valores ético-jurídicos<sup>83</sup> de uma dada realidade social.<sup>84</sup>

De modo que o papel do direito na sociedade contemporânea apresenta contornos diversos daqueles evidenciados pela codificação oitocentista. Àquela época o Código Civil apresentava-se como uma norma de sistema fechado, quase que impermeável às alterações e anseios sociais.

Atualmente, a atividade jurisdicional assume o caráter de instrumento de transformação social e de promoção do bem-estar social, por meio da aplicação da justiça ao caso concreto. Todavia, ao juiz caberá compreender os recursos de que dispõe, sob o auxílio da argumentação e

<sup>82</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Tradução de: Maria Cristina De Cicco - Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7.

<sup>83</sup> Embora não haja um consenso sobre o conteúdo dos valores, há um consenso de que tal conteúdo é desejável, sendo preferível uma situação positivamente valioso a uma negativamente valiosa. A dogmática, então, apela simplesmente a “nomes” e com eles trabalha, aludindo, ilusoriamente, àquilo eu cada pessoa entende por tais nomes: o verdadeiro conteúdo dessas formas valorativas é aquele que a dogmática elege segundo as circunstâncias do momento. ADEODATO, ob. cit. p. 36.

<sup>84</sup> É a passagem do primado da lei ao primado do direito; o repúdio da escola da mera exegese e do conceitualismo; o abandono consciente de uma gloriosa tradição cujo eco ainda é forte em mais de uma cátedra (...). O papel do direito civil, a relação entre moral e direito encontra pontos de confluência significativos em uma teoria da interposição inspirada no personalismo e na preeminência da justiça sobre a lei dos textos. Cf. PERLINGIERI, ob. cit., 2008, p. 54.

hermenêutica jurídica, para extrair os valores ético-jurídicos<sup>85</sup> da sociedade contemporânea, com vistas à aplicação da justiça social.

O juiz deixa de ser um simples mediador entre a norma e o caso concreto e passa a ser aquele que vai criar o direito no momento da decisão.

Sem sombra de dúvida, mostra-se totalmente incompatível o sistema lógico-formal como ferramenta para a solução do caso concreto. Na verdade, o juiz ao decidir se vale de método eminentemente retórico, congregando diversos argumentos, com base em fatores antropológicos, sociológicos, biológicos, legais, para, afinal, aplicar a decisão mais razoável para o caso concreto, inexistindo, portanto, a possibilidade de uma aplicação direta da lei numa perspectiva lógico-formal, conforme tantas vezes já nos referimos alhures.

Portanto, a diversidade social e cultural da sociedade contemporânea mostra-se incompatível com um sistema jurídico hermético e rígido, caracterizado pela adoção de normas gerais e universais, com a pretensão de completude. Assim a melhor solução é aquela extraída do caso concreto, ocasião em que o juiz se valerá de elementos retóricos com vistas a obter aceitabilidade por parte da sociedade. Podemos dizer então que os argumentos retóricos trabalham com a idéia de verossimilhança<sup>86</sup>, a

<sup>85</sup>“Igualdade, solidariedade e desenvolvimento pleno da pessoa tornam-se os parâmetros axiológicos de uma jurisprudência e de um aparato conceitual a ser criado como compromisso de uma geração de juristas: uma revolução nos conceitos, e sobretudo em sua função, na direção de escolhas históricas, enquanto qualitativamente novas”. Cf. PERLINGIERI, ob. cit., 2008, p. 56.

<sup>86</sup> A idéia de verossimilhança decorre do fato de que o mundo de que vivemos “quase não comporta certezas científicas, dessas que possibilitam previsões seguras e decisões irrepreensíveis. Mas tampouco está entregue ao acaso, ao aleatório, ao caos. Não se pode prever com total certeza, mas é possível prever com mais ou menos certeza, com alguma probabilidade. Não se pode dizer: “é verdadeiro” o “é falso, mas pode-se dizer: é mais ou menos verossímil”. REBOUL, ob. cit., p. XX.

depender do contexto da decisão e do resultado a que se pretende chegar.<sup>87</sup>

A este respeito Perlingieri leciona que:

ognio trasformazione della realtà sociale deve esser tenuta in considerazione dalla scienza del diritto, poichè reagisce sulla realtà normativa. Credere che il diritto sia immodificabile, eterno, astorico, insensibile a quasiasi ideologia è atteggiamento formalista, ignaro della connessione tra comportamenti e regole.<sup>88</sup>

E para tal é imprescindível uma interdisciplinaridade entre o direito e as demais ciências sociais a fim de evitar conhecimentos setoriais e reducionistas acerca da realidade. Devendo a atividade jurisdicional servir-se não de um “instrumental predeterminado e rígido, mas de uma cultura ampla e de um conhecimento global do ordenamento, renovado pela análise pontual e minuciosa do fato”.<sup>89</sup> Mais uma vez Perlingieri esclarece que

il diritto che previene e compene i confliti sociali ha anche un contenuto morale perchè l'osservanza delle regole non sarebbe possibile se mancasse il consenso morale di fondo (quando meno su ciò che ciascuno possa fare liberamente senza recare danno agli altri e sui modi di controllare del comportamento umano nelle sue infinite situazioni concrete).<sup>90</sup>

No entanto, percebemos que a realidade da prestação jurisdicional brasileira evidencia que os juízes ao julgarem o caso concreto, muitas vezes, se valem de preconceitos e ideologias, que interferem no julgamento do caso concreto, descurando-se dos valores ético-jurídicos que regem o nosso ordenamento jurídico, positivados principalmente no texto

<sup>87</sup> ADEODATO. ob. cit. p. 261.

<sup>88</sup> PERLINGIERI, ob. cit., 2007, p. 4.

<sup>89</sup> PERLINGIERI, ob. cit., 2008, p. 12.

<sup>90</sup> PERLINGIERI, ob. cit., 2007, p. 6.

constitucional, quer de maneira explícita ou implícita.<sup>91</sup>

Os juristas devem estar comprometidos em interpretar a norma, conhecendo a realidade e os valores sociais, sob pena de uma flagrante parcialidade na produção legislativa e jurisprudencial, e por conseguinte, colocando em risco a função ordenadora e equilibradora do direito, uma vez que, segundo Pierlingieri,

as interpretações unilaterais da juridicidade são inadequadas para reconhecer no sistema jurídico uma unidade cultural. O formalismo, como exasperada hegemonia ou preponderância das formas e das categorias gerais, é uma interpretação unilateral da jurisdicidade.<sup>92</sup>

No tópico seguinte, analisaremos duas decisões judiciais em matéria de filiação, proferidas no âmbito do STJ e faremos uma análise crítica do método entimemático de solução de litígios cotidianamente utilizado pelos juízes quando do julgamento do caso concreto, exatamente com o fito de demonstrar a tendência observada nos julgamentos de um desmazelo por parte dos magistrados em promover uma leitura histórica e harmônica do ordenamento jurídico com vistas a extraír os valores ético-jurídicos encampados pelo Direito.

---

<sup>91</sup> Segundo Perlingieri, “Se é verdade que o jurista, no desenrolar de sua atividade, não pode deixar de exprimir a sua personalidade na ânsia e nos ideais que a caracterizam, é também verdade que não pode distorcer tudo o que não lhe agrada, porque ele não é chamado a exprimir aprovações, mas a fornecer o conhecimento do ordenamento e sua utilização na sociedade: em via preventiva, sugerindo comportamentos e atividades; em via sucessiva, dirimindo julgando secundum legem. Essa é a finalidade do jurista. Outra coisa não é a politização da função, a veleidade de propor leituras subjetivas, contingentes, instrumentais das normas, sem, logicamente, querer ofender a divisão dos poderes”. PERLINGIERI, ob. cit., 2008, p. 13.

<sup>92</sup> *Idem*, 2008, p. 13.

### **1.3 OS NOVOS CONTORNOS DA FILIAÇÃO E O CONFLITO ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: PARADIGMA DE MÉTODO ENTIMEMÁTICO DE DECISÃO JUDICIAL**

Realizamos nos tópicos antecedentes um estudo comparativo entre o Código Civil de 1916 e o de 2002 especificamente no que diz respeito à sua gênese e interpretação com vistas à solução do caso concreto. Nessa ocasião demonstramos a evolução do estatuto normativo de cunho hermético para aquele aberto à exegese constitucional dos seus dispositivos legais, oportunidade em que ressaltamos o múnus que é dado ao intérprete de extrair do ordenamento jurídico vigente os valores sociais referendados pela Carta Constitucional.

Todavia, divergindo da linha interpretativa civil-constitucional, percebemos, amiúde, que os juízes em suas decisões judiciais se valem de posicionamentos setoriais e preconcebidos, descurando-se da função de extrair os valores que fundam a nossa sociedade e que estão albergados pela Carta Magna por meio dos princípios constitucionais.

Com o propósito de demonstrar tal realidade cuidamos de analisar decisões judiciais proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar determinada temática que, de fundo, envolve a problemática principal da presente investigação: O conflito entre a filiação biológica e a sócio-afetiva.

Urge adiantar, para a melhor compreensão do escopo deste

tópico, que a presente abordagem jurisprudencial nos conduziu a ilação de que as decisões proferidas não guardaram simetria com os valores constitucionais, especialmente a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, pois foram pautadas em premissas ocultas, as quais evidenciaram preconceitos e apego excessivo ao formalismo tão caros à sistemática ventilada quando as páginas iniciais se debruçou no estudo do Código Civil de 1916.

### **1.3.1. O CONFLITO ENTRE A FILIAÇÃO BIOLOGIA E A SÓCIO-AFETIVA E A SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.**

O conflito entre a filiação biológica e a sócio-afetiva vem sendo recorrente nos tribunais brasileiros em face das alterações advindas do fenômeno da constitucionalização do direito civil, o que contribui para o processo de desbiologização da filiação, sobre a qual nos debruçaremos mais detidamente em estágio ulterior da presente dissertação.

Impõe-se destacar para demonstrar a coerência da linha de raciocínio que ora apresentamos a evolução do conceito de filiação, o que ora fazemos.

Pois bem. A filiação sob a égide do estatuto civil de 1916 cingia-se à relação existente entre o filho e as pessoas que o geravam. À evidência, a filiação esteve sempre relacionada ao vínculo biológico, à consangüinidade.

No entanto, atualmente, a doutrina civilista numa leitura

constitucional do direito de família reconhece a chamada filiação sócio-afetiva, sendo aquela que não decorre do vínculo biológico, mas, como o próprio nome espelha, da posse do estado de filho, ou seja, o que vai prevalecer neste caso é a condição de alguém ser criado como se filho fosse, ocasião em que o afeto é elemento essencial.

Todavia, desviando-se dessa releitura da filiação percebemos ainda o apego cultural ao vínculo biológico, cuja principal prova, podemos demonstrar para dar suporte a nossa argumentação, encontra-se na contínua busca da verdade genética por meio do exame de DNA. Um verdadeiro culto ao vínculo biológico em oposição à filiação sócio-afetiva.

Ora, ao analisarmos a doutrina civilista atual observamos que todos os doutrinadores são unâimes em dar uma maior importância à afetividade na constituição da filiação, sob o argumento que tal elemento é de extrema importância para o desenvolvimento psico-social da pessoa humana, buscando respaldo em estudos sociológicos e psicanalíticos.<sup>93</sup>

Acompanhando esta tendência, a jurisprudência vem sustentando, de maneira recorrente, que diante do conflito existente entre o vínculo biológico e o sócio-afetivo deve ser dada preferência ao último, pois este é o que melhor representa os interesses da criança, contribuindo para o seu pleno desenvolvimento e bem-estar.

Nesse sentido, tanto a filiação sócio-afetiva como a biológica pertencem ao gênero filiação afetiva, o que nos faz depreender que o

---

<sup>93</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 249.

vínculo biológico é de somenos importância frente ao vínculo sócio-afetivo, quando inexistente naquele qualquer relação de afetividade.<sup>94</sup>

O cerne da questão que envolve o objeto do presente tópico diz respeito aos conflitos que estão sendo travados junto ao Judiciário quando estão em choque duas realidades: a relação biológica e a sócio-afetiva, e como os Juízes e Tribunais vêm decidindo para o deslinde da questão.

O que nos chamou a atenção, ao analisarmos algumas decisões, foi a ausência de critérios uniformes para a solução de questões dessa natureza. Na verdade, percebemos que muitos dos argumentos utilizados foram flagrantemente contraditórios.

No item seguinte, portanto, cuidaremos em analisar as decisões escolhidas a título de paradigma com o fito de demonstrar que os juízes, muitas das vezes, omitem as premissas maiores com as quais se baseiam para a produção da decisão, ocultando a inconsistência do sistema normativo e as valorações sociais subjacentes, nas palavras de Katarina Sobota<sup>95</sup>, e se baseiam, para a produção da decisão, em concepções reducionistas e parciais acerca de determinado fato social.

### **1.3.2. AS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE ÀS LACUNAS DO CÓDIGO CIVIL E O RECURSO ÀS CLÁUSULAS GERAIS**

Ao analisarmos as decisões judiciais em matéria de filiação,

<sup>94</sup> LÔBO, ob. cit. p. 32.

<sup>95</sup> SOBOTA, Katarina. **Não mencione a norma!** Trad. João Maurício Adeodato. In: Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito, n. 7, Recife: Universitária, 1995, pp. 251-273.

comprovamos a ineficácia, para o alcance da justiça ao caso concreto, da tradição atribuída aos juízes, sob a influência do positivismo jurídico, de meros aplicadores das regras abstratamente previstas na lei numa perspectiva lógico-formal - partindo da idéia de que a regra legal seria a premissa maior, o caso concreto a premissa menor e a inferência lógica, a decisão

Portanto, percebemos que o silogismo lógico se mostra incompatível para a realidade dos processos judiciais, dada a exigência de que o juiz não se descure da percepção das contingências sociais e dos *topoi* extraídos de contexto histórico-cultural.<sup>96</sup>

Conduzindo tal constatação para a problemática objeto dos nossos estudos, percebemos que o Código Civil é insuficiente para responder frente aos conflitos criados em decorrência do avanço biotecnológico, desafiando o Judiciário a criar o direito no caso concreto. É neste particular que se apresenta de suma importância a perspectiva civil-constitucional capitaneada por Pietro Perlingieri, cujas idéias apóiam o desenvolver de todo o presente trabalho.

Ao vergarmos nossa atenção às decisões que utilizamos como paradigma, percebemos o recurso constante ao silogismo lógico para conferir aceitabilidade às decisões judiciais. A este respeito autores

---

<sup>96</sup> O método do direito é, portanto, o método tópico-hermenêutico. Cada situação deve ser compreendida em função do problema que apresenta e da tradição histórica na qual se insere. Mas o seu instrumental é argumentativo. Dessa forma podemos dizer que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico de compreensão e a técnica argumentativa. Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

primorosos como Katarina Sobota e João Maurício Adeodato esclarecem que há na produção judicial um aspecto entimemático, no sentido de que o silogismo é meramente retórico.<sup>97</sup>

O que mais nos chamou a atenção nas decisões analisadas foi o fato de que não há um critério homogêneo para a solução dos conflitos existentes entre a filiação biológica e a filiação sócio-afetiva. Na verdade, constatamos a diversidade de soluções dadas em casos semelhantes, enaltecendo contradições existentes nos argumentos utilizados nas decisões levadas a cotejo.

Dante desta constatação, percebemos, com esteio nas idéias desenvolvidas por Sobota em seu artigo “Não mencione a norma”, que a decisão judicial se reveste de um silogismo retórico, ou seja, de entimema, e como tal imperfeito em termos lógicos, e que muitas das premissas adotadas para a solução do caso concreto estão implícitas, ocasionalmente de maneira proposital, restando explicitadas apenas aquelas viáveis a conferir a aceitabilidade por parte do público destinatário da decisão.

Constatamos, ademais, a procedência das idéias levantadas pela citada filósofa no que tange ao seu argumento de que na decisão judicial o silogismo lógico é utilizado apenas para justificar a decisão já anteriormente adotada implicitamente, com vistas apenas a conferir a sua validade e aceitação.

Nesse mesmo sentido, vale lembrar a postura crítica do realismo jurídico americano, cuja principal tese pode ser simplificada no dito que

---

<sup>97</sup> ADEODATO, ob. cit. p. 261.

direito é o que os juízes dizem que é direito. Tal perspectiva se ratifica com textos de seus principais representantes como os juízes da Suprema Corte Americana, Oliver W. Holmes Jr. e Benjamin Cardozo, este último que em especial discutiu o elemento subconsciente na decisão judicial, quando então afirma que

Into that strange compound which is brewed daily in the caldron of the courts, all these ingredients enter in varying proportions. I am not concerned to inquire whether judges ought to be allowed to brew such a compound at all. I take judge-made law as one of the existing realities of life. [...] some principle, however unavowed and inarticulate and subconscious, has regulates the infusion.<sup>98</sup>

Pois bem, refletindo acerca da forma adotada pelo Código Civil de 2002, ao recorrer às cláusulas gerais, percebemos que atualmente o juiz não se limita a aplicar a lei ao caso concreto, de maneira lógico-formal, mas sim cria o direito ao preencher a vagueza apresentada pelas normas abstratamente previstas, o que implica na constatação de que a retórica, em suas diversas modalidades, material, estratégica e analítica é um dos instrumentos indispensáveis para o juiz se valer ao julgar o caso concreto.

Todavia, o recurso às cláusulas gerais provoca algumas reflexões: Qual metodologia deverá ser utilizada pelos juízes ao julgar o caso concreto mediante o recurso a comandos normativos vagos? A vagueza e imprecisão dos dispositivos legais não dariam espaço a uma discricionariedade do julgador e, consequentemente, ao risco do excesso de subjetivismo da decisão judicial, colocando em xeque a segurança jurídica?

---

<sup>98</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p.7.

Indubitavelmente embora estas não sejam as principais reflexões objeto do presente trabalho, entendemos conveniente enfrentá-las, ainda que não exaustivamente, caso contrário fugiríamos da nossa meta principal, para o enriquecimento da metodologia de interpretação civil-constitucional que ora nos norteia, o que será realizado em momento oportuno nos tópicos ulteriores.

Voltemos, portanto, nossa atenção à análise das decisões vergastadas.

Percebemos então ao analisar as decisões paradigmáticas, que serão a seguir apresentadas, a recorrência a casos envolvendo a disputa entre a filiação sócio-afetiva e a biológica, bem como que para a solução do caso concreto o juiz ou o Tribunal não dispõem de regras legais precisas e expressas, obrigando-os ao recurso aos princípios constitucionais, naturalmente vagos e imprecisos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, espaço alvo do recurso às decisões entimemáticas, sobre as quais nos aterremos no tópico seguinte.

### **1.3.3. O MÉTODO ENTIMEMÁTICO DE PRODUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL**

Segundo Sobota as decisões judiciais apresentam um silogismo retórico (entimema), pelo qual o juiz ao decidir baseia-se previamente em premissas que não são explicitadas, de modo que o silogismo lógico é utilizado apenas com vistas a justificar (plano de justificação) a solução

dada ao caso concreto. Isso se deve ao fato de que ainda há no nosso sistema uma tradição em atribuir uma maior aceitabilidade àquelas decisões que apresentam uma aparente ilusão de verdade, com base num silogismo lógico.

O juiz deixa de ser um simples mediador entre a norma e o caso concreto e passa a ser aquele que vai criar o direito no momento da decisão. Sem sombra de dúvida, como já dito exaustivamente, mostra-se totalmente incompatível o sistema lógico-formal como ferramenta para a solução do caso concreto. Na verdade, o juiz ao decidir se vale de método eminentemente retórico, congregando diversos argumentos, com base em fatores antropológicos, sociológicos, biológicos, legais, para, afinal, decidir qual a decisão mais razoável, inexistindo, portanto, a possibilidade de uma aplicação direta da lei numa perspectiva lógico-formal.

Atualmente a diversidade social e cultural mostra-se incompatível com um sistema jurídico hermético e rígido, caracterizado pela adoção de normas gerais e universais, com a pretensão de regular todas as condutas sociais. De modo que, a melhor decisão parece ser a extraída do caso concreto, ocasião em que o juiz se valerá de elementos retóricos com vistas a obter a aceitabilidade da sentença por parte da sociedade. Podemos dizer então que os argumentos retóricos trabalham com a idéia de verossimilhança<sup>99</sup>, a depender do contexto da decisão e do resultado a que

---

<sup>99</sup> “O direito admite, pois, uma superposição entre duas esferas: a da compreensão da norma e a da compreensão do ato, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, que se utiliza, para tanto, do procedimento argumentativo. Tecnicamente, a argumentação

se pretende chegar.

Katharina Sobota usa a expressão regularidades para explicar os fatores que levam à produção da decisão judicial. Segundo a autora,

elas constituem formações ciberneticas dinâmicas, modas, rituais e padrões de comportamento. Regularidades são padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Tais regularidades não dirigem ou controlam a natureza; elas organizam essas ações e são produzidas pelas mesmas ações. O processo decisório jurídico não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram frequentemente articulados como regras mas são de fato apenas regularidades.<sup>100</sup>

Essa idéia de regularidades compatibiliza-se perfeitamente com o sistema adotado pelo Código Civil de 2002 no que tange às cláusulas gerais, de natureza flexível, redigidas com vistas a serem adaptadas às mudanças supervenientes do contexto social. A este respeito Costa acrescenta que

no universo craquelé da Pós-Modernidade, não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.<sup>101</sup>

Analisando as decisões do STJ em matéria de filiação, percebemos, todavia, que na produção da solução judicial os juízes não se valem de dispositivos do Código Civil de maneira sistemática. A bem da verdade, muitos dos comandos normativos que tratam da filiação foram deixados de lado.

Ademais, de maneira recorrente percebemos o reconhecimento de

viabiliza o acordo capaz de formular a compreensão através de uma interpretação eu servir de fundamento à solução mais razoável” CARMARGO, ob. cit., p. p. 22.

<sup>100</sup> SOBOTA, ob. cit., p. 251.

<sup>101</sup> COSTA, ob. cit., p. 29.

uma situação fática, qual seja a filiação sócio-afetiva, muito embora inexiste, expressamente, tanto no Código como na Constituição Federal regra explícita referente a esta espécie de filiação. Na verdade, para o reconhecimento da filiação sócio-afetiva os juízes se valeram de princípios constitucionais, cujos conteúdos são naturalmente vagos, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança.

Percebemos ainda que as premissas utilizadas pelo juiz para conferir significado aos princípios e cláusulas gerais, de natureza vaga, não foram explicitadas. De modo que segundo Sobota três são as vantagens de se omitir as premissas maiores que ensejaram a decisão:

- 1) que sejam ocultadas as inconsistências do sistema normativo;
- 2) que sejam modificados os significados alegados da norma e adaptados a cada situação, e;
- 3) a formação de um elo entre o mundo arcaico das regularidades emotivas, não verbalizadas, e a racionalidade verbalizada do ocidente clássico".<sup>102</sup>

No tópico seguinte discutiremos as decisões sob análise, quando procuremos demonstrar, que os juízes ao omitirem as premissas maiores com as quais se basearam para a produção da decisão, “ocultaram a inconsistência do sistema normativo, bem como omitiram as valorações sociais subjacentes”.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> SOBOTA, ob. cit., p. 251.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 251.

### **1.3.4. DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE FILIAÇÃO COMO PARADIGMA DO MÉTODO ENTIMEMÁTICO DE DECISÃO JUDICIAL**

#### **Caso 1: A ação negatória de paternidade consubstanciada em vício de consentimento**

A primeira decisão foi extraída do Recurso Especial n. 878.954 – RS, cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrighi e trata de Ação negatória de paternidade ajuizada por um pai em face da menor, J. K., representada por sua mãe, E. I. M. K., sob o argumento de que foi induzido a erro em relação ao registro da criança, tendo assumido de boa-fé sua paternidade, vindo a descobrir, posteriormente, por meio de realização de exame pelo método DNA, não ser o pai biológico da menina.

Tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso, sob o argumento de que sendo a filiação um estado social, comprovado estado de filho afetivo, não se justifica a anulação de registro de nascimento por nele não constar o nome do pai biológico e sim o do pai que desempenhou a função parental.

Posteriormente o pai afetivo interpõe Recurso Especial argüindo o seu direito de contestar a paternidade biológica de um filho que reconheceu em virtude de erro essencial, alegando a seu favor a imprescritibilidade da ação negatória da paternidade.

A ministra relatora do presente caso reconhecendo a

imprescritibilidade da ação negatória de paternidade (prevista expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil), e desprezando a análise da existência ou não de paternidade sócio-afetiva, conheceu do recurso sob o único fundamento da ocorrência de vício de consentimento, ao ter sido o recorrente (pai afetivo) induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de sua filha biológica.

Traz à colação a ministra relatora notícia sobre o entendimento do STJ no sentido de que a imprescritibilidade das ações de paternidade deve ser receber interpretação restritiva.

Por fim, conclui argumentando que:

não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. A indução a erro a que foi cometido o crédulo “pai” não lhe pode impor, ademais, o dever de assistir a criança reconhecidamente destituída da condição de filha. E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menina socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das consequências, inclusive materiais, daí advindas.

Da análise da decisão em questão podemos depreender o seguinte:

Foram utilizadas as seguintes premissas:

- 1) A ação negatória de paternidade é imprescritível.
- 2) O Código Civil reconhece o vínculo biológico como fator para a determinação da filiação.

- 3) Entre o recorrente e a recorrida não há vínculo biológico.
- 4) O registro de nascimento pode ser impugnado nos casos de erro ou falsidade.
- 5) A imprescritibilidade da negatória de paternidade deve ser interpretada de maneira restritiva, o que contribui, claramente, para que o juiz adapte a regra aos interesses subjacentes à decisão.
- 6) Nas disputas envolvendo a entidade familiar deve ser aplicado o princípio do melhor interesse da criança.

Das premissas utilizadas apenas a de número 1 e 2 possuem correspondência no Código Civil (art. 1601 e 1604, respectivamente). A de número 6 é inspirada em princípio previsto constitucionalmente (art. 227 da CF).

Percebemos ao analisarmos os argumentos esposados para a produção da citada decisão o seguinte:

O Tribunal não quis enfrentar a discussão em torno da existência ou não de filiação socio-afetiva, pois esta quando em choque com a filiação biológica é a que melhor atende os interesses da criança, conforme recorrente entendimento jurisprudencial. De modo que tal premissa foi propositadamente omitida uma vez que a sua alegação iria implicar no reconhecimento de que o melhor interesse para a criança seria a não desconstituição de uma relação fática já consolidada, o que nos faz

depreender que esta omissão foi uma estratégia (retórica estratégica<sup>104</sup>) utilizada para dar suporte à decisão a favor do pai registral e consequentemente permitir a anulação do registro.

Ademais, as premissas citadas anteriormente e explicitadas na decisão mascararam a premissa implicitamente utilizada para a produção da decisão. Premissa esta que diz respeito à reprovação da conduta de infidelidade por parte da genitora da menor, ou seja, para a produção da decisão em comento valores sociais subjacentes foram determinantes, e as premissas jurídicas explicitada foram utilizadas para conferir uma aparência de validade à decisão com vistas à aceitação por parte do público, comprovando a coerência das idéias defendida por Sobota.

Restou demonstrado, ainda, uma estratégia retórica quando a Ministra argumenta que a anulação do registro não viola o princípio constitucional do melhor interesse da criança, com vistas a produzir uma aparente validade da decisão, não obstante flagrante contradição com outras decisões jurisprudenciais do próprio STJ, as quais vêm dando importância à filiação socio-afetiva, sob o fundamento de que esta vai ao encontro do princípio do melhor interesse da criança.

Concluindo, percebemos que as premissas utilizadas para a decisão em tela não foram todas explicitadas e que o fator que contribuiu para a decisão em questão foi a reprovação da conduta enganosa por parte da genitora da criança. Reprovação esta que desconsiderou o princípio do

---

<sup>104</sup> BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito.** In: Revista brasileira de filosofia. Tradução João Maurício Adeodato. Vol xxxix, fasc. 163, São Paulo: IBF, 1991. p. 175-184.

melhor interesse da criança.

**Caso 2: A segunda decisão analisada: ação negatória de paternidade consubstanciada em ato simulado em face da chamada adoção à brasileira**

A segunda decisão que nos chamou a atenção foi proferidas nos autos do REsp n. N° 234.833 – MG e diz respeito a caso semelhante, todavia, com uma única diferença, enquanto na primeira situação o recorrente desconhecia o fato de não ser o pai biológico da criança, neste segundo caso o pai afetivo sabia da inexistência do vínculo biológico e mesmo assim registrou a criança como se sua fosse (adoção à brasileira).

As premissas extraídas desta segunda decisão foram as seguintes:

1- O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica e pode, portanto, assumir feições originadas de qualquer outra relação que não exclusivamente genética.

2 - Aquele que praticar um ato simulado com objetivo de infringir a lei, como ocorreu na espécie, não poderá posteriormente alegar essa falsidade em proveito próprio. (art. 104 do Código Civil)

3- O reconhecimento voluntário da filiação é irretratável, não se pode admitir que o declarante, acometido de simples arrependimento, obtenha a anulação judicial de sua declaração.

4 – Não se trata de ato jurídico resultante de erro, dolo, coação ou fraude, nem se admitindo a alegação de simulação pelo próprio declarante.

5 - Os interesses e direitos da criança deverão ser protegidos irrestritamente, conforme estabelece os arts. 226 a 229 da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo evidentemente ficar a mercê de conflitos domésticos e arrependimentos.

Observamos que a conduta do recorrente em querer negar a paternidade, pela qual ele voluntariamente reconheceu, mostrando arrependimento em razão de interesses puramente patrimoniais, contribuiu para a produção da decisão, muito embora esta premissa não tenha sido explicitada.

Ademais, nesta última decisão o princípio do melhor interesse da criança foi explicitado estrategicamente, sob o argumento de que a filiação sócio-afetiva é um estado social e uma realidade que deve se sobrepor aos conflitos domésticos. Esta premissa nesta decisão foi explicitada, diferentemente do que ocorreu na decisão anterior, com vistas a conferir a ilusão de verdade, na expressão de Sobota.<sup>105</sup>

Tais argumentos contribuíram estrategicamente para a produção da decisão em favor da não desconstituição do registro de nascimento, o que demonstra a flexibilidade do uso de regras e princípios judiciais, que servem retoricamente para conferir validade às decisões produzidas, as quais são formuladas previamente, com base em premissas que não são explicitadas.

Ora, do confronto entre estas duas decisões de conteúdo bem semelhantes, percebemos que na primeira o fator que contribuiu para a

---

<sup>105</sup> SOBOTA, ob. cit., p. 251-273.

decisão foi a repulsa social à conduta enganosa da genitora decorrente de sua infidelidade, adaptando perfeitamente às idéias de Katharina Sobota a respeito do modo entimemático de produção da decisão judicial. À evidência as regras explicitadas nos acórdãos aqui trabalhados, num aparente silogismo lógico, tiveram como objetivo apenas produzir a aparência de coerência e validade, muito embora as premissas neles utilizadas não tenham sido os fatores determinantes para a decisão.

Desta forma, percebemos da análise das decisões trazidas à colação o seguinte:

- a) Nem todas as premissas que contribuíram para a produção das decisões foram explicitadas, algumas delas de forma, inclusive proposital, pois representaram reações emotivas subjacentes, expressão de Katharina Sobota;
- b) Foram as premissas extraídas do próprio sistema normativo regras/premissas para justificar as decisões por meio de um aparente silogismo lógico;
- c) O sistema normativo não é homogêneo e coerente o que permitiu que o juízes escolhessem as regras/premissas que melhor contribuían para a explicitação de uma aparente verdade (ilusão de verdade) dos argumentos – retórica estratégica. Aproveitando a idéia de filtro que Ballweg traz, tomamos a retórica estratégica como o sentido prático que o discurso toma frente a sua intenção persuasiva no “estudo” que o orador faz de meios para efetividade do que se quer comunicar, como com a escolha de palavras, de exemplos, de entonação etc., isto

tudo representa um primeiro grau reflexivo, é a idéia de retórica estratégica que trabalhamos ao identificar e discutir alguns dos elementos das decisões.<sup>106</sup>

- d) Os argumentos/premissas explicitadas foram utilizados com vistas a produzir uma aceitação por parte do público destinatário da decisão.
- e) Valores sociais subjacentes como a fidelidade e a repulsa a interesses meramente patrimoniais foram implicitamente utilizadas para a produção da decisão e sua posterior aceitação.

Com efeito, o nosso intuito com o desenvolvimento deste tópico foi o de demonstrar como as cláusulas gerais e os princípios constitucionais, podem dar azo à produção judicial de decisões ao arrepro dos valores ético-constitucionais perfilhados, quer de maneira explícita ou implícita, pelo sistema jurídico nacional.

No tópico subseqüente adentramos na discussão desses valores ético-jurídicos que dizem respeito ao direito de família, a fim de enfrentar a reflexão que emerge da problemática da monoparentalidade no contexto da reprodução assistida, levando em consideração a metodologia civil-constitucional de interpretação da norma, capitaneada por Pietro Perlingieri.

---

<sup>106</sup> BALLWEG, ob.cit, p.175 ss.

## CAPÍTULO 2

### A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E O AFETO COMO ELO DE CONSTITUIÇÃO DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

#### 2.1. A FILIAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

O Código Civil de 2002 em compasso com a Constituição de 1988 aboliu qualquer forma de discriminação entre os filhos. Não se permite mais falar em filho legítimo e ilegítimo porquanto prevalece a igualdade de direitos entre os filhos, inclusive no plano do direito sucessório.

Além da igualdade de direitos, aos filhos foi conferida uma condição de proteção integral, diferentemente do que ocorria sob o estatuto civil de 1916, no qual o filho participava de uma relação de sobreposição dos interesses do *pater familias* frente a seus interesses, ao ponto de se falar em pátrio-poder cujo detentor era o pai, em colaboração com a mãe. “As crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos”.<sup>107</sup>

Os menores, com a constituição do Estado Social<sup>108</sup>, passaram a gozar de proteção especial do Estado, da família e da sociedade, estando seus interesses em posição de preferência frente aos demais sujeitos. De modo que a criança passou a ser alvo de proteção especial em face de estar

---

<sup>107</sup> LÔBO, ob. cit. p. 12.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Per un costituzionalismo di diritto privato.** In: Rivista Critica del Diritto Privato, anno XXII, n. 1, marz. 2004, pp. 1124.

ainda em estágio de desenvolvimento, cuja personalidade psicossocial se encontra em formação.<sup>109</sup>

Esta atenção especial reservada à prole em desenvolvimento foi constitucionalizada por meio da Doutrina da Proteção Integral, pautada nos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável. Esta doutrina implica no reconhecimento do “tratamento dos menores de forma diferenciada, por não terem ainda, sua personalidade formada e, por conseguinte, não serem capazes de exercer a plenitude da liberdade com responsabilidade”.<sup>110</sup>

A este respeito acrescentando Sá e Teixeira que

diante da mudança do vértice hermenêutico ditada pela Constituição Federal, a filiação ganhou especial relevo, pois foi fundamental para determinar o exercício da autoridade parental e, portanto, a experiência do “ser filho”, é essencial para a edificação da personalidade. Afinal, é a partir deste primeiro relacionamento no seio da família, que o menor receberá as primeiras noções da sua vida e, inclusive, a primeira experiência de cidadania, de inclusão nos laços familiares, de convivência familiar e comunitária.<sup>111</sup>

A doutrina da proteção integral vem preconizada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança<sup>112</sup> de 1989, adotada pela Assembléia das Nações Unidas e internalizada pelo direito brasileiro com força de lei por meio do Decreto Legislativo nº 28 de 24-9-1990 e do Decreto Executivo nº 99.710 de 21-11-1990. Esta Convenção segundo Lôbo

---

<sup>109</sup>SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.36.

<sup>110</sup>SÁ; TEIXEIRA, ob.cit., p. 36.

<sup>111</sup>*Idem*, p. 37.

<sup>112</sup>A Convenção define como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade.

“preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais”.<sup>113</sup>

Atualmente em razão do reconhecimento da família como um ambiente de igualdade, liberdade e cooperação, a figura do pátrio-poder foi substituída pela autoridade parental, exercida pelo pai e pela mãe, conjuntamente, em prol do melhor interesse da criança. De modo que o direito ao estado de filiação e à convivência familiar passaram a ser considerados direitos fundamentais da criança, uma vez que são fundantes “para que o sujeito possa se estruturar biopsiquicamente”.<sup>114</sup>

Conforme demonstrado, a família definida sob os moldes do Código Civil de 1916 era patriarcal e patrimonial e decorria exclusivamente do matrimônio. Nessa época o direito civil e especialmente o direito de família sofriam a influência do liberalismo, tendo a propriedade absoluta como seu principal corolário. Daí porque o direito de família servia aos interesses patrimoniais da família, relegando a pessoa humana ao segundo plano.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup>LÔBO, ob. cit., p.13.

<sup>114</sup>SÁ; TEIXEIRA, ob. cit., p. 39.

<sup>115</sup>Gilberto Freyre talvez possa ser considerado um dos primeiros estudiosos no Brasil que se debruçou sobre a questão da família monoparental ainda que este título bem como tal situação jurídica fosse algo excepcional exigir-se para a época. Este pensador abordou com ineditismo a realidade brasileira, trazendo, por exemplo, a crítica ao bacharelismo quando faz uma defesa incipiente de uma Sociologia do Direito ao criticar o ensino ensimesmado nas Faculdades de Direito dos - na expressão cara ao autor - Senhores Doutores Acadêmicos. A análise freyreana no tocante ao direito de família, se pudermos assim denominar, ainda que tal não fosse a pretensão do autor, traz na seminovela *Dona Sinhá e o filho padre* resultados de uma percutiente investigação própria do estilo pioneiro freyreano de voltar-se sobre os aspectos sem significados aparentes da cultura brasileira e nordestina. No caso a temática que serve de contributo à discussão do pátrio poder, monoparentalidade, homossexualismo é as relações entre o personagem José Maria e a sociedade patriarcal da época. Cf. FREYRE, Gilberto. **Dona Sinhá e o filho padre**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, passim; QUINTAS, Fátima. **Sexo**

O conceito de família no direito romano, que influenciou a doutrina civilista ocidental, esteve ligado à idéia de propriedade, sendo utilizado como sinônimo de patrimônio, incluindo não apenas os descendentes e o cônjuge, como também os escravos pertencentes ao *pater familias*.<sup>116</sup> Posteriormente o vocábulo passou a designar o conjunto de pessoas submetidas ao chefe da família.

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a família decorrente do matrimônio, muito embora, a história, a sociologia e a antropologia demonstrem a existência de relações extramatrimoniais, as quais se desenvolviam à margem de um reconhecimento legal. Representava, portanto, o estatuto civil, conforme já demonstrado, os interesses de uma elite aristocrática dominante, influenciada pelos dogmas da Igreja Católica, que compreendia o matrimônio como um sacramento. De maneira que apenas à união decorrente do matrimônio se conferia a qualidade de família.

A este respeito Pereira acrescenta que,

é interessante observar que o estudo da família, em direito, esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião.<sup>117</sup>

Os filhos ilegítimos frutos de relações extramatrimoniais eram educados e criados à margem da legislação, sem qualquer tutela jurídica. De modo que as mães os criavam sozinhas, numa situação semelhante ao que

**à moda patriarcal:** O feminino e o masculino na obra de Gilberto Freyre. São Paulo: Global, 2008, p. 103 ss.

<sup>116</sup> COLANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Claret, 2007, p. 44.

<sup>117</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6.

hoje observamos na denominada família monoparental, definida com aquela “integrada por um dos pais e seus filhos menores”.<sup>118</sup>

O Código Civil de 1916, portanto, dada a sua natureza patriarcal e patrimonial, tantas vezes já citada alhures, reconhecia tão somente a família matrimonializada, deixando à margem da lei as relações decorrentes da filiação extramatrimonial. Os filhos fruto dessas relações matrimoniais eram considerados ilegítimos, não recebendo o devido reconhecimento jurídico, não gozando dos direitos conferidos aos filhos advindos do casamento.

Nessa época atribuía-se à família uma função diferente da atual. De uma família de função econômica, voltada para a manutenção e proteção do patrimônio, observa-se atualmente uma função voltada para o indivíduo, a pessoa, e seu pleno bem-estar psicossocial, característica do processo de repersonalização do direito civil. A este respeito Vilela acrescenta que

não se pode teorizar sobre a família na sociedade contemporânea sem ter em conta as profundas transformações por que passou a instituição, a ponto de só guardar remota identidade com seus antecedentes históricos. A substituição, de um lado, da grande família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho, operada nos séculos XIX e XX, mas sobretudo o aprofundamento afetivo no interior dos grupos deram-lhe um novo rosto. De unidade proposta a fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade.<sup>119</sup>

Atualmente observamos o surgimento de diversos novos modelos familiares, os quais surgiram por diversas razões, dentre elas, destacamos o declínio da idéia do casamento como vínculo indissolúvel e a conseqüente

<sup>118</sup>LÔBO, ob. cit., p. 66.

<sup>119</sup>VILELLA, João Batista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: UFMG, 1980, p. 11.

aceitação do divórcio,<sup>120</sup> bem como o maior controle da natalidade, a inserção intensiva da mulher no mercado de trabalho, as mudanças ocorridas na esfera da sexualidade.

Essas mutações sociais no contexto da família contemporânea<sup>121</sup> foram acompanhadas pela Constituição Federal de 1988 com o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, todas caracterizadas pelo ambiente de igualdade, liberdade, solidariedade e afetividade. Conferindo-se aos integrantes da entidade familiar, com a tutela constitucional da família, um direito público subjetivo atribuído não apenas contra os demais entes familiares e à sociedade, como também contra o próprio Estado.<sup>122</sup> De modo que a concepção de família inscrita na Constituição de 1988 é a da “família funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros”.<sup>123</sup>

A partir da consagração da eficácia imediata dos princípios constitucionais na solução dos conflitos de direito de família, sob os cânones da democracia, da solidariedade, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o Direito passou a ter uma abertura para as mudanças e transformações sociais especialmente no seio da família, passando a reconhecê-la num sentido amplo, abrangendo não apenas aquela decorrente do casamento e da união estável, mas também de qualquer outra forma de comunhão de vida pautada no afeto e na solidariedade.

---

<sup>120</sup> SINGLY, François de. **Sociologia da Família Contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 9.

<sup>121</sup> THERBORN, Göran. **Sexo e poder: a família no mundo 1900-2000**. São Paulo: Contexto, 2006, p.109.

<sup>122</sup> LÔBO.ob. cit., p. 1.

<sup>123</sup> SÁ; TEIXEIRA, ob. cit., p. 28

A família passa a ter um caráter de ambiente de valorização de cada um de seus membros, os quais passaram a ter mais autonomia e liberdade.<sup>124</sup> Devendo, acima de tudo, ser instrumento de promoção do desenvolvimento e bem-estar sócio-psíquico de cada um de seus integrantes. A este respeito Villela acrescenta que a liberdade se reflete na autonomia, através da qual é possível concretizar, no direito privado, o destino social e familiar de cada pessoa, enquanto ser único e irrepetível.<sup>125</sup>

A inserção de matérias de direito de família nas Constituições ocorreram precisamente a partir das Constituições sociais – de 1934 a 1988 – uma vez que as Constituições liberais (1824 e 1891) em nada tutelaram o direito de família. A esse respeito Sá e Teixeira acrescentam que

em todas as constituições modernas, os princípios de Direito de Família mereceram abrigo, assinalando-se a preocupação do Estado com a proteção dos direitos e garantias das relações familiares. As declarações de direitos também consagraram tais princípios, posto ser a família o centro emocional de formação do homem.<sup>126</sup>

Embora já a partir da Constituição de 1834 alguns dispositivos em matéria de direito de família já tenham sido inseridos no texto constitucional, as principais mudanças foram verificadas com a Constituição de 1988, que passou a reconhecer outras formas de constituição de família e não simplesmente a matrimonial, o que para alguns, a exemplo de Paulo Lôbo<sup>127</sup>, conduziu o reconhecimento da

---

<sup>124</sup> SÁ; TEIXEIRA. ob. cit., p. 29.

<sup>125</sup> VILLELLA, João Batista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz de Iguaçu, set. 1994, p. 644.

<sup>126</sup> SÁ; TEIXEIRA. ob. cit., p. 30.

<sup>127</sup> LÔBO, ob. cit., p. 56.

pluralidade das entidades familiares e implicitamente o princípio da afetividade, que, por conseguinte, implicou na compreensão do processo de desbiologização da filiação, sobre a qual nos ateremos mais detidamente em tópicos ulteriores. Neste aspecto Tepedino esclarece que

é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização deve convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.<sup>128</sup>

O interesse da Carta Constitucional de 1988 pela família deve-se principalmente à consolidação do Estado Social<sup>129</sup>, voltado para a proteção da pessoa humana em todas as suas vertentes, atribuindo à família um “espaço de afetividade humana”, na expressão de Lôbo, contribuindo para a repersonalização das relações civis, atribuindo ao indivíduo o fim primordial do ordenamento jurídico, “num processo de individualização das relações familiares”.<sup>130</sup> Individualização esta não no sentido dado pelo liberalismo, mas no sentido de autonomia individual e pertencimento familiar, conforme leciona Singly em seu estudo sobre a sociologia da família contemporânea. Senão vejamos.

a família se torna mais do que nunca relacional, ainda que inscrita num processo de individualização e autonomização de seus membros. O individualismo não é aqui percebido negativamente, mas como uma forma contemporânea de criar laços sociais, que não mais se restringem ao papeis e lugares anteriormente definidos pela família. Ou seja, a família muda de estatuto ao se tornar um espaço relacional mais do que uma instituição.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup>TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

<sup>129</sup>LÔBO, ob. cit., p. 4.

<sup>130</sup>SINGLY, ob. cit., p. 11.

<sup>131</sup>*Idem*, p. 16.

Em razão dos princípios constitucionais da democracia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana o Estado não poderá limitar os tipos de família existentes na sociedade, uma vez que esta se constrói em decorrência de fatores sócio-culturais, devendo o Direito acompanhar as alterações e transformações sociais.

De modo que em nível constitucional observamos o reconhecimento explícito de certos modelos familiares, decorrentes do casamento, da união estável e da monoparentalidade, sem nenhum impedimento no sentido de que sejam reconhecidas outras entidades familiares, desde que presentes os seus elementos constitutivos, quais seja, a afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade, conforme lição de Lôbo<sup>132</sup>.

Sá e Teixeira acrescentam outros requisitos para a constituição da família, quais sejam, a reciprocidade, que se traduz na necessidade da percepção do outro para a formação de uma família bem como a instrumentalização do núcleo familiar à estruturação para a formação biopsíquica dos seus membros enquanto sujeitos.<sup>133</sup>

O entendimento doutrinário predominante atualmente é de que o elenco constitucional das entidades familiares não é *numerus clausus*. Não havendo impedimento para o legislador e o aplicador do direito extrair da sociedade novas formas de constituição da família. Para tal faz-se imprescindível reconhecer na família um ambiente de afeto, igualdade,

---

<sup>132</sup> LÔBO, ob. cit., p. 66.

<sup>133</sup> SÁ; TEIXEIRA, ob. cit., p. 34.

solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana. A afetividade apresenta-se, portanto, como elemento fundamental para a caracterização da família.<sup>134</sup>

O elenco exemplificado das entidades familiares, constante da Constituição Federal de 1988, vem a “permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas”<sup>135</sup>, haja vista que atualmente tem-se o reconhecimento de que a família é uma construção cultural, não cabendo ao direito limitar o reconhecimento das famílias a modelos preconcebidos, apartando-se da natural transformação e diversidade social. Na verdade, cabe ao direito instituir mecanismos a fim de permear suas normas dos novos anseios e identidades sócio-culturais.

A família, portanto, tem a afetividade como seu principal pilar, representada pela relação pautada na solidariedade e na proteção do indivíduo, consagrado constitucionalmente pelo cânones da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o afeto passou a ser elemento determinante da filiação. Diferentemente do que observamos sob a regência do Código Civil de 1916, o qual definia a filiação em decorrência exclusivamente do vínculo biológico.

Atualmente o vínculo biológico vem perdendo a importância quando em conflito com o elemento afetividade, por meio do reconhecimento da filiação sócio-afetiva, o que comprova que o afeto é

<sup>134</sup>LÔBO, ob. cit., 56.

<sup>135</sup>*Idem*, p. 6.

fator preponderante para a determinação não apenas do *status* de filho como também da própria família.<sup>136</sup>

O reconhecimento da filiação sócio-afetiva inaugura o processo de desbiologização da paternidade, tendo como objetivo o reconhecimento da família como ambiente de solidariedade, coordenação e comunhão de interesses de vida,<sup>137</sup> em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esta que tem na família um ambiente de construção da sua identidade sócio-psíquica.

Desta forma para a solução dos conflitos que emergem das relações familiares, deve-se ter sempre como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade.

Essa nova caracterização que é trazida pela atual sistemática do direito de família acompanhada da pluralidade das entidades familiares reflete a diversidade cultural e social decorrentes, sobretudo, da pós-modernidade.

Com efeito, observa-se uma mudança de paradigma em razão dos novos valores atribuídos à família. A família atual tem como fundamento valores distintos daqueles presentes quando da sua concepção sob os auspícios da codificação oitocentista. Repita-se, portanto, que a entidade familiar atual tem como pressuposto fundamental o afeto e a solidariedade e

---

<sup>136</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em 14/01/2010.

<sup>137</sup>LÔBO, ob. cit., p. 2.

não mais interesses patriarcais e patrimoniais, bem como representa *locus* de realização da pessoa<sup>138</sup> e de obtenção da felicidade.

De modo que o afeto constitui atualmente um valor constitucional atribuído à família, que se constrói na relação entre pais e filhos, fundamental para a constituição da relação de filiação. Na verdade o *affectio* passa a ser hoje a *ratio* única da filiação<sup>139</sup>. Segundo Lôbo, o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico<sup>140</sup>.

A este respeito Vilela alerta que

pensar que a paternidade possa estar no coincidir de seqüências genéticas constitui, definitivamente, melancólica capitulação da racionalidade crítica neste contraditório fim-de-século.<sup>141</sup>

A importância da filiação sócio-afetiva ressalta-se na hipótese da reprodução artificial heteróloga - cuja característica implica no uso de material genético de terceiro – quando se atribui a paternidade a quem não é o doador do sêmen, mas sim ao beneficiário do projeto de reprodução artificial, numa prova de que o vínculo biológico é secundário atualmente no que tange a determinação da filiação.

De modo que em compasso com a diversidade social e as novas subjetividades características da sociedade contemporânea, a Constituição Federal ao disciplinar em seu art. 226 as normas aplicáveis às entidades

<sup>138</sup>LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 14/01/2010.

<sup>139</sup>LÔBO, Paulo. **A Repersonalização das relações de família.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em: 14/01/2009.

<sup>140</sup> LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 14/01/2010.

<sup>141</sup> VILLELA, João Batista. **O modelo constitucional da filiação:** verdade e superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, V. 2, pp. 121-142, jul-set.1999.

familiares deixa evidente o seu elenco meramente ilustrativo, conforme já explanado, permitindo assim que o direito acompanhe a diversidade social e as novas formas de subjetividades decorrentes do contexto familiar.

A este Sá e Teixeira acrescentam que

a Constituição Federal de 1988 apreendeu a nova ordem social e reconheceu, ainda que tardivamente, a necessidade de acompanhar a evolução social, diante da pluralidade de situações ocorridas pela mudança de pensamento da sociedade. Certo é que as pessoas vêm demonstrando que não mais pretendem ficar presas a amarras sociais e ao imperativo cultural de que a única forma de constituição da família é o casamento. O estigma do solteiro não mais incomoda as pessoas como outrora, e o roteiro cultural do casamento vem sendo frequentemente revisto.<sup>142</sup>

Voltando o foco de nossa atenção para a problemática central do presente trabalho, e levando em consideração esta perspectiva anteriormente ventilada de reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, poderíamos nos conduzir a assertiva de que não há óbice constitucional para a constituição da família monoparental mediante a doação do sêmen masculino?

Esta indagação comprova a importância de se atribuir ao direito, por meio da atividade jurisdicional, o caráter promocional, na lição Perlingieri,<sup>143</sup> representado na ação criadora do juiz, o qual não deve se descurar dos princípios constitucionais<sup>144</sup>, os quais quando de sua aplicação

<sup>142</sup> SÁ; TEIXEIRA. ob. cit., p. 110.

<sup>143</sup> PERLINGIERI. ob. cit., 2006, p. 433-597.

<sup>144</sup> Segundo Heloísa Helena Barbosa “devem ficar estabelecidos os valores que a sociedade, em um momento histórico determinado, considera relevantes e merecedores portanto de proteção, o que superará além do jogo das convicções particulares, a determinação do permitido ou do obrigatório, transcendendo o sistema de proibições. A difícil tarefa de estabelecer esses valores tem sido desempenhada pelo Direito, embora o rápido desenrolar dos acontecimentos, não raro atropelé o ordenamento exigindo do jurista esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações, mantendo íntegro o sistema vigente, fato que tem se acentuado nas últimas décadas,

ao caso concreto, deverão ser interpretados de maneira contextualizada em sintonia com os valores sociais subjacentes.

No processo dialético em torno das vertentes que emergem da problemática objeto do presente trabalho, vislumbramos adequado o recurso ao método pragmático<sup>145</sup> como se verá adiante, este que compreendemos também deva acompanhar a atividade jurisdicional no tocante à produção de decisões. Ocasião em que será imprescindível compreender a importância de apreender com a experiência<sup>146-147</sup>, uma vez que a verossimilitude de nossas intelecções está muito mais nas consequências práticas<sup>148</sup> do que na natureza

graças ao acelerado desenvolvimento tecnológico e biomédico” Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 59.

<sup>145</sup> A significação proposta pelo pragmatismo se liga intrinsecamente a uma contextualização da idéia com determinada situação prática. Nas palavras de Peirce o significado de uma idéia consiste nas suas consequências práticas, logo, saber o que um termo significa equivale a determinar isto. Cf. PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em 17/5/05.

<sup>146</sup> Assim, experiência, no pragmatismo, nada mais é que a relação dos elementos dos cosmos entre si. Quando tal experiência se dá com o homem, ela ganha camadas de ressignificação. Dewey chamava tal ressignificação da experiência de “vida” e, especialmente vida humana, e quando preparada e cuidada, ele a denominava “educação” Cf. RORTY, Richard; GHIRALDELLI JR, Paulo. **Ensaios pragmatistas sobre subjetividade e verdade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 14.

<sup>147</sup> Continuidade e interação são duas palavras-chave ligadas ao pragmatismo de Dewey que em *Experiência e natureza* traz a preocupação em mostrar este processo de ligação indissolúvel e o corte abstrato que se faz ao tratar dos fatos, i.e., desconsiderar sua natureza de um continuum: “Para muitos, a associação das duas palavras [experiência e natureza] parecerá algo como falar de um quadrado redondo, tão difundida é a noção da separação entre o homem e a experiência, de um lado, e a natureza, de outro”. DEWEY, John. **Experiência e natureza**. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974, p. 161; DEWEY, John. **Experiência e educação**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976, p. 37.

<sup>148</sup> “O senso comum revolta-se contra máxima (...) segundo a qual o fim justifica os meios. Não tomar conhecimento dos meios é apenas um expediente para deixar de notar aqueles fins, ou consequências, que, se fossem notados, seriam tidos como algo tão mau que a ação seria embargada. Sem dúvida, nada pode justificar ou condenar os meios, exceto os fins, os resultados. Mas temos de incluir as consequências imparcialmente. É séria insensatez agarra-se a determinado fim único, ou consequência, do qual se gosta e permitir que a visão dele borre de percepção todas as outras consequências indesejadas e indesejáveis... Não é o fim – no singular – que justifica os meio; pois não existe tal coisa como o fim único e importantíssimo(...)Assim, a doutrina do fim isolado, completo ou fixo limita o exame inteligente, encoraja a insinceridade e põe um pseudo-

das coisas objetivamente consideradas<sup>149</sup>. Este modo de ver o problema mostra a aceitação da afirmação de Peirce, como acima aventada, tida para muitos como a que inaugura o pragmatismo, pelo qual a verdade é o conjunto de efeitos práticos concebíveis.

Para tanto, o juiz tomaria por base a necessidade de repensar velhos institutos, dando ao direito civil um caráter promocional, com vistas ao pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana<sup>150</sup>, o que de certo exige do magistrado, não apegado apenas ao frio formalismo, um olhar atento sobre o amplo leque dos anseios sociais, ocasião em que percebermos aceitável o contributo que nos é ofertado pelo método pragmático do direito, a fim de obtermos uma resposta mais razoável para a problemática principal do presente trabalho. Urge, porém, para a compreensão da nossa proposta destacar o conceito de pragmatismo, perfilhado por Cornelis Wall em sua obra intitulada *Sobre Pragmatismo*, que ora nos inclinamos, segundo o qual

o pragmatismo desenha uma conexão íntima entre teoria e prática, entre pensamento e ação. Em sua interpretação mais estreita, sustentada de maneira mais proeminente por Peirce, o pragmatismo é somente um critério de significação, que estipula ser o significado de qualquer conceito nada mais do que a soma total de suas consequências práticas concebíveis.[...] como os manuais de filosofia gostam de dizer, para o pragmatista uma coisa é verdadeira quando é vantajoso acreditar nela.<sup>151</sup>

rótulo de justificação moral no sucesso a qualquer preço” DEWEY, John. **Os grandes Filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 509.

<sup>149</sup> “O seu único teste de verdade provável é o que trabalha melhor no sentido de conduzir-nos, o que se adapta melhor a cada parte da vida e combina com a coletividade dos reclamos da experiência, nada sendo omitido” JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2006, p. 60.

<sup>151</sup> WALL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 18.

O presente trabalho não tem como objeto o estudo de todas as modalidades de família. Procuraremos investigar os efeitos práticos da família monoparental especificamente constituída pela mulher por meio das técnicas de reprodução artificial. Para tal faz-se imprescindível um estudo, nos tópicos seguintes, acerca das entidades monoparentais e em especial no tocante a seu fato gerador.

## 2.2. A FAMÍLIA MONOPARENTAL

A família monoparental, tutelada explicitamente pela Constituição Federal, é caracterizada pela existência de um dos genitores e de seus descendentes em oposição à chamada família biparental, considerada como aquela constituída de ambos os genitores – pai e mãe.<sup>152</sup>

A família monoparental se origina de diversos fatores. Dentre eles podemos destacar a monoparentalidade atribuída às mães solteiras - seja por meio da reprodução natural ou da adoção unilateral - bem como decorrente do processo de separação, divórcio, concubinato e viuvez. Nestas situações observamos a constituição de uma família apenas com a participação de um dos genitores, que em sua maioria é a mulher.

Contata-se ademais que a família monoparental é circunstancial e transitória, uma vez que frequentemente são recompostas em decorrência de nova união por parte do genitor singular, reconstruindo-se a entidade familiar biparental.

---

<sup>152</sup> LÔBO. ob. cit., p. 66.

O desenvolvimento do presente tópico implica numa discussão em torno dos limites impostos pela lei para a constituição das famílias monoparentais e se é que eles existem. Portanto, de logo tecemos as seguintes indagações: As famílias monoparentais seriam reconhecidas apenas quando constatada a falência da família biparental? Seria vedada a constituição de uma família monoparental voluntária? Qual seria a diferença entre uma mulher que sozinha decide adotar – adoção unilateral – daquela que decide recorrer a um programa de reprodução artificial mediante doação de sêmen? Qual a diferença entre uma “produção independente” decorrente de uma reprodução natural e aquela decorrente de uma reprodução artificial?

Pesquisa realizada pelo IBGE demonstra que grande percentual de famílias monoparentais tem a sua chefia atribuída à mulher sozinha em decorrência da falência da família biparental anteriormente constituída<sup>153</sup>. Nessas famílias é recorrente a constatação da ausência da figura paterna, seja física - em razão do falecimento - seja moral – face a escusa do cumprimento dos deveres decorrentes da paternidade.<sup>154</sup>

Todavia, convém ressaltar que a família monoparental, embora tenha sido reconhecida constitucionalmente, não possui um estatuto próprio, tendo a ela sido aplicadas as mesmas normas atinentes ao casamento e à união estável, no que tange aos direitos e deveres dos filhos.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

<sup>154</sup> LÔBO. ob. cit., p. 66-67.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 67.

Tal fato vem a demonstrar que a família monoparental apenas difere das demais quanto à singularidade do genitor ou da genitora, podendo ter como causa a falência da família biparental, e posteriormente ser reconstruída numa família biparental. De modo que na maioria das situações se reconhece na família monoparental o seu caráter de transitoriedade e circunstancialidade.<sup>156</sup>

A importância, todavia, de tutelar juridicamente a família monoparental prende-se, acima de tudo, ao fato de sua flagrante fragilidade.<sup>157</sup> Sem sombra de dúvida, as famílias chefiadas apenas por um dos genitores demandam a tutela do Estado, uma vez que há um maior percentual de problemas econômicos e psicossociais nas famílias cuja educação é conferida apenas a um dos genitores. A este respeito Brauner acrescenta que

em muitos casos, família monoparental enquadra-se no rol de situações sociais de vulnerabilidade, em decorrência das dificuldades econômicas da mãe em arcar exclusivamente com o cuidado dos filhos, sem o apoio do pai.<sup>158</sup>

No entanto, inobstante tal realidade o Estado brasileiro, embora reconheça juridicamente a família monoparental não a fornece proteção necessária para compensar a sua vulnerabilidade, diferentemente do que observamos em outros países, a exemplo da Itália, França e Espanha, nos

<sup>156</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>157</sup> ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (org.). **Família. Redes, laços e Políticas Públicas**. São Paulo: Cortez Editora. 2008, p. 267.

<sup>158</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rofl Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 255-278.

quais há políticas sociais de proteção e amparo às famílias monoparentais.<sup>159</sup>

De modo que o reconhecimento em nível constitucional da família monoparental não parece ter sido por acaso, mas deve ser visto como um dever atribuído ao Estado brasileiro de criar políticas públicas que tenham como destinatários os integrantes das entidades monoparentais, com vistas a concretizar o princípio da justiça social, da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana. A este respeito Leite acrescenta que

o baixo nível de rendimento familiar acompanha, inexoravelmente, as famílias chefiadas por mulheres, reafirmando as conclusões da atualidade, no sentido de que a situação das mulheres-chefes de família é, materialmente falando, mais difícil que a de seus ex-cônjuges, sempre que ocorre a ruptura da relação e a monoparentalidade se instaura.<sup>160</sup>

Nos tópicos antecedentes analisamos as principais causas da constituição da família monoparental bem como a importância do afeto como elo de constituição da relação paterno-filial.

Urge enfrentarmos nos momentos ulteriores o ponto central da problemática que emerge do presente trabalho, qual seja: a possibilidade da constituição voluntária da família monoparental mediante a doação de sêmen nas Técnicas de Reprodução Humana Assistida - TRHA. Para tal faremos uma breve incursão acerca da realidade que subjaz do ambiente de utilização das TRHA e suas consequências para a constituição da relação

<sup>159</sup>SÁNCHEZ, ANTONIO J. VIELA. **Las familias monoparentales.** Su regulación actual e su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria e sua protección integral. Granda: 2005, p.15.

<sup>160</sup>LEITE, ob. cit., p.164.

paterno/materno filial delas decorrentes. Este é, pois, o objeto do capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 3

### A BIOTECNOLOGIA E A MONOPARENTALIDADE: A REIFICAÇÃO DO FILHO E O DIREITO A UMA FAMIÍLIA BIPARENTAL

#### 3.1. OS AVANÇOS DECORRENTES DA BIOTECNOLOGIA E A MONOPARENTALIDADE: A CRISE DA FAMÍLIA BIPARENTAL?

As novas possibilidades científicas decorrentes da biotecnologia, especialmente em matéria de reprodução artificial, além de permitir a superação dos obstáculos decorrentes da infertilidade, vêm inaugurando uma mudança significativa nos processos de constituição da paternidade e da maternidade.<sup>161</sup>

O homem durante muito tempo esteve acostumado a conceber a reprodução decorrente exclusivamente de um processo natural, biológico.

Atualmente esse homem, considerado quase que seu próprio arquiteto, na expressão de Sibilia<sup>162</sup>, supera os limites de seu próprio corpo, decorrentes especialmente da infertilidade, e manipula artificialmente os materiais necessários à inseminação e à fecundação, produzindo o que se convencionou chamar de reprodução assistida. O conhecimento científico

<sup>161</sup> BESSONE, Mario; ALPA, Guido; D'ANGELO, Andrea; FERRANDO, Gilda; SPALLAROSA, Maria Rosa. **La famiglia nel nuovo diritto: Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza.** Bologna: Zanichelli, 2002, p. 249.

<sup>162</sup> SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico.** Corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 10.

vai permitir ao homem se tornar “como se fosse senhor e proprietário da natureza”.<sup>163</sup>

O espantoso desenvolvimento das ciências faz emergir problemas cuja solução requer muito mais do que uma mera aplicabilidade técnico-racional das descobertas científicas e pressupõe, sobretudo, uma reflexão com o fito de estabelecer uma espécie de meio-medida - para usar um termo aristotélico - através da qual se possa chegar a um denominador comum que seja hábil a conciliar progresso científico e valores humanos e sociais que emergem do âmago do processo cultural.

A modernidade rompeu com a tradição positivista<sup>164</sup>, demonstrando uma total insegurança sobre a verdade e a certeza na sociedade atual. O que é certo e o que é verdadeiro passaram a ser muitas vezes compreendidos numa perspectiva relativista e até certo ponto niilista,<sup>165</sup> provocando uma crise nos conceitos e institutos jurídicos até então consolidados<sup>166</sup>.

Crise esta que se instala consequentemente na noção de entidade familiar porquanto o ordenamento jurídico constitucional não prevê apenas a família biparental – constituída de pai e mãe - mas também a monoparental, integrada apenas por um dos genitores.<sup>167</sup> Nessa perspectiva a

<sup>163</sup> FERRY, Luc. **Aprender a viver**: Filosofia para os novos tempos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 243.

<sup>164</sup> SOUZA, José Carlos Aguiar de. **O projeto da Modernidade**. Brasília: Líber Livro, 2005, p. 121.

<sup>165</sup> ADEODATO, ob. cit., p. 261.

<sup>166</sup> FERRY, ob. cit., 2007, p. 174.

<sup>167</sup> LÔBO, ob. cit., p. 32.

família biparental seria um conceito obsoleto? Por conseguinte, a paternidade seria um elemento descartável?

Nesse sentido, é lícito afirmar que a paternidade e a maternidade suscitam, hoje, incertezas e possibilidades que concitam o jurista a reformular as suas idéias tradicionais acerca da natureza conceitual da família, visando à tentativa de introduzir inovações, algo que - se pode constatar historicamente - desde o direito romano - sofre intensas transformações, e na medida em que a filiação determinada exclusivamente pelos vínculos biológicos tem sido hodiernamente ampliada para contemplar as outras formas resultantes das mudanças científicas e das alterações legais.<sup>168</sup>

Portanto, como compatibilizar o desenvolvimento de novas técnicas científicas no campo da reprodução artificial com os princípios éticos e sociais que a nossa tradição<sup>169</sup>, na forma como foi esculpida em nosso ordenamento jurídico, reconhece?

Essas situações inusitadas exigem do aplicador do direito um papel de mediador entre os diversos interesses relevantes, não podendo discriminar valores éticos, sobretudo quando estes envolvem a esfera

<sup>168</sup> FERRY, Luc. **Família amo vocês:** Política e vida privada na era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 14.

<sup>169</sup> “A distância temporal não é uma distância no sentido de uma distância que deva ser transposta ou vencida. Esse era o preconceito ingênuo do historicismo, que acreditava poder alcançar o terreno da objetividade histórica através de um esforço para se colocar na perspectiva da época estudada e pensar com os conceitos e representações que lhes eram próprias. Trata-se, na verdade, de considerar a distância temporal como fundamento de uma possibilidade positiva e produtiva da compreensão. Não é uma distância a percorrer, mas uma continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, uma luz à qual tudo o que trazemos conosco de nosso passado, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição”. CAMARGO, ob. cit., p. 34.

privada do indivíduo, notadamente quando o conflito entre diversos valores éticos, por qualquer motivo, decorre de um conflito de relevância social.

Nessa perspectiva mostra-se compatível a noção pragmática de experiência, com relação ao experimento de um povo, de uma cultura ou de um individuo nela inserido.<sup>170</sup>

Estamos vivendo um processo de desbiologização da paternidade, de modo que isso nos parece que a idéia do certo e verdadeiro, em direito, como nos demais setores do mundo da vida deveria se circunscrever à máxima pragmática pelo qual se define verdade e certeza em função das chamadas consequências práticas<sup>171</sup>, e o redesenho do instituto da paternidade, em nossa ordem jurídica, é um exemplo claro.

Enfim, o presente estudo exige uma análise dos limites éticos que evolvem a determinação da paternidade e maternidade, provocando uma leitura pragmática do tema, tendo em vista sempre o seu caráter contingencial, o que não encontra obstáculo no ordenamento jurídico dada a elasticidade dos princípios constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana, de modo a permitir uma interpretação contextualizada do direito, com vistas ao bem-estar social.

Neste contexto, o legislador e o intérprete do direito devem promover a mediação dos conflitos existentes entre o direito à reprodução e o direito à filiação integral, levando em consideração o conceito moderno

<sup>170</sup> GHIRALDELI JR, Paulo. **O que é pragmatismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 17.

<sup>171</sup> “Saber da verdade é partir de práticas sociais e chegar a práticas sociais, de modo a poder colocar fichas em certos enunciados e descarta outros. Nossa vida é uma constante avaliação de enunciados em comportamentos e, segundo os pragmatistas, não temos outra coisa para fazer isso de modo melhor que não observar as experiências, retomá-las, ressignificá-las” GHIRALDELLI JR., ob. cit., p. 22.

de família, para assim atingir a verdade numa perspectiva pragmática, ou seja, partindo de práticas sociais, revisitando velhos conceitos, no compasso dos novos anseios e da diversidade social.

Desta forma se faz imprescindível para o enfrentamento das questões suscitas no presente trabalho, extrair a natureza sócio-jurídica da família monoparental. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 ao reconhecer expressamente a entidade monoparental, a reconhece tão somente como uma entidade decorrente da falência da família biparental, ou estar-se-ia permitindo a constituição de uma família monoparental voluntária, originária?

Como vimos, Leite<sup>172</sup> acrescenta, baseando-se em dados estatísticos, que as famílias monoparentais têm como fatores determinantes geralmente a viuvez, o divórcio ou a adoção realizada por pais ou mães solteiras. De modo que a característica principal de tais entidades familiares estaria no seu caráter transitório, uma vez que são o resultado da falência de famílias biparentais anteriormente constituídas, e, muitas vezes, são posteriormente reconstituídas em novos lares biparentais, em decorrência de novo matrimônio ou união estável constituídos pelos genitores, conforme já ventilamos em tópico anterior.

Não há dúvida de que podemos encontrar na adoção unilateral a caracterização de uma família monoparental originária e voluntária. Todavia, a mesma permissão que se dá à mulher solteira em adotar um filho

---

<sup>172</sup>LEITE, ob. cit., p. 31.

se estende ao recurso à reprodução artificial com doação de sêmen? Numa perspectiva pragmática são situações semelhantes?

Sem sombra de dúvida, a resposta a tal indagação requer uma análise ética<sup>173</sup> da reprodução artificial. E repensar a reprodução artificial numa perspectiva ética significa discutir quais os limites impostos à biotecnologia. E dentre as discussões extraídas dessa temática, temos o objeto principal do presente trabalho, qual seja, seria possível a constituição de uma família monoparental decorrente da doação de sêmen? Quais os parâmetros ético-jurídicos utilizados para permitir ou proibir tal conduta?

Com efeito, a mulher que recorre a adoção unilateral e aquela que busca a reprodução artificial estão em situações semelhantes no que pertine ao fato de que constituirão uma família monoparental. Porém, as consequências de seus atos repercutirão de maneira diferente, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança.<sup>174</sup> A este respeito nos ateremos com mais afinco em tópico ulterior.

Por outro lado, inobstante a aparente semelhança entre a adoção por mulheres sozinhas e o recurso por elas à reprodução artificial, há um

<sup>173</sup> “Outro problema é saber se a perspectiva positiva, tal como metodologicamente exposta aqui, implica necessariamente uma postura antiética. Em um primeiro plano, é preciso lembrar que o direito é uma das espécies do gênero ética: no sentido amplo empregado neste estudo, o positivismo só nega que estes conteúdos estejam fixados por uma instância (“natural”) superior qualquer. Em um segundo plano, pode-se tentar retirar também uma ética construtiva a partir do positivismo, uma ética da tolerância”. ADEODATO, ob.cit., p. 199.

<sup>174</sup> MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. O princípio do melhor interesse da criança. In: **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459.

visível paradoxo entre os valores constitucionais da família e a realidade observada nas clínicas de reprodução artificial. Vejamos.

A bem da verdade, inobstante a Constituição Federal atribua ao afeto valor fundante da filiação, permanece em nossa cultura ainda o culto ao vínculo biológico, observado, por exemplo, no fato de mulheres sozinhas privilegiarem a maternidade decorrente de um processo gestacional, muito embora recorram à doação de sêmen masculino, para assim gerarem filhos decorrentes de um vínculo biológico.

Essa realidade foi observada em pesquisa de campo realizada por LUNA junto ao Instituto de Ginecologia da UFRJ, na qual a citada pesquisadora entrevistou pacientes do ambulatório de Reprodução Humana, chegando à ilação que muitas mulheres recorrem a tal técnica sob o fundamento de que querem ter um filho do “próprio sangue”.

Acrescenta a citada pesquisadora que

os laços de sangue são símbolos de pertencimento entre pessoas, das relações de filiação. Entre as categorias definidoras do domínio cultural do parentesco no Brasil, o sangue é “substancia transmissora de qualidades físicas e morais, formando o corpo e o caráter”. O sangue articula a ordem da Natureza com a ordem da Cultura, transmitindo mais do que genes. A pessoa nasce mais do que um simples corpo natural, já surgindo “moralmente constituída, representante de uma família, uma tradição”.<sup>175</sup>

No entanto, devemos esclarecer que nem sempre o vínculo biológico era necessário para a constituição da paternidade. A filiação exclusivamente biológica é uma criação cultural, especialmente atribuída à

<sup>175</sup> LUNA, Naara. **Natureza Humana criada em laboratório:** biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. In: História, Ciência e Saúde - Manguinhos, v. 12, n. 2, p. 395-417, maio-ago., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n2/08.pdf>. Acesso em 14/01/2009.

sociedade moderna. Antes de se atribuir ao pai uma função decorrente de um vínculo biológico, este pai já teve função sociológica, uma vez que a idéia de ter um filho que “a gente mesmo fez” não existia na psicologia antiga”<sup>176</sup>Na verdade,

segundo o direito hindu tradicional, o pai nominal da família pode ter doze tipos de filhos a maioria dos quais não tem nenhum vínculo genético com ele.(...) É evidente que o pai constitui antes de tudo uma instituição: é a entidade que garante a continuidade do grupo.<sup>177</sup>

A perpetuação da espécie é um direito natural que supõe uma realidade reconhecida e regulada pelo direito, e, portanto, geradora de relações jurídicas complexas derivadas da paternidade e da maternidade.

A reprodução humana, à evidência, é uma preocupação constante na cultura ocidental. Diversos fatores levam as pessoas ao desejo de procriar, no intuito de deixar a sua descendência<sup>178</sup>. Fatores estes que envolvem questões culturais, econômicas, místicas, familiares etc.

O primeiro registro de inseminação artificial de que dispomos ocorreu na última década do século XVIII, quando o médico escocês John

<sup>176</sup> Dupuis, Jacques. **Em nome do pai**. Uma história da paternidade. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 135.

<sup>177</sup> Dupuis, ob. cit. pp.135-136.

<sup>178</sup> “A religião dizia que a família não deveria extinguir-se, e todo o afeto, e todo o direito natural eram impotentes diante dessa regra absoluta. Em casamento estéril, por causa do marido, não era menos imperiosa, para a família, sua continuação. Então um irmão ou parente do marido deveria substituí-lo, e a mulher era obrigada a entregar-se a esse homem. A criança nascida dessa ligação seria considerada como filha do marido e continuadora do seu culto(...).

Com muito mais razão, as legislações antigas prescreviam o casamento da viúva, quando não tivesse filhos do marido, com o mais próximo parente de seu marido. O filho nascido desse segundo casamento era considerado filho do defunto. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 56.

Hunter adotou tal procedimento e engravidou uma mulher com os espermatozoides do marido, com o recurso de uma seringa.<sup>179</sup>

O primeiro bebê fruto de tal procedimento nasceu no dia 25.07.1978, de nome Louise Joy Brown, cujos médicos responsáveis foram Patrick Steptoe e Robert Edward. Inobstante os obstáculos morais e religiosos, a adoção de técnicas de reprodução assistida passou a ser disseminada por todo o mundo.<sup>180</sup>

O Código Civil de 2002 reconhece juridicamente a adoção de tais técnicas de reprodução ao estabelecer em seu art. 1597 que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>181</sup>

Para que possamos compreender melhor a problemática objeto do presente trabalho convém explicar o que vem a ser a reprodução artificial e suas modalidades.

Existem duas espécies de reprodução, a natural e a assistida também denominada de artificial. A natural seria aquela que decorre do

<sup>179</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 189.

<sup>180</sup> *Idem*, p. 190.

<sup>181</sup> Art.1597, CC: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I- (omissis);

II – (omissis)

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”

coito normal, sem qualquer tipo de intervenção exterior no que tange à fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Enquanto que a reprodução assistida ou artificial exige a manipulação de gametas – masculino ou feminino – de modo a promover a fecundação dentro ou fora do útero da mulher.

Duas são as formas pelas quais pode ocorrer a reprodução artificial: a inseminação assistida ou artificial e a fecundação *in vitro* ou fertilização assistida.<sup>182</sup>

Inseminação significa o procedimento pelo qual o sêmen ou gameta masculino é introduzido nas vias genitais feminina, para a devida fecundação com o óvulo. Já a expressão fecundação significa fertilização, ou seja, geração, procriação, concepção, significando o efetivo encontro e fusão dos gametas. Com a fecundação surge o embrião. Desta forma pode existir inseminação sem fecundação.

A inseminação ocorre com a introdução do espermatozóide diretamente na cavidade uterina. Podendo ainda ser homóloga, heteróloga ou bisseminal. A inseminação artificial homóloga ocorre quando os espermatozoides do marido são introduzidos no útero da mulher. Enquanto que na heteróloga é feita a introdução de espermatozóide de pessoa estranha ao casal, ou seja, de um terceiro. Já a inseminação artificial bisseminal, por

---

<sup>182</sup>DUARTE, Tiago. **In vitro Veritas?** A Procriação Medicamente assistida na Constituição e na Lei. Lisboa: Almedina, 2003, 30.

ser o espermatozóide do marido insuficiente, é misturado ao de um terceiro, e posteriormente inseminado na mulher.<sup>183</sup>

Atualmente no Brasil inexiste norma jurídica disciplinando o uso das técnicas de reprodução assistida. A única norma atualmente em vigor é a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1358/92.

Esta Resolução atribui a condição de usuária das TRHA a toda mulher capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação nas se afaste dos limites da citada resolução, desde que “tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”.<sup>184</sup>

Pois bem. Da análise da citada Resolução não há nenhum impedimento para a adoção dos procedimentos de TRHA em favor da mulher sozinha. Todavia, encontra-se em tramitação na Câmara Alta o Projeto de Lei nº 90/1999 cujo primeiro substitutivo determinava que “somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida”.

Todavia, o segundo substitutivo ao projeto em *espeque* atribui a qualidade de beneficiários às mulheres como também aos casais que tenham solicitado o emprego das técnicas de reprodução artificial, atribuindo-se a

<sup>183</sup> HRYNIEWICZ, Severino; SAWEN, Regina Fiúza. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, pp. 88-92.

<sup>184</sup> I- 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.

II – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

paternidade da criança ao casal que recorreu ao programa de TRHA, mantido o anonimato na hipótese de doação de sêmen.<sup>185</sup>

Dentre os argumentos utilizados para aprovação do segundo substitutivo, convém destacar a parecer do Senador Tião Viana, que com sucedâneo no princípio da isonomia inclina-se pela permissibilidade da mulher sozinha ser beneficiária das TRHA. Convém destacar trecho do parecer:

Pretende ainda a emenda em tela, com a inclusão do parágrafo 1º, limitar a utilização da Reprodução Assistida aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, como objetivo de preservar a família completa. No nosso entender, tal disposição fere não apenas o disposto no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda quaisquer formas de discriminação, mas também o disposto no art. 5º, que assegura o princípio fundamental da igualdade, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, os nossos nobres constituintes de 1988, sensíveis à necessidade de adequar o ordenamento jurídico brasileiro à pluralidade de estilos de vida e de crenças que caracterizam a realidade social contemporânea e o Estado democrático, optaram por reconhecer como entidade familiar tanto a família parental como a monoparental, ao dispor, no art. 226, parágrafo 4º, da Carta Magna, que 'entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes'. Assim sendo,<sup>186</sup> a alteração proposta incorre em vício de inconstitucionalidade.

A mulher sozinha ao recorrer à reprodução artificial fará uso de sêmen masculino, doado por um terceiro anônimo. Técnica esta perfeitamente possível do ponto de vista técnico-científico. Todavia, o ponto nodal da questão acima suscitada diz respeito às consequências de tal procedimento, uma vez que diante do anonimato do doador, atualmente garantido em face da resolução citada, estaremos diante da inexistência de

---

<sup>185</sup> DOMITILLA, Vanni. Privacy e procreazione medicalmente assistita: una indagine comparatista. In: **Il diritto di famiglia e delle persone**. 2008, fasc. 1, p. 480-497.

<sup>186</sup> SÁ; TEIXEIRA. ob. cit., p. 115.

paternidade, ou seja, a criança não poderá se valer de uma ação de investigação de paternidade contra o doador do sêmen.<sup>187</sup>

A investigação em torno dos limites impostos às TRHA no caso em análise, não poderá perder de vista o princípio do melhor interesse da criança e da parentalidade responsável<sup>188</sup>, segundo Krell<sup>189</sup>, este último atinente aos deveres atribuídos aos genitores em decorrência do exercício do direito reprodutivo. A propósito, convém destacar que segundo Tânia da Silva Pereira

a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.<sup>190</sup>

Convém ressaltar, todavia, que a inexistência de uma específica disciplina jurídica com relação à procriação assistida, não obsta a regulamentação direta dos conflitos decorrentes desta prática pelos princípios constitucionais e seus valores subjacentes.<sup>191</sup>

À evidência, a despeito da carência de legislação em matéria de técnicas de reprodução artificial, a Constituição Federal nos oferece dispositivos constitucionais perfeitamente satisfatórios para a solução dos conflitos desta ordem, conforme demonstraremos nos tópicos seguintes.

<sup>187</sup> BIANCA, C. Massimo. Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano. In: **Il diritto di famigli e delle persone**. Anno XVI, Milano: Dott. A. Giuffrè Editora, 1987, pp. 955-970.

<sup>188</sup> LUCIA, Bozzi. Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale. In: **Europa e diritto privato**. 2008, fasc. 1, p. 225-245.

<sup>189</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 105.

<sup>190</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: Um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

<sup>191</sup> PERLINGIERI, ob. cit., 2008, p. 35.

Ademais, em tema de procriação assistida assume particular importância o princípio da dignidade humana, que se desdobra não simplesmente no direito à vida, mas também no direito a uma convivência familiar e comunitária, com vistas ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Devendo o legislador e o aplicar do direito nortear-se pelo princípio da razoabilidade como parâmetro para a solução dos conflitos existentes entre o direito à reprodução e melhor interesse da criança.

Neste particular faz-se imprescindível a ponderação<sup>192</sup> de interesses, com o fito de obter uma solução mais prudente<sup>193</sup> e adequada ao caso concreto, e assim, implementar o meio-termo virtuoso de que trata Aristóteles.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup>“La tecnica appropriata – e comunque quella effettivamente usata, specie da parte dei tribunali costituzionali – per risolvere conflitti di questo tipo è quella che va sotto il nome di ‘bilanciamento’(o ponderazione). Il bilanciamento di principi consiste nell’istituire tra il due principi confliggenti una gerarchia assiologica mobile. Una gerarchia assiologica è una relazione di valore istituita (non delle fonti stesse, ma) dall’interprete: per l’appunto, mediante um soggettivo giudizio di valore. Istituire una gerarchia assiologica consiste nell’accordare ad uno dei due principi confliggenti um maggior ‘peso’, ossia um maggior valore, rispetto all’altro. Il principio dotato de maggior valore prevale, nel senso che é applicato; il principio assiologicamente inferiore soccombe – no nle senso che risulti invalido o abrogato, ma – nel senso che viene accantonato” GUASTINI. Ricardo. Principi di diritto e discrezionalità giudiziale. In: **Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**. A cura di Luciana Cabela Pisu e Luca Nanni, Padova: Cedam, 1998, p. 98.

<sup>193</sup> “bilanciare equivale a individuare i principi in concorso, il grado di compatibilità e di preferibilità della maggior soddisfazione dell’uno rispetto all’altro. Il criterio del bilanciamento, si dice, à la ragionevolezza. (...) Ragionevole è l’scelta di chi pone uma regola adeguata, proporzionata, non discriminatória, non contrasante com la giustizia; il controllo concerne sai il rapporto tra il fine perseguito dalla regola e i mezzi adoperati sai la congruenza trai 1 fine della regola e i valori che i principi applicabili tutelano” PIERLINGIERI. Pietro. ob. cit., 2007, p. 15.

<sup>194</sup> ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: MORRIS, Clarence (org). **Os grandes filósofos do direito**. Textos selecionados. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

Aplicando os princípios constitucionais no que tange a procriação assistida, o desenvolvimento do presente trabalho deverá enfrentar a reflexão em torno da existência ou não de direito à reprodução *versus* o direito da criança a uma família biparental.

Todavia, diante das incertezas advindas da pós-modernidade quais argumentos teremos para impedir o uso da técnica de reprodução artificial por uma mulher sozinha? Será que estamos diante de uma crise de paradigmas? Será que o paradigma da família biparental está por esvaziarse? Deverá o ordenamento jurídico frear as práticas dessa natureza ou deverá acompanhar os interesses decorrentes da própria mudança social e biotecnológica? Devemos acompanhar os interesses e avanços da biotecnologia ou devemos impor limites a fim de que a ciência seja desenvolvida sem prejuízo da dignidade da pessoa humana?

De modo que em tema de filiação e procriação assistida a discussão não envolve apenas a definição de seus limites ético-jurídicos, mas acima de tudo a compreensão das mudanças de paradigmas provocadas pelas novas formas de subjetividades decorrentes da biotecnologia.

Diante dos novos contornos da procriação, o legislador e o jurista encontram-se diante de questões bastante desafiadoras, com novas proposições, diferentes daquelas que definiram o Código Civil de 1916 e influenciaram o Código Civil de 2002, surgindo várias problemáticas, entre elas a preocupação em estabelecer um mecanismo de regramento ético-jurídico na utilização das práticas de reprodução artificial.

A Constituição Federal reconhece em seu art. 227 ser dever da família da sociedade e do Estado assegurar à criança a convivência familiar e comunitária.<sup>195</sup> Desta forma, a mulher sozinha que recorre a um projeto de produção independente mediante o uso das técnicas de reprodução artificial estaria privando o seu filho desse direito fundamental à convivência familiar? O direito à convivência familiar implica no direito a uma família biparental?

Estas são as principais discussões que emergem da problemática central do presente trabalho, as quais para o seu enfrentamento provocam a incursão em torno da análise constitucional do direito à reprodução e do planejamento familiar, bem como do princípio do melhor interesse da criança, temas que nos ocuparemos no tópico seguinte.

### **3.2. O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR VERSUS O DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO INTEGRAL.**

O art. 226 em seu §7º<sup>196</sup> estabelece que o planejamento familiar decorre de livre decisão do casal, e tem como princípios a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. O art. 1º da Lei 9263, de

<sup>195</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>196</sup>§º 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.

12/1/96, define o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ao aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

De logo percebemos que a citada lei prevê expressamente a possibilidade do recurso ao planejamento familiar pela mulher ou pelo homem e não simplesmente pelo casal, muito embora a Constituição Federal mencione apenas o casal.

Ora, o dispositivo que confere a liberdade do planejamento familiar à mulher sozinha encontra-se em consonância com os valores encampados pela Constituição Federal a partir dos princípios fundamentais da liberdade e do Estado Democrático, com força normativa, ensejando o reconhecimento de faculdade que cada pessoa tem de “autodeterminar-se fisicamente, o que inclui a sua reprodução”.<sup>197</sup>

Por outro lado, há na Carta Magna expressa previsão da entidade monoparental, de modo que numa análise perfunctória não haveria qualquer impedimento à reprodução artificial por mulheres sozinhas.

Porém, a questão que nos preocupa no momento é investigar se haveria limite à reprodução artificial já que a própria Constituição Federal estabelece que o planejamento familiar tem como pressuposto o princípio da dignidade da pessoa humana e o da paternidade (ou parentalidade) responsável, sem esquecer do princípio constitucional do melhor interesse da criança.

---

<sup>197</sup> KRELL, ob. cit., p. 103.

À evidencia, tal prática poderá ensejar uma colisão de princípios e de interesses, ou seja, de um lado o princípio da liberdade, consagrado no caso em questão no direito a reprodução e na autodeterminação para tal fim, e de outro lado, a dignidade da criança que nascerá, sufragado pelo princípio do melhor interesse da criança.

Tal preocupação se justifica, pois, conforme já explicitado, na hipótese de reprodução artificial cuja beneficiária seja uma mulher sozinha, a criança será concebida mediante doação de sêmen de terceiro, o qual será mantido em total anonimato. De modo que esta criança nascerá sem a referência da filiação paterna. Pois bem, diante desta situação, haveria direito da personalidade à filiação integral?<sup>198</sup>

Poderíamos incluir o direito à filiação integral como uma das facetas dos direitos da personalidade? A este respeito convém esclarecer que os direitos da personalidade decorrem da cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, em todas as suas vertentes, seja física, psíquica ou social. A tutela dos direitos da personalidade em todas essas vertentes implica no reconhecimento de que a pessoa não é um ser considerado apenas em seu aspecto biológico, mas acima de tudo em seu

---

<sup>198</sup> A teoria constitucional comprehende também os direitos fundamentais de quarta geração “relacionados á informática, software, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética”. Cf. BURGOS, ob. cit., p. 407. Paulo Bonavides acrescenta, todavia, que “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. Cf. BONAVIDES, ob. cit., p. 571.

aspecto psíquico e sócio-cultural<sup>199</sup>. Pertinentes, a propósito, as reflexões de Heidegger ao tratar sobre a estrutura do *ser*<sup>200</sup> quando esclarece que a constituição da pessoa difere essencialmente das coisas da natureza.<sup>201</sup>

Indubitavelmente, esta temática suscita uma colisão de direitos constitucionalmente garantidos<sup>202</sup>. Em primeiro lugar, observa-se o direito à reprodução em decorrência do direito ao livre planejamento familiar, corolário do princípio da liberdade.<sup>203</sup> Por outro lado, tem-se o princípio do melhor interesse da criança, implicando no dever de proteção da criança<sup>204</sup>

<sup>199</sup> “Os direitos da personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana”. In: BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**: De acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

<sup>200</sup> “Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico de existência, no sentido de que compreender não significa um comportamento do pensamento humano, entre outros que se possa disciplinar metodologicamente e, portanto, conformar-se como método científico. Constitui, antes, o movimento básico da existência humana. Compreender, para Heidegger, “é a forma originária de realização do estar ai, do ser-no-mundo” CAMARGO, ob. cit. p. 29. Ainda segundo Camargo, a idéia de “mundo” corresponde ao conjunto de condições geográficas, históricas, sociais e econômicas que cada pessoa está imersa.

<sup>201</sup> HEIDEGGER, Marin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 3. ed. 1989, p. 84.

<sup>202</sup> A respeito da colisão de princípios Robert Alexy esclarece que “os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. Acrescenta ainda que se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. Cf. BONAVIDES, ob. cit., p. 280.

<sup>203</sup> O presente trabalho parte de pressuposto de que “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade. (Paulo Bonavides apud F. de Castro, p. 256)

Ademais, os princípios servem de critério de inspiração as leis ou normas concretas desse Direito Positivo, e, doutro, de normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis. BONAVIDES, ob. cit., p 256.

<sup>204</sup> “Gli standard sono ora dogmatici, ideologici, ora puramente descrittivi. Tra gli standards dogmatici si può citare l’interesse del minore. Le recenti riforme sul diritto di famigli, in Francia, ruotano tutte attorno a questo Standard: si protegge quel valore essenziale rappresentato dal minore, e di conseguenza ogni normativa prende in considerazione come criterio di valutazione l’interesse del minore”. DELEBECQUE, Philippe. Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Francia. In: **Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**. A cura di Luciana Cabela Pisu e Luca Nanni. Padova: Cedam, 1998, p. 67.

com absoluta prioridade, conforme estabelece o art. 227 da Carta Magna.

Segundo o qual,

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar 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.

Ao intérprete do direito caberá, portanto, extrair do ordenamento jurídico, de maneira sistemática, os princípios e valores ético-jurídicos que fundamentam a sociedade brasileira contemporânea. Para tal, faz-se imprescindível, no caso em análise, buscar no texto constitucional os limites para ao exercício do direito à reprodução artificial quando em colisão os interesses que percutem na dignidade da criança.

A este respeito Sá e Teixeira tecem as seguintes reflexões:

Mas quais seriam os limites, se é que eles existem, do art. 226, parágrafo 4º da Constituição Federal? Haveria possibilidade de limitação de tipos de famílias consideradas monoparentais? Seria vontade da Constituição Federal de 1988 entender apenas como tais aquelas que resultassem do convívio da mãe ou do pai viúvo com o filho? Da mãe ou do pai separado com o filho? Ou seja, regular apenas situações já existentes, ou possibilitar abertura a novas formas familiares, como é o caso da gravidez voluntária de mulher só (viúva, separada, divorciada, ou solteira)? Seria o direito de procriação um direito fundamental?<sup>205</sup>

Na opinião das citadas autoras, sendo a liberdade da essência do indivíduo, os argumentos de que a criança nascerá sem pai; que o direito de ter um filho não é absoluto e que o desenvolvimento da criança estará prejudicado ante a ausente da figura paterna, não são suficientes para

---

<sup>205</sup> SÁ; TEIXEIRA, ob. cit., p. 111.

proibir as técnicas de reprodução artificial em mulheres sozinhas<sup>206</sup>, fundamentam tais argumentos colacionando o entendimento de Villela no sentido segundo o qual é

urgentemente necessário reconhecer que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da transcendental grandeza do homem. Se se quer para o futuro expressões convivenciais inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se que restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade.<sup>207</sup>

À evidência, citadas autoras utilizam como argumento o direito à liberdade como corolário do direito absoluto à reprodução. No entanto, seria esta liberdade ilimitada mesmo que venha a privar a criança do vínculo de filiação paterna?

Para os que defendem a proibição do uso da reprodução artificial por mulheres sozinhas, com a permissão de tal técnica estar-se-ia privando o filho do referencial paterno, prejudicando, assim o seu pleno desenvolvimento sócio-psíquico.<sup>208</sup>

Por outro lado, para os favoráveis a tal permissão, o elemento afetividade é o fator fundamental para o melhor interesse da criança. De modo que não haveria nenhuma garantia de que esta criança gerada e criada sem a presença de uma figura paterna receberia menos afeto do que as

---

<sup>206</sup> *Idem*, ob. cit, p. 111.

<sup>207</sup> VILLELA, João Batista. **Direito, coerção & responsabilidade:** por uma ordem social não violenta. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG v. IV, série monografias, n. 3, Belo Horizonte: UFMG, 1982, p. 17.

<sup>208</sup> SÁ; TEIXEIRA. ob. cit., p. 114.

demais que convivem num lar biparental<sup>209</sup>. A este respeito PEREIRA acrescenta que,

é de se indagar se essas mães, ou pais sozinhos, que vivem com seus descendentes constituiriam mesmo uma família. Como já dissemos neste trabalho, para a Psicanálise, o que determina a constituição de uma família é a sua estruturação psíquica, isto é, importa saber se cada membro ocupa o seu lugar de filhos, de pai ou de mãe. A não presença física do pai, ou a sua permanência, não é definidora da situação, este pai ou esta mãe não precisam ser necessariamente biológicos. Qualquer um pode ocupar este lugar, desde que exerce tal função (...) Não é, portanto, desarrazoado que o Estado veio dar proteção e considerar como família, também a comunidade formada pelos pais e seus descendentes<sup>210</sup>

Ainda a este respeito alega-se que

não há provas concretas, mas mera especulação, no fato de que uma criança que tenha como mãe mulher só possa ser socialmente mais desajustada que outra rejeitada pelo pai biológico. Aliás, procriação, paternalismo e paternidade são coisas diversas e exatamente por isto é que hoje está tão claro para o Direito que pai e mãe se reconhece pelo ambiente de amor, pela circunstância de servir, não importando tanto mais os laços de sangue. Se é fato que, da técnica de reprodução assistida nascerá uma criança sem pai, é fato também que ela pode ter todo o amor daquela mãe que, conscientemente, escolheu trazê-la ao mundo.<sup>211</sup>

Para os que vêm de encontro a tal permissibilidade a reprodução artificial por mulheres sozinhas viola o princípio do melhor interesse da criança, especificamente no que tange ao direito a uma filiação integral, ao conhecimento de sua ancestralidade, de sua história.

Segundo Brauner,

o direito de gera não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abras as portas as possibilidades de reprodução artificial. De fato, o interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que seu interesse se contraponha, à possibilidade de vir integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as

<sup>209</sup> DE CICCO. Maria Cristina. Procreazione medicalmente assistita e scelta responsabile. In: **Aspetti del Biopetere.** A Cura di Piccinini e Pilla. Napoli, 2005, pp. 191-219.

<sup>210</sup> PEREIRA, ob, cit., pp. 74-75.

<sup>211</sup> SÁ; TEIXEIRA, ob. cit., p 114.

condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto. A família deste novo século, não se define mais pela triangulação clássica: pai, mãe e filho, sendo que o critério biologista, ligado aos valores simbólicos da hereditariedade, deve ceder lugar a noção de filiação de afeto, de paternidade ou maternidade social ou sociológica.<sup>212</sup>

Quanto ao argumento de que a reprodução artificial por mulher sozinha se assemelha à adoção unilateral, no sentido de que em ambos os casos inexiste a figura paterna, mostra-se evidente a flagrante diferença no aspecto pragmático<sup>213</sup> pelas seguintes razões: na hipótese de reprodução artificial estar-se-ia retirando da criança a chance de ter o referencial paterno, ou seja, a filiação paterna, enquanto que na adoção a criança não tem nem mãe nem pai, e neste caso o afeto, mesmo que decorrente apenas da mãe adotante, é a melhor opção, frente à realidade por ela vivenciada, atendendo, portanto, ao princípio do melhor interesse da criança, previsto constitucionalmente.

Todavia, enquanto não é editada uma lei com vistas a regulamentar a reprodução artificial, o fato é que os médicos vêm realizando tal técnica em qualquer mulher, com suporte na Resolução na Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

No tópico seguinte faremos uma análise crítica acerca das TRHA e do desejo da maternidade como objetos de interesses da indústria da

<sup>212</sup>BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: **Revista Estudos Jurídicos**. São Paulo, Unisinos, n. 83. vol. 31, ano 1998, pp. 137-153.

<sup>213</sup>O pragmatismo é entendimento neste trabalho como um método para fazer filosofia e não uma teoria filosófica. Método este que leva em consideração no presente trabalho as consequências práticas de uma determinada ação. Cf. WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 22.

biotecnologia, o que implica no reconhecimento da reificação do ser humano em homenagem à acumulação do capital.<sup>214</sup>

Para tal faremos um estudo sob a perspectiva da sociedade de consumo e da transformação das pessoas em mercadoria, a partir das idéias apresentadas por Zygmunt Bauman, as quais se coadunam com o entendimento de algumas feministas, a exemplo de Maria Mies e Vandana Shiva, que apresentam duras críticas ao estágio da reprodução assistida na sociedade contemporânea.

---

<sup>214</sup> LABURSSE-RIOU, Catherine. Produrre l'uomo: con quale diritto? Riflessioni laiche sulla procreazione medicalmente assistita. In: **Rivista di Diritto Civile**, Parte. II, 2006, Ano LII, CEDAM – Padova, p. 388.

### **3.3 O DESEJO DE REPRODUÇÃO COMO PRODUTO DE CONSUMO E A REFICAÇÃO DO FILHO**

Em 27 de Julho de 2008, foi publicada em jornal de grande circulação a prática adotada por algumas mulheres de recorrerem à produção independente por meio das técnicas de reprodução artificial. A matéria jornalística intitulada de “Pais descartados”<sup>215</sup> relatava o caso de uma advogada que após adiar o projeto de gravidez por questões profissionais, corre a um especialista em reprodução humana, para concretizar o desejo da maternidade, ante o fato de não dispor de um companheiro ou cônjuge para implementação de tal projeto.

O projeto de gravidez da citada advogada viu-se representado num catálogo de cerca de trezentos perfis, contendo cor de pele, cabe, olhos, altura e profissão do suposto doador do sêmen. Após contratado o serviço e escolhido o “produto” - o sêmen - a gravidez foi confirmada para a felicidade da mãe, que teve facilmente a realização de seu desejo de maternidade.

Todavia, o “produto” embora tenha sido implantado no útero da consumidora do serviço, somente após 9 meses de gestação poderá ser exposto para uso e para conferência de possíveis “vícios de fabricação”. A analogia com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor vem a

---

<sup>215</sup> PAIS DESCARTADOS. **Diário de Pernambuco**, de 27 de Julho de 2008.

calhar, para demonstrar a que ponto chegou a sociedade do consumo, ou seja, a transformação das pessoas humanas em mercadoria.<sup>216</sup>

Embora algumas feministas defendam o direito absoluto da mulher sobre o seu corpo, de modo a ter a total liberdade de decidir quando e como ter filhos – implicando também no direito de decidir sobre a interrupção da gravidez – este argumento mostra-se reducionista, na medida em que desconsidera que as transformações em matéria de biotecnologia, especialmente no que diz respeito as TRHA vem se apresentando como mais uma forma de controle das pessoas a bem da acumulação de capital, tratando a natureza como máquina e fundando-se na suposição de divisibilidade do conhecimento e da sua manipulabilidade,<sup>217</sup> o que permite

a abstração do conhecimento fora do contexto e gera critérios de validade baseados na alienação e na não participação, que é depois projetada como objetividade. Peritos e especialistas são assim projetados como os únicos investigadores e produtores legítimos do conhecimento.

Com suporte nas idéias de Mies e Shiva, chega-se à ilação de que a indústria da biotecnologia decorre de um processo de violação da integridade da pretensa gestante. De modo que “a ciência reducionista é uma fonte de violência contra a natureza e a mulher, na medida em que as subjuga e desposa da sua produtividade, energia e potencial plenos”.<sup>218</sup>

Em prol da suposta liberdade da mulher sobre o seu corpo a indústria da biotecnologia transforma o ventre materno em objeto de

<sup>216</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo.** A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2008, p. 33.

<sup>217</sup> MIES, Maria; SHIVA, Vandana. **Ecofeminismo.** Lisboa: Instituto Piaget. p. 39.

<sup>218</sup> MIES; SHIVA, ob. cit., p. 172.

investimento, de lucratividade. O conceito de fertilidade encontra-se atualmente sob o total controle de interesses da indústria da biotecnologia<sup>219</sup>. Dados coletados em pesquisa realizada junto a clínicas de reprodução artificial demonstram que o recurso às TRHA não é a última solução, mas sim a única opção como forma de substituição da reprodução natural.

Como demonstrado com a notícia jornalística anteriormente citada, as TRHA não são utilizadas tão somente como medida de solução de uma constatada infertilidade<sup>220</sup>, porém como medida de substituição da relação sexual, quando a mulher assim o desejar, por diversos fatores: ausência de parceiro, homossexualismo, prevenção de doenças infectocontagiosas etc.

No entanto, o sonho da gestação fácil esconde os danos ao corpo da mulher e até mesmo os danos aos embriões que tais TRHA acarretam. Sem falar nos riscos da eugenia e da transmissão de doenças genéticas.

Na hipótese de fecundação *in vitro*, os médicos, muitas vezes, chagam ao extremo de implantar até oito embriões no útero da mulher para aumentar a chance de viabilidade e eficácia de tal técnica. Porém, esquecem

<sup>219</sup> L'avvento delle tecniche di riproduzione assistita ha cambiato profondamente la concezione occidentale dell'essere umano e della sua natura. Avvertiamo la pericolosità di queste tecniche già a livello epidermico, poichè esse separano la riproduzione dalla sessualità (due elementi che sino ad oggi risultavano, almeno dal punto di vista biologico, uniti ed inscindibili). Le nuove tecnologie riproduttive fanno in modo che il bambino non sa più concepito o generato – in quanto possibile risultato di una relazione interpersonale -, il bambino viene prodotto, così come vengono fabbricati gli oggetti che ci circondano e di cui ci serviamo quotidianamente. Cf. MIRALLES, Ângela Aparisi. Natura umana e nuove tecnologie riproduttive. In: **Iustitia**, 3/07, 2007, Milan. pp. 311-322.

<sup>220</sup> PERLINGIER, Pietro. L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative. In: **La persona e suoi diritti**. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 183.

dos danos causados aos embriões e à própria mulher em face dos riscos de uma gestação com pluralidade de embriões. Muitos nascem prematuramente ou não resistem ou quando resistem correm o risco de serem portadores de sequelas irreversíveis. Tais práticas evidenciam o que Mies e Shiva<sup>221</sup> esclarecem como sendo a degradação do mundo natural pelo desenvolvimento da biotecnologia.

Em homenagem a liberdade e emancipação, ideais herdadas da concepção iluminista, a felicidade do homem parece depender de um processo contínuo de emancipação da natureza, ou seja, segundo Mies e Shiva, “da independência de e do domínio sobre, processos naturais através do poder da razão e da racionalidade”<sup>222</sup>, implicando muitas vezes num risco para a própria condição humana quando a técnica se sobrepõe à ética.

Corroborando tal entendimento Heloisa Helena acrescenta que

o direito é a regra que uma sociedade se dá. As intervenções sobre o corpo humano, como as técnicas de reprodução assistida, as manipulações genéticas, as experimentações em humano, os transplantes e a clonagem conduzem automaticamente a uma reificação do ser humano, se mantidas determinadas categorias clássicas do direito. O estabelecimento de regras sobre esses fatos poderá manter esse entendimento ou definir novas categorias, ou adaptar as existentes de modo a assegurar a permanência do primado da pessoa humana, pedra-de-toque de nossa civilização jurídica, sobre todo a visão reducionista que faz com que perca sua singularidade absoluta.<sup>223</sup>

Ora, voltando nossa atenção para o cerne da questão poderíamos atestar que a moldura biparental de família é uma criação cultural e como tal passível de mudança, de rupturas em face do avanço da biotecnologia? A

<sup>221</sup> MIES; SHIVA, ob. cit., p. 11.

<sup>222</sup> MIES; SHIVA, ob. cit., p. 16.

<sup>223</sup> BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. (org.) **Novos temas de Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61.

paternidade seria atualmente, portanto, uma instituição social descartável?

Qual a função do pai na sociedade contemporânea?

Neste instante, interessante refletirmos sobre algumas colocações apresentadas por Sibilia segundo a qual ante os avanços da biotecnologia o corpo humano vem se tornando obsoleto, ao ponto de produzirem “promessas, temores, sonhos e realizações inteiramente novos”<sup>224</sup>, de modo que os saberes hegemônicos da sociedade ocidental estariam abandonando as suas origens prometéicas. Desta forma

em oposição à tradição prometéica, que pensa a tecnologia como a possibilidade de estender e potencializar gradativamente as capacidades do corpo (sem aspirar ao infinito, guardando certo respeito pelo que é humanamente possível e pelo que ainda pertence ao território divino), a corrente fáustica enxerga na tecnociência a possibilidade de transcender a condição humana. Assim, valendo-se da nova alquimia tecnocientífica, o “homem pós-biológico” teria condições de superar as limitações impostas pela sua organicidade, tanto em nível espacial quanto temporal.

<sup>225</sup>

Nesta perspectiva a pós-modernidade inaugura uma crítica constante dos dogmas e certezas até então existentes. “A verdade passa a ser compreendida como uma espécie de erro que tem a seu favor o fato de não poder ser refutada, como apontou Foucault em *Microfísica do Poder*”.<sup>226</sup>

Ocasião em que acrescentamos que

se o inimigo é a opinião, o estabelecido, as verdades consideradas eternas e universais, a proposta é abrir uma fenda na segurança do já pensado para deixar passar a riqueza do ainda não pensado, como um raio impetuoso capaz de alterar aquilo que é. Em vez de percorrer os caminhos já traçados pelas formas pregnantes do bom senso, então, uma abordagem mais instigante seria a de fazer como se nada fosse evidente, desconfiar de tudo

<sup>224</sup> SIBILIA, ob. cit., p. 21.

<sup>225</sup> SIBILIA, ob. cit. p. 46.

<sup>226</sup> Idem, p. 20.

e apontar para a apropriação do caos na criação permanente de novos conceitos.<sup>227</sup>

Ademais, Hall ao tratar da identidade cultural na pós-modernidade, esclarece que,

As transformações associadas à modernidade libertaram o indivíduo de seus apoios estáveis nas tradições e nas estruturas. Antes se acreditava que essas eram divinamente estabelecidas; não estavam sujeitas, portanto, a mudanças fundamentais.<sup>228</sup>

Essas ponderações dos autores *suso* citados vêm nos obrigando a refletir sobre a construção cultural em torno do conceito de família, bem como em torno do conceito de filiação, notadamente quando se parte do pressuposto de que a paternidade, assim como a maternidade, é uma construção social.<sup>229</sup>

Diante das possibilidades inauguradas em matéria de biotecnologia, a doação de sêmen é uma realidade hoje nas clínicas de reprodução artificial. Todavia, a pergunta que se faz é a seguinte: Numa perspectiva ética<sup>230</sup> é correto permitir que um ser humano seja considerado como meio para a consecução de desejos de outro? Os interesses da criança estão sendo atendidos?

As possibilidades científicas em matéria de biotecnologia não podem ser consideradas um fim em si mesmo. A bem da verdade esta deve

<sup>227</sup> Idem, p. 20.

<sup>228</sup> HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 25.

<sup>229</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 9.

<sup>230</sup> A ética é um tipo de saber normativo, isto é, um saber que pretende orientar as ações do ser humano. (...) Quais deveres morais básicos têm de reger a vida do homem para que seja possível uma convivência justa, em paz e em liberdade, dado o pluralismo existente quanto às maneiras de ser feliz? Cf: CORINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *In: Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 12.

ser utilizada como meio para o bem-estar do ser humano. E neste contexto, faz-se imprescindível sopesar os interesses contrapostos, ou seja, o interesse da mulher em querer realizar o seu desejo de maternidade e o interesse do ser humano que nascerá<sup>231</sup>. Segundo Tepedino,

as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se dissociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo, quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.<sup>232</sup>

Em tema de reprodução artificial percebemos, ademais, o culto ao vínculo biológico quando as mulheres expressam a necessidade de gerar um filho que seja “sangue do seu sangue”, muito embora para tal tenham que se valer de sêmen de terceiro. Esta constatação mostra-se como um paradoxo do elemento afetividade constitutivo da família, evidenciado principalmente “na necessidade que a mulher tem do casamento e da procriação para ter função e valor social”.<sup>233</sup>

Há sobre a mulher um poder simbólico<sup>234</sup> representado pela gestação, de modo a atribuir-lhe um dever de procriar como imprescindível para a sua inserção nos grupos sociais. A este respeito Tamanini ressalta que

---

<sup>231</sup> HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43.

<sup>232</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 415-416.

<sup>233</sup> LIMA FILHO, Alberto Pereira. **O Pai e a psique**. São Paulo: Paulus, 2002, p. 33.

<sup>234</sup> BOUDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, pp. 7-15.

ao se refletir sobre o uso das tecnologias reprodutivas, não se pode deixar de pensar como o material, as técnicas, os instrumentos, os modelos, o preço e a reorganização do trabalho reprodutivo na biomedicina, entre outros elementos, fazem passar a idéia da mulher que não gera filhos como uma “figueira estéril.<sup>235</sup>

Citada pesquisadora em razão da pesquisa de doutoramento entrevistou diversos casais que haviam feito reprodução assistida, chegando a conclusão que

os casais que buscam essas práticas já entram em um campo poluído por coerções e subjetivações, que, na maioria das vezes, não evoca a clareza e a liberdade. As escolhas são engendradas no contexto da criação de necessidades tão totalizadoras que acabam por justificar as urgências social e médica em direção às práticas da “cura”. Diria mesmo que, neste ponto, se passa da intervenção tecnológica para a dimensão de uma moral, a ter que se fazer, já que a ausência de filhos na vida desses casais e, mais, da mulher é vivida como um vazio social e afetivo.<sup>236</sup>

Ora, em razão desse culto ao biologicismo vemos as técnicas de reprodução assistida serem utilizadas em mulheres sozinhas, num expediente contrário muitas vezes ao princípio do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, em homenagem a padrões sociais e práticas discriminatórias, resultando numa armadilha da perda de capacidade de um posicionamento crítico, a qual acaba por desconsiderar o modo como as fronteiras do corpo e da filiação são reescritas em práticas e discursos engendradores de poderes e modelos normativos.<sup>237</sup>

Em homenagem a esse “biologicismo” a mulher sozinha que recorre à reprodução assistida – num processo de medicalização social da

<sup>235</sup> MINELLA, Luzinete Simões; FUNCK, Susana Bornéo (org.). **Saberes e Fazeres de Gênero:** entre o local e o Global. Florianópolis: UFSC, 2006, p. 273.

<sup>236</sup> *Idem*, ob. cit., p. 274.

<sup>237</sup> *Idem*, ob. cit., p. 274.

ausência de filhos, conforme perfilha Tamanini<sup>238</sup> - privará compulsoriamente e de forma ilegítima e desarrazoada o filho da convivência paterna<sup>239</sup>, uma vez que os projetos de lei a este respeito, bem como a Resolução do CFM além de determinar o anonimato do doador do sêmen não atribuem a ele a paternidade do filho<sup>240</sup>. Ademais,

o foco da crítica sobre a medicalização do corpo feminino, como se a infertilidade fosse uma patologia do corpo da mulher, e da crítica à medicalização social da ausência de filhos, não é suficiente. Há que se pensar sobre os efeitos provocados por algumas tecnologias não somente no corpo das mulheres e das crianças, como suas consequências iatrogênicas, mas sobre o futuro e a fertilidade das gerações vindouras.<sup>241</sup>

À luz do que estabelece os princípios constitucionais em matéria de filiação, a reprodução assistida em mulheres sozinhas privilegia o melhor interesse da criança? Não estaria tal prática permitindo que a criança que nascerá tenha interesses ignorados frente aos desejos individualistas de reprodução de sua genitora? Será que devemos permitir a reisificação do embrião? A simples ameaça a tais direitos não leva a necessidade de observância da tutela jurídica?

---

<sup>238</sup> *Idem*, ob. cit., p. 275.

<sup>239</sup> C'è anche il problema del diritto del procreato ad avere una figura paterna che pone la questione non soltanto dell'inseminazione eterologa, ma soprattutto dell'inseminazione eterologa in assenza di una coppia. Perchè se mana la coppia e l'inseminazione eterologa c'è, il procreato avrà negato il diritto alla figura paterna. Rilevante è l'interesse dei figlio e on soltanto dell'interesse ad avere un figlio. Tante devianze oggi avvengono achè perchè, nel momento piú difficile della formazione del ragazzo, manca una figura paterna. Allora ocorre molta cautela nel riconoscere l'inseminazione eterologa in assenza di una coppia. PERLINGIERI, Pietro. La tutela dell'embrione. In: **La persona e suoi diritti**. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 317.

<sup>240</sup> OPPO, Giorgio. Diritto di Famiglia e Procreazione assistita. In: **Rivista di Diritto Civile**. Ano LI, n. 4. luglio-agosto, CEDAM-Padova, 2005, p. 329.

<sup>241</sup> MINELLA; FUNCK. ob. cit., p. 275.

A mulher beneficiária de projeto de reprodução artificial deve sopesar as consequências de suas escolhas, numa perspectiva pragmática<sup>242</sup>. E conduzir-se desta forma não significa ser utilitarista, e sim aplicar a coerência e correspondência dos dados culturais e sociais a que dispomos para basear nossas escolhas, sob pena de colocar em risco a conservação de si mesmo e dos outros, no sentido não de cálculo econômico, mas de uma postura razoável.

Para atingir a verdade no que tange a possibilidade ou não da mulher sozinha ser beneficiária das TRHA, mostra-se viável a aplicação dos métodos pragmáticos, considerando a questão da coerência e da correspondência dos fatos sociais, de modo a atingir a assertividade garantida (no sentido pragmático de se referir não ao que é certo absolutamente, mas a probabilidade da certeza) extraídas da experiência. Desta forma, já que o Direito é um fenômeno social, não pode o aplicador se apartar da experiência, e para tal, compreender os processos de transição e desenvolvimento da sociedade. Isso ressalta os caracteres da necessária legitimidade decisória, como complementar àqueles da validade e eficácia.

Este projeto de reprodução artificial citado anteriormente mostra-se perfeitamente viável no aspecto científico, todavia, inviável no aspecto ético. E para tal convém lembrar da máxima kantiana, segundo a qual

---

<sup>242</sup> O termo pragmatismo utilizado neste trabalho baseia-se no “critério de significação, que estipula ser o significado de qualquer conceito nada mais do que soma total de sua consequências práticas concebíveis” “Como os manuais de filosofia gostam de dizer, para o pragmatista uma coisa é verdadeira quando é vantajosa acreditar nela”. WAAL, ob. cit., p. 18.

“devemos tratar as pessoas como fins em si mesmas, e não como simples meios”.<sup>243</sup>

A biotecnologia não deve por em risco as características inerentes ao ser humano, as quais foram construídas não apenas geneticamente, mas, sobretudo sócio-culturalmente. Nesse contexto se verifica o legado da paternidade e a importância do conhecimento da ancestralidade para o afeiçãoamento do ser. A este respeito primorosa a lição Arendt quando esclarece que as condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição de existência humana.<sup>244</sup>

Ora, A vida humana é cultural, mostrando-se imprescindível ao ser humano é a compreensão de seu lugar no mundo<sup>245</sup>, ocasião em que a noção de ancestralidade e o convívio social far-se-ão imprescindíveis, donde depreendemos a relevância da figura paterna e materna na transmissão dos valores sócio-culturais construídos historicamente. A propósito, pertinente a reflexão de Lévi-Strauss quando esclarece, ao tratar

---

<sup>243</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d., p. 70-1,79.

<sup>244</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 17.

<sup>245</sup> Segundo Heidegger a idéia de mundo corresponde ao conjunto de condições geografias, históricas, sociais e econômicas, em que cada pessoa está imersa. Cf. CAMARGO, ob. cit., p. 29

sobre o animal humano e seus símbolos, que “o ego humano nunca é autônomo, não existe um “Eu” que não seja parte de um “Nós”.<sup>246</sup>

Lévi-Strauss acrescenta ainda que “um humanismo adequadamente ordenado não pode começar espontaneamente, mas deve colocar o mundo antes da vida, a vida antes do homem e o respeito pelos outros antes do egoísmo”.<sup>247</sup>

De modo que “o homem não está sozinho no universo, do mesmo modo que o indivíduo não está sozinho no grupo nem qualquer sociedade sozinha entre outras sociedades”.<sup>248</sup>

A este reperito Lôbo esclarece que

toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nesta hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado).<sup>249</sup>

Não há dúvida, de que tanto a maternidade como a paternidade são fatores culturais atualmente indispensáveis à própria condição humana. Ademais, há na figura paterna um fator importantíssimo para o desenvolvimento sócio-psíquico da pessoa humana. O significado do pai e da mãe são indispensáveis sócio-culturalmente para a constituição do homem e da mulher. “A paternidade é uma abstração e, como qualquer

<sup>246</sup> LEACH, Edmundo. *As idéias de Lévi-Strauss*. São Paulo: Cultrix, 1970, p. 37.

<sup>247</sup> LEACH, ob. cit. p. 37.

<sup>248</sup> LEACH, ob. cit. p. 37.

<sup>249</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** In: Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: 2004, p. 524.

conceito, produzida cultural e historicamente”<sup>250</sup>, passando a integrar a condição humana culturalmente estabelecida. Segundo Keijzer,

a paternidade é uma posição e função que vem mudando historicamente e tem notáveis variações de uma cultura a outra, assim como nas distintas classes sociais e etnias dentro de um mesmo país. Tem, assim mesmo, especificidades de acordo com a nossa história particular de vida e, ao mesmo tempo, significados distintos ao longo do ciclo da vida de um mesmo homem.<sup>251</sup>

Destacamos ainda que estudos em matéria de psicologia demonstram a importância do pai e da mãe para o integral desenvolvimento psíquico-social da pessoa. Há, portanto, um papel do pai necessário “ao senso de inteireza do homem, cuja personalidade masculina necessariamente inclui seu oposto”<sup>252</sup>. Lima Filho, em estudo que focaliza as contribuições e o significado do pai para a construção do homem e da mulher acrescenta que um filho não reconhecido pelo pai se sente desenraizado do “si-mesmo comunitário” do qual o pai é um representante; sente-se também indigno de ser respaldado pelo Si-mesmo masculino que desejaria compartilhar com o pai, um representante maiúsculo de seu gênero.<sup>253</sup>

O citado autor esclarece ainda que,

a noção de continência materna – vaso redondo – contrapõe-se à noção de referência paterna. O chão seguro para acolher a totalidade da criança e ampará-la não é mais o abrigo protetor expresso em forma de colo, mas os parâmetros oferecidos pelo pai como modelos, padrões e recomendações de como ser.<sup>254</sup>

---

<sup>250</sup> MINELLA, Luzinete Simões; FUNCK, Susana Bornéo (org.). **Saberes e Fazeres de Gênero: entre o local e o Global.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 2006, p.258.

<sup>251</sup> MINELLA; FUNCK. ob. cit., pp. 259-260.

<sup>252</sup> LIMA FILHO, ob. cit. p. 125.

<sup>253</sup> *Idem*, ob. cit., p. 125.

<sup>254</sup> *Idem*, ob. cit, p. 74.

Ora, segundo Pereira<sup>255</sup> a paternidade seria compreendida pela psicanálise como uma função, podendo ser exercida pela mãe ou por outros parentes, sem prejuízo para os filhos. Todavia, não devemos esquecer que o pai além de exercer uma função no seio familiar, representa também uma instituição social, da qual não estamos desvinculados culturalmente, notadamente no contexto de uma sociedade patriarcal. A este respeito Tonely destaca que

o pai, como função, está ligado ao campo simbólico e, como instituição, ao campo social e histórico. Portanto, a figura dele encarna ao mesmo tempo a função e a instituição. Pode-se afirmar, também, que a maneira pela qual o homem irá desempenhar a paternidade está intimamente relacionada com a apropriação das significações das relações travadas em sua família de origem, tanto com seu pai como com sua mãe, bem como daquelas compartilhadas pelo grupo cultural.<sup>256</sup>

A permissão da prática de reprodução assistida por mulheres sozinhas abre a possibilidade de que a função paterna perca gradativamente a sua relevância social, uma vez que o doador não será identificado, nem será transformado em pai.<sup>257</sup> De modo que “a transmissão de valores heterossexuais fica cindida, e a mulher torna-se autoprovedora”<sup>258</sup>, soando como uma ameaça às instituições sociais, especialmente à instituição representada na figura do pai. Desta forma, segundo Ribeiro, “ninguém está proibido de procriar, mas ninguém pode, no atual sistema jurídico nacional,

---

<sup>255</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 3<sup>a</sup> ed., 2003, p. 120.

<sup>256</sup> MINELLA; FUNCK. ob. cit. p. 262.

<sup>257</sup> *Idem*, ob. cit., p. 285.

<sup>258</sup> *Idem*, ob. cit. p. 285.

procriar sem assumir as obrigações de perfilhação (a obrigação de pai para com a criança)”.<sup>259</sup>

O propósito do presente trabalho, conforme foi esclarecido inicialmente, consiste em refletir sobre a monoparentalidade e a reprodução com suporte nos princípios e valores constitucionais, numa perspectiva ético-jurídica. No entanto, para reforçar os argumentos até o momento utilizados contra as TRHA em mulheres sozinhas, trazemos à colação alguns princípios em matéria de bioética que corroboram a tese ora defendida.

Um dos princípios da bioética é o princípio da autonomia, o qual “incorpora ao menos duas convicções éticas: a primeira, que os indivíduos deveriam ser tratados como seres autônomos, a segunda, que as pessoas cuja autonomia está diminuída devem ser objeto de proteção”.<sup>260</sup>

Ora, tal princípio aplica-se perfeitamente à problemática apresentada no presente trabalho. O filho que irá nascer é a parte mais vulnerável da relação existente entre a mãe e o nascituro, e nesse contexto os seus interesses devem se sobrepor aos interesses individualistas da genitora que almeja realizar o sonho da gestação a qualquer custo.

O segundo princípio é o da beneficência segundo o qual as pessoas devem ser tratadas de forma ética, não só respeitando suas decisões

<sup>259</sup> *Idem*, ob. cit. p. 286.

<sup>260</sup> FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 123.

e protegendo-as do dano, mas também fazendo um esforço para assegurar o seu bem-estar.<sup>261</sup>

A beneficência é compreendida como uma obrigação do médico e se desdobra em duas regras. A primeira a da não maleficência e a segunda a obrigação de “ampliar os possíveis benefícios e minimizar os possíveis riscos”.

O terceiro princípio seria o da justiça o qual exige que uma pessoa não deve ser tratada de maneira distinta de outra salvo haja entre as duas alguma diferença relevante.<sup>262</sup>

Analizando tais princípios da bioética vislumbramos a total compatibilidade com os valores constitucionais, a exemplo do cânone da dignidade da pessoa humana, do princípio do melhor interesse da criança e da paternidade responsável. Todos eles convergem no sentido de vedar qualquer prática que coloque em risco o pleno desenvolvimento da criança, esta detentora do direito de ter os seus interesses atendidos com prioridade.

<sup>263</sup>

De modo que a nossa Constituição Federal ao reconhecer a monoparentalidade como entidade familiar não está a privar a criança do direito a filiação paterna, inerente e indispensável ao seu pleno desenvolvimento psicossocial.

<sup>261</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>262</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveira. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil. Princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 46.

<sup>263</sup> PERLINGIERI, Pietro. Famiglia e diritti fondamentali della persona. In: **La persona e i suoi diritti.** Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 369-383.

Desta forma, a reprodução artificial deverá ser utilizada como recurso subsidiário para o casal que se encontra, em razões de infertilidade, impossibilitado do recurso à reprodução natural. Porém, jamais deve ser utilizado como mecanismo de superação da própria condição humana, relegando ao embrião a condição de coisa.

Em matéria de biotecnologia,

a ciência muito promete e, em nome de uma utópica imortalidade, o poder tecnológico desponta com propostas de onipotência, trazendo efeitos perversos, provocando mudanças no agir e no pensar das pessoas, além dos riscos e ameaças à saúde das pessoas.<sup>264</sup>

A este respeito segundo Vasconcelos, cuja opinião se coaduna perfeitamente com a tese desenvolvimento no presente trabalho, esclarece que as pesquisas científicas, na ciência da atualidade, passaram a fazer parte da força produtiva da sociedade, ou seja, da economia, e atuam hoje como agentes econômicos e políticos. O problema, efetivamente, surge quando o poder econômico atua de forma incidente e indiscriminada sobre todos os projetos. Aqui se convive, de fato, com a coisificação do homem e a banalização da espécie, pois o dinheiro não conhece escrúpulos ou limites na consecução do seu fim, vale dizer, não conhece dignidade.<sup>265</sup>

Com efeito, a liberdade de procriar deve ser exercida tendo como paradigma a dignidade da pessoa humana, exigindo a atenção ao princípio da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, numa perspectiva solidarista e humanista do Direito de Família. Daí que as

<sup>264</sup> SÁ; TEIXEIRA. ob. cit., p. 81.

<sup>265</sup> VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção Jurídica do Ser Humano in Vitro na Era da Biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006. p. 143.

técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se desassociar de motivações voluntaristas ou especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo – na refrega de interesses contrapostos -, quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.<sup>266</sup>

A adoção de técnicas de procriação assistida só se justifica quando presente o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno-materno-infantil, qual seja, o elemento afetivo e psicológico.<sup>267</sup>

Ora, os princípios jurídico-constitucionais constituem-se como “standards”, juridicamente vinculantes que colimam reclamos da justiça<sup>268</sup>, com um certo grau de relatividade e vaguezza, cuja aplicação e conteúdo serão observados e definidos na solução do caso concreto, necessitando de mediações concretizadoras por parte de seus intérpretes.<sup>269</sup>

Daí porque ressaltamos perfeitamente aplicável o método pragmático de solução dos conflitos de interesses ora em discussão, notadamente quando observamos a necessidade da análise do caso concreto, conferindo-se significado e extensão aos direitos fundamentais, determinando o recuo de certos princípios sem que haja a invalidade do outro, por meio de uma ponderação de direitos.<sup>270</sup>

<sup>266</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 413-414.

<sup>267</sup> Idem, ob. cit. p. 413/414

<sup>268</sup> BULOS, ob. cit., p. 343.

<sup>269</sup> *Idem*, p. 343.

<sup>270</sup> KRELL, ob.cit, p. 72.

De modo que, aplicar o método pragmático significa levar em consideração as consequências de uma determinada conduta para uma possível postura razoável e prudente, aplicando a concepção de prudência aristotélica, por conseguinte, identificar a melhor solução com o condão de mediar os interesses contrapostos.

Como demonstrado, diversos são os argumentos jurídicos no sentido de impedir a adoção das técnicas de reprodução artificial pelas mulheres sozinhas, muito embora flagrantes as contradições e muitas delas se baseiam em uma leitura reducionista da problemática, o que nos parece insuficiente para a discussão de assunto desta natureza.

Todavia, acreditamos que argumentos contraditórios sempre existirão em temas desse jaez, os quais jamais nos conduzirão a uma certeza. De modo que, compreendemos viável a aplicação do método pragmático para a solução do problema, o que requer uma ponderação das conseqüências da reprodução artificial por mulheres solteiras, tomando por base fatores sócio-culturais e éticos, de modo que se possa, optar pelo caminho que for mais benéfico para o desenvolvimento e bem-estar da criança e que se apresente no momento como o mais razoável<sup>271</sup>.

Desta forma, deve-se rechaçar qualquer prática utilitarista que veja o método de reprodução artificial como um meio para a consecução dos interesses da pretensa genitora, uma vez que tal método implicará no

---

<sup>271</sup> “In assenza di un qual si voglia criterio di preferenza, sarebbe impossibile stabilire se una soluzione sia migliore di un’altra, impossibile distinguere bilanciamneti corretti e socrreti. Il bilanciamento no sarebbe altro che uma mera spressione descrittiva della soluzione che quell’interprete há dato in quel caso, non um criterio di controllo delle argomentazioni dei giudici” PERLINGIERI. **Manuale de Diritto Civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italinae, 2007, p. 15.

nascimento de um ser, que deve ser considerado com fim primordial e não como meio, sob pena de corrermos o risco num futuro próximo da reificação da pessoa humana.<sup>272</sup>

A propósito convém acrescentarmos que segundo Dewey,

existe uma diferença entre em espécie entre o cálculo comercial de lucros e perdas e a deliberação sobre que propósitos formar. A teoria utilitarista diz que não existe qualquer incerteza ou dúvida genuína no tocante ao sentido de algum impulso ou hábito. Seu sentido já está definido, fixo: o prazer. O único problema ou dúvida é quanto à quantidade de prazer (ou sofrimento) envolvida.(...) A coisa que de fato está em jogo em qualquer deliberação seria não é uma diferença de quantidade, mas que tipo de pessoa alguém deve se tornar, que tipo de eu está em formação, que tipo de mundo está sendo feito.<sup>273</sup>

A evolução científica em matéria de biotecnologia não pode ser considerada um fim em si mesmo. A bem da verdade esta deve ser utilizada como meio para o bem-estar do ser humano. E neste contexto, faz-se imprescindível sopesar os interesses contrapostos, ou seja, o interesse da mulher em querer realizar o seu desejo de maternidade, a qualquer preço, e o interesse da criança que nascerá que goza de proteção especial, conforme perfilhado constitucionalmente.

Deve-se, portanto, refletir de forma pragmática sobre os efeitos de nossas escolhas. E conduzir-se desta forma não significa ser utilitarista, e sim aplicar a coerência e correspondência dos dados culturais e sociais a que dispomos para basear nossas escolhas, sob pena de colocar em risco a conservação de si mesmo e dos outros.

<sup>272</sup> CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p.145.

<sup>273</sup> DEWEY, John. Natureza e conduta humana. In:**Os grandes filósofos do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 506.

Esta reprodução artificial em questão mostra-se perfeitamente viável no aspecto científico, todavia, inviável no aspecto ético. E para tal convém lembrarmos da máxima kantiana, segundo a qual “devemos tratar as pessoas como fins em si mesmas, e não como simples meios”.<sup>274</sup>-<sup>275</sup>

Devemos procurar buscar os recursos e avanços da biotecnologia de forma a não colocar em risco as características inerentes ao ser humano, as quais foram construídas sócio-culturalmente, tendo sempre em vista a importância da existência e conhecimento de sua ancestralidade paterna e materna.

Ora, A vida humana é cultural e não decorre simplesmente do seu aspecto biológico, daí porque pensar em ser humano sem uma história, sem uma ancestralidade é retirar dele características que lhes são próprias. De modo que, a cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade deve ser interpretada de modo a permitir a identificação dos direitos que são inerentes ao ser humano, enquanto ente inserido numa ambiente sócio-cultural.

Ademais, devemos lembrar que a nossa Constituição Federal, assim como o Código Civil de 2002, têm a dignidade da pessoa humana como o seu fim primordial, o que veda efetivamente qualquer prática que

---

<sup>274</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d., p. 70-1.

<sup>275</sup> La tranformazione della procreazione in produzione presenta molte ed importante conseguenze: ad esempio, trasforma la qualità in quantità, l'aleatorio ed indeterminato in puro calcolo, l'incerto in qualcosa di prevedibile e manipolabile. Le nuove tecnologie riproduttive applicano all'essere umano metodologie e parametri solitamente riservati agli oggetti ed accomunano, il tal modo, gli uomini alle cose. Cf. MIRALES, ob. cit. p. 312.

coloque em risco o desenvolvimento pleno da criança. Além do que a proteção da criança deve ser prioridade no contexto familiar.

Não há dúvida de que com o nascimento desta criança teremos a caracterização de uma família monoparental, também prevista Constitucionalmente. No entanto, esta previsão Constitucional implica na inexistência do direito à paternidade? São coisas completamente diferentes. Uma coisa é o reconhecimento da família monoparental, outra coisa seria o direito à paternidade e à maternidade, inerentes a condição humana. Daí porque vejo como flagrantemente inconstitucional qualquer regra que permita a gestação decorrente de inseminação artificial sem a presença sem a constituição do vínculo de paternidade.

A inseminação artificial deverá ser utilizada como recurso subsidiário para o casal que se encontra, em razões de infertilidade, impossibilitado de recurso à reprodução natural. Porém jamais ser utilizada como mecanismo de superação da própria condição humana, relegando ao embrião a condição de coisa, ou até mesmo conduzindo a sua mercantilização<sup>276</sup>.

Adotamos no presente trabalho a teoria concepcionista, segundo a qual desde a concepção o nascituro já goza de direitos da personalidade. Dentre os direitos atribuídos ao nascituro citamos o direito à vida, não só

---

<sup>276</sup> Con strema franchezza dio che considero negativamente l'anonimato nella inseminazione artificiale; preferibile è la soluzione svedese. Innanzitutto l'anonimato favorisce la commercializzazione, ed escludere qualsiasi rapporto tra donante e donatario non rappresenta un deterrente all'uso dell'inseminazione artificiale ma il modo come moltiplicare questa pratica che da eccezionale protrebbe diventare diffusa. PERLINGIERI, Pietro. Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica. In: **La persona e i suoi diritti**. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 169-179.

no sentido de direito a nascer, mas no sentido de ter acesso a um desenvolvimento psico-social completo e saudável.<sup>277</sup>

Desta forma, desde a concepção o nascituro tem o direito ao respeito a sua dignidade humana<sup>278</sup>, não podendo ser utilizado como meio para a consecução de outros fins. De modo que conforme lição kantiana devemos agir de tal modo que possamos usar a humanidade, sempre como fim e nunca como um meio.<sup>279</sup><sup>-280</sup>

O cânone constitucional da dignidade de pessoa humana é um exemplo de cláusula geral, da qual caberá ao intérprete do direito preenche-la, extraíndo do ordenamento jurídico os valores fundamentais para a sua determinação no caso concreto, pelo que compreendemos perfeitamente aplicável a concepção pragmática do direito, no sentido de uma reflexão mais voltada para os efeitos de nossas condutas.

Urge esclarecer que o conceito de dignidade humana não se limita às condições existenciais mínimas para uma vida saudável, mas também condições de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável

<sup>277</sup> FERRANDO, Gilda. **Il nuovo diritto di famiglia**. Bologna: Zanichelli Editore, 2007, pp. 491-546.

<sup>278</sup> A fonte di questo pericolo, dobbiamo sottolineare che non è solo la dignità della specie umana a correre dei rischi. In relata, le nuove tecnologie mettono in pericolo anche la dignità del singolo individuo, perché, alterando la distinzione tra persone e cose, le tecnologie riproduttive finiscono per violentare il nucleo fondamentale della nostra dignità. Cf. MIRALLES. ob. cit., p. 313.

<sup>279</sup> KANT, ob. cit., p. 70-71.

<sup>280</sup> Tutto ciò che ha un prezzo può essere sostituito da qualcosa di equivalente; al contrario, dobbiamo riconoscere una dignità a tutto ciò che prescinde dal prezzo e, per tanto non consente alcuna equivalenza [...] gli essere umani sono delle finalità oggettive, ovvero degli esseri la cui esistenza rappresenta un fine in sé considerato, na finalità così importante che, al suo posto, non può essere prevista altra finalità che riduca gli uomini a semplici mezzi. Cf. MIRALLES, ob. cit., p. 314.

nos direitos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>281</sup> A este respeito convém destacar que

quando se trata do direito geral de personalidade, vê-se que o ser humano não é um dado apenas ontológico, que radica no plano do ser, sendo ele fundamentalmente, também, um dado axiológico.<sup>282</sup>

De modo que, há que se levar em conta também os direitos da personalidade atribuídos à pessoa humana em decorrência de valores culturais e sociais, a exemplo do direito à filiação paterna. Por direitos da personalidade se entende aqueles essenciais ao ser humano, os quais constituem como conteúdo mínimo necessário e imprescindível para a sua vida em comunidade.<sup>283</sup>

Com efeito, a filiação paterna assim como a materna pertencem ao patrimônio imaterial da pessoa humana, o estágio sócio-cultural da sociedade atual herdou dos antepassados a paternidade e a maternidade como instituições sociais, estando presente em nosso inconsciente coletivo os arquétipos de pai e mãe necessários para o desenvolvimento psico-social da pessoa humana. Razão pela qual, configura-se violação a própria condição humana subtrair de qualquer ser humano o direito a uma filiação integral<sup>284</sup>.

Sob tal perspectiva é que compreendemos que a privação do nascituro à filiação paterna, e, por conseguinte a privação do direito ao

<sup>281</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1 e ss.

<sup>282</sup> VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção Jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006, p. 114.

<sup>283</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

<sup>284</sup> MESSINETTI, Davide. Diritto della famiglia e identità della persona. In: **Rivista di Diritto Civile**, anno LI, n. 2, marzo-aprile, CEDAM – Padova, 2005, p. 137.

conhecimento de sua ancestralidade, de sua historicidade, evidenciada quando da reprodução artificial por mulheres sozinhas, viola os direitos da pessoa humana, ou seja, os direitos da personalidade.

Devendo, a cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade, guiar-se não simplesmente pela proteção da pessoa humana individualmente considerada, mas também em suas relações intersubjetivas, incluindo, portanto os valores culturais e sociais inerentes à condição humana. De modo que, a dignidade humana reflete também no direito a uma convivência familiar saudável, representada inclusive no convívio com a figura materna e paterna e no direito ao conhecimento de sua ancestralidade<sup>285</sup>.

Quem nos garantirá que a ausência de pai para esta criança não irá prejudicar o seu pleno desenvolvimento psico-social<sup>286</sup>. Na dúvida, a melhor solução está com a cautela na adoção de certas medidas<sup>287</sup>, em prol do melhor interesse da criança, e sob a ética da responsabilidade, uma vez que a paternidade sempre foi uma instituição que acompanhou a humanidade.

---

<sup>285</sup> PARENTE, Ferdinando. La biogiuridicità della vita nascente tra libertà della ricerca biometrica e dinamismo della tutela dei valori esistenzionali dell'uomo. In: **Resegna di diritto civile**. 2/2009, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 445-471.

<sup>286</sup> L'opera d'arte non può essere qualcosa di predeterminato o di costruito in base ai miei gusti personali ed alle mie aspettative, al contrario, il valore di un'opera di arte consiste nel suo essere, esattamente, imprevedibile ed irripetibile, il valore di un'opera d'arte consiste nella sua concreta peculiarità. [...] Allo stesso modo, nel caso dell'essere umano, non è importante l'idea che abbiamo prima che uno bambino venga alla luce, mal il modo in cui si svilupperà la sua vita. Cf. MIRALLES. Angela Aparisi. Natura umana e nuove tecnologie riproduttive.. In: **Bioética nella prospettiva della filosofia del diritto**, Torino: G. Giappichelli, 1998, p. 200.

<sup>287</sup> L'azione precauzionale non predisponde un sistema di reazione dinanzi ad un potenziale pericolo, ma interviene anticipatamente al fine di evitare l'insorgere di una situazione potenzialmente pericolosa, oltretutto difficile da gestire per la mancanza delle necessarie conoscenze scientifiche e tecniche. Cf. BENEDITO, ob. cit. p. 601.

Não cabendo à biotecnologia descartar a instituição do pai em prol de interesses econômicos.

Ademais, o argumento de que a vedação as TRHA por mulheres sozinhas viola o princípio constitucional da isonomia, também poderá ser utilizado em favor da criança, uma vez tal princípio também não estaria sendo respeito quando se priva certas crianças ao direito à filiação paterna que a outras é concedido.

Convém ressaltar ainda que os argumentos levantados por alguns no sentido de que não há garantia de que o afeto e o pleno desenvolvimento da criança seja tão somente observado nas famílias biparentais, não é suficiente para enfrentar a problemática da questão ora proposta.

Na verdade, convém demonstrar a distinção existente entre o convívio da criança numa lar monoparental e a ausência de filiação paterna. O reconhecimento da entidade monoparental não significa privar a pessoa humana do direito a ter um pai, seja ele ausente ou presente. Na hipótese da reprodução artificial por mulheres sozinhas o que há na verdade é a total ausência de pai, o que afasta por completo a possibilidade desta criança ter o referencial paterno indispensável para a sua formação psico-social.<sup>288</sup>

Ademais, redargüindo a tal argumento poder-se-ia alegar que quantas famílias vivem sem a figura de um pai, ao ponto da função paterna

---

<sup>288</sup> Attraverso queste tecniche, l'attitudine di accoglienza e di rispetto che permette ad ogni individuo di integrarsi adeguatamente all'interno della società umana, generando delle relazioni di simmetria e di reciprocità, diviene un atto di dominio molto simile ad una relazione di proprietà. Utilizzando le parole de Habermas: quando qualcuno prende una decisione irreversibile sulle caratteristiche vitali di un'altra persona, viene violata quella simmetria che caratterizza ogni persone libere ed eguali. Cf. MIRALLES, ob. cit. p. 321.

ser exercida pelos avós, ou até mesmo pela própria mãe. Ora, não podemos utilizar como referência situações familiares contingenciais para permitir a reprodução artificial por mulheres sozinhas. Podemos argumentar sim que a mãe ou outros parentes poderão compensar a ausência paterna, porém jamais substituí-la, uma vez que a paternidade sempre teve a seu papel sócio-cultural, não podendo a biotecnologia se sobrepor aos elementos inerentes à condição humana.

Ademais, a situação vivenciada no contexto da monoparentalidade se dá não por opção, mas principalmente em razão do descumprimento do deveres decorrentes da paternidade, gerando em muitos casos o chamado abandono afetivo, passível de indenização.

Ora, não haveria porque punir o pai que abandona o filho se a paternidade não fosse tão importante para o seu desenvolvimento. De modo que, há neste aspecto um reconhecido direito à filiação paterna, fundamento da ação de investigação de paternidade.

Ademais, devemos tem em mente que a pessoa humana é um ser em constante relação intersubjetiva e social. Não podendo ser considerada como meio para a realização de interesses de outros. Segundo Kant tudo começa pelo direito do outro e por sua obrigação infinita a este respeito e que o humano está acima das forças humanas. Daí que serve a lição kantiana quanto ao imperativo prático de que “age de tal modo que possas

usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio".<sup>289</sup>

As lições de Aristóteles, por sua vez, em sua *Ética a Nicomaco*<sup>290</sup> vem a salvaguardar os direitos da criança e punir a prática individualista da genitora uma vez que "a virtude versa sobre os afetos e ações, nos quais o excesso é erro e a falta é censurada, porém o meio neles se enquadra com justezas, e é louvado". De modo que, inobstante a Constituição Federal reconheça o direito ao livre planejamento familiar este direito deve ser analisado com temperamentos, em face do princípio do melhor interesse da criança.

Caberá ao jurista reconhecer, por meio da equidade, os valores inerentes à condição humana e, por conseguinte, aplicar a justiça ao caso concreto<sup>291</sup>, fazendo o bem, por meio da virtude ética, e para tal faz-se imprescindível encontrar, por meio do princípio da razoabilidade<sup>292</sup>, o meio termo na lição de Aristóteles, frente aos princípios em colisão, a exemplo do que se observa no que tange à reprodução artificial e monoparentalidade. A este respeito pertinente a lição de Gadamer quando esclarece que quando o juiz aplica o direito, pode ver-se obrigado a fazer concessões em face da

<sup>289</sup> KANT, ob. cit., p. 79

<sup>290</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, ob. cit. p. 62-63

<sup>291</sup> CRICENTI. Giuseppe. Intenzione del legilatore e cultura dell'interprete. In margine ad una recente decisione in materia di procreazione assistita. In: **Rivista di Diritto Civile**, Parte II, 2006, Ano LII, CEDAM – Padova, p. 404.

<sup>292</sup> Segundo Parelmam, "o conceito de decisão razoável varia não só histórica e socialmente (quer dizer, o que é razoável numa determinada sociedade e em determinado momento pode deixar de sê-lo em outro meio ou em outra época), pois no mesmo momento histórico e meio social pode haver uma pluralidade de decisões possíveis, de decisões razoáveis" Cf. ATIENZA, ob. cit., p. 84.

lei, não deixando por isso de fazer justiça; pelo contrário, ao aperfeiçoar a interpretação da norma, encontra um direito melhor.<sup>293</sup>

Por fim, citamos Parelmam, quando este afirma que a nova concepção do Direito se caracteriza pela “conciliação entre os valores de equidade e segurança jurídica, a procura de uma solução que seja não apenas de acordo com a Lei como também equitativa, razoável e aceitável”.

<sup>294</sup>

Dessa forma, entendemos que no atual estágio dos valores gravados na nossa sociedade e referendados pela Carta Constitucional a solução mais adequada, no momento, é a de vedar qualquer prática que venha a permitir que a mulher sozinha recorra à inseminação artificial e, por conseguinte venha a gerar um filho cuja paternidade será inexistente.

---

<sup>293</sup> CAMARGO, ob. cit. pp. 23-38..

<sup>294</sup> ATIENZA, ob. cit. p. 77

## CONCLUSÃO

Indubitavelmente o tema objeto do presente trabalho mostra-se complexo e envolve substancial divergência no que pertine aos argumentos perfilhados pelos diversos ramos do saber em matéria de reprodução assistida.

Uma conclusão para o trabalho ora desenvolvido muito mais do que encerrar a problemática tratada em torno do tema proposto, padeceria de incompletude se não reclamasse novas e apuradas investigações e reflexões, em certa medida até incompatíveis com o exíguo tempo de que se dispõe num programa de mestrado, notadamente pela continuidade e evolução da biotecnologia e da natureza humana, as quais demandam do pesquisar um contínuo exercício de intelecção.

Todavia, ousamos apresentar um desfecho, ainda que provisório, sobre a atual discussão que evolve o uso das técnicas de reprodução artificial pela mulher sozinha, por meio da doação de sêmen de terceiro.<sup>295</sup>

Procuramos demonstrar no desenvolvimento do nosso trabalho que a atual sistemática da ciência do direito não comporta mais a aplicação e interpretação da norma de maneira lógico-formal, notadamente porquanto os fatos sociais reclamam uma maior flexibilidade da norma com vistas à solução do caso concreto de maneira mais eficaz e legítima.

Esta constatação, todavia, não implica no desprestígio da norma positivada porquanto esta deve ser o ponto de partida para a solução do

---

<sup>295</sup> OPPO, Gирgio. Procreazione assistita e sorte del nascituro. In: **Rivista di Diritto Civile**. anno LI, n. 2 – marzo-aprile, CEDAM – Padova, 2005, p. 99.

caso concreto, cabendo ao intérprete revisitar velhos conceitos, sem se descurar da natureza promocional do ordenamento jurídico e de seu caráter de imposição de valores de condutas sociais.

O desafio do cientista do direito contemporâneo reside exatamente na adequação dos elementos que devem nortear o juiz na aplicação da norma quando os seus recursos são baseados em assertivas abstratas, a exemplo dos princípios e das cláusulas gerais, *locus* onde deverão ser plasmados os valores ético-jurídicos de dada realidade social.

O cerne da problemática, todavia, provoca o jurista a perquirir exatamente sobre o conteúdo destes valores, diante da pluralidade de subjetividades que emerge da sociedade contemporânea.

Papel importante nesta dialética jurídica que se extrai do contexto da temática sobre a qual nos debruçamos, para a busca de uma possível solução mais justa, ocupa a retórica e a hermenêutica jurídica. Ferramentas estas que nos socorremos para defender a tese da proibição da mulher sozinha de realizar reprodução assistida privando o filho do vínculo paterno-filial.

E com o fito de demonstrar a coerência de nossa intelecção buscamos subsídio em outros ramos das ciências sociais que tem a atenção voltada para a análise da função do pai na nossa sociedade.

O principal argumento de que nos valemos para substanciar a tese por nós defendida encontra-se no princípio do melhor interesse da criança sufragado constitucionalmente, e como tal de conteúdo naturalmente vago. A vagueza de tal comando, todavia, é um recurso que produz uma maior

eficácia na aplicação da justiça, porquanto as circunstâncias que devem ser observadas para uma possível reflexão em torno da violação ou não de tal dispositivo reside na observância do caso concreto.

Por este motivo, não nos cabe investigar o melhor interesse da criança de maneira abstrata, mas sim tendo em conta o caso concreto e as consequências dele decorrentes.

Pertinente, portanto, mostra-se, a nosso ver, a adoção de uma perspectiva pragmática para uma possível resposta à problemática central do presente trabalho. E levando em consideração esta perspectiva trouxemos à baila toda uma análise em torno das consequências fáticas e jurídicas que o recurso à reprodução artificial por mulher sozinhas pode provocar.

Portanto, procuramos observar a razoabilidade de tal prática tendo como norte o melhor interesse da criança. Ocasião em que nos deparamos com a percepção de que os interesses envoltos quando a mulher sozinha recorre à reprodução assistida envolve muito mais interesses primários e individualistas da gestante do que propriamente o bem-estar da criança.

A bem da verdade, observamos que ao se recorrer a tal procedimento, os interesses da criança não são levados em consideração porquanto são, muitas vezes, relegados a um plano secundário, sofrendo flagrante e intensiva intervenção dos intentos mercantis da indústria da biotecnologia, suplantando os valores éticos da sociedade atual.

Desta forma, estamos plenamente convictos de que o princípio do melhor interesse da criança<sup>296</sup> demanda um exercício de interpretação a depender das circunstâncias do caso concreto. Todavia, forçoso nos é concluir que a sistemática dos recursos da reprodução assistida por mulheres sozinhas não nos dá a verossimilhança de que os interesses da criança estão sendo observados e defendidos com prioridade. Ocasião em que vislumbramos que a solução mais razoável na hipótese em questão deve atentar para a prudência aristotélica, e como tal exigindo do legislador uma conduta de precaução<sup>297</sup> de possíveis danos que estas crianças possam vir a suportar caso seja permitida a reprodução artificial por mulheres sozinhas.

---

<sup>296</sup> Gli ordinamenti giuridici moderni sono pieni di clausole generali, di rinvio a valori che non sono definiti esplicitamente dal legislatore, valori che si travano nella realtà culturale, sociale, per tradizione, definiti esterni all'ordinamento. PERLINGIERI. Pietro. La tutela dell'embrione. In: **La persona e suoi diritti**: Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 319.

<sup>297</sup> Di fonte all'elevato tecnicismo della matéría ed alle incertezze di carattere scientifico che ne conseguono, il ricorso al principio di precauzione, da parte della Autorità statle e dell'interprete, assicura il bilanciamento tra la natura e spontanea aspirazione dell'uomo al progresso delle proprie conoscere scientifiche e la necessità di garantire il primato della persona sugli interessi della scienza e della tecnologia. Cf. BENEDETTO, Danila di. Biotecnologie, princípio di precauzione e responsabilità civile. In: **Ressegna di diritto civile** 3/2007, p 591.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (org.). **Família. Redes, laços e Políticas Públicas.** São Paulo: Cortez Editora. 2008.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica:** Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** Introdução. Renovar: São Paulo, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008..

ARISTÓTELES, **Retórica.** Livro I, cap. 2, 1355 a-b.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: MORRIS, Clarence (org). **Os grandes filósofos do direito.** Textos selecionados. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito:** Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 1997.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito.** São Paulo: Landy, 2003.

BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito.** In: Revista brasileira de filosofia. Tradução João Maurício Adeodato. Vol xxxix, fasc. 163, São Paulo: IBF, 1991.

BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética.** São Paulo: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo.** A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2008.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade:** De acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

BENEDETTO, Danila di. Biotecnologie, principio di precauzione e responsabilità civile. In: **Ressegna di diritto civile** 3/2007, p 591

BESSONE, Mario; ALPA, Guido; D'ANGELO, Andrea; FERRANDO, Gilda; SPALLAROSA, Maria Rosa. **La famiglia nel nuovo diritto:** Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza. Bologna: Zanichelli, 2002, p. 249

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Trad. Fernando Tomaz. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, pp. 7-15.

BIANCA, C. Massimo. Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano. In: **Il diritto di famigli e delle persone.** Anno XVI, Milano: Dott. A. Giuffrè Editora, 1987, pp. 955-970

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rofl Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: **Revista Estudos Jurídicos.** São Paulo, Unisinos, n. 83. vol. 31, ano 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação.** Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process.** New York: Dover, 2005, p.7.

COLANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Martins Claret, 2007, p. 44.

CORINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *In: Ética.* São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 12.

COSTA, Judith Martins. **O direito priva como um “sistema em construção:** As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 753, jul. 1998.

CRICENTI, Giuseppe. Intenzione del legilatore e cultura dell'interprete. In margine ad una recente decisione in materia di procreazione assistita. *In: Rivista di Diritto Civile*, Parte II, 2006, Ano LII, CEDAM – Padova, p. 404

DE CICCO, Maria Cristina. Procreazione medicalmente assistita e scelta responsabile. *In: Aspetti del Biopetere.* A Cura di Piccinini e Pilla. Napoli, 2005, pp.

DELEBECQUE, Philippe. Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Francia. *In: Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta.* A cura di Luciana Cabela Pisu e Luca Nanni. Padova: Cedam, 1998, p. 67.

DEWEY, John. Natureza e conduta humana. *In: Os grandes filósofos do Direito,* São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 506.

DEWEY, John. **Experiência e natureza.** Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1974.

DEWEY, John. **Experiência e educação.** 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

DOMITILLA, Vanni. Privacy e procreazione medicalmente assistita: una indagine comparatista. *In: Il diritto di famiglia e delle persone.* 2008.

DUARTE, Tiago. **In vitro Veritas?** A Procriação Medicamente assistida na Constituição e na Lei. Lisboa: Almedina, 2003.

DUPUIS, Jacques. **Em nome do pai.** Uma história da paternidade. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

FACHIN, Luiz Edson. **O Código da indiferença.** Folha de São Paulo, 16 maio 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do Novo Código Civil Brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRANDO, Gilda. **Il nuovo diritto di famiglia.** Bologna: Zanichelli Editore, 2007, pp. 491-546.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 256.

\_\_\_\_\_. **Função Social da dogmática Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 123.

FERRAJOLI, Luigi. **Per un costituzionalismo di diritto privato.** In: Rivista Critica del Diritto Privato, anno XXII, n. 1, marzo 2004..

FERRY, Luc. **Família amo vocês:** Política e vida privada na era da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Aprender a viver:** Filosofia para os novos tempos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. 51<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

\_\_\_\_\_ **Dona Sinhá e o filho padre**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

FURGIUELE, Giovanni. **Modelli Familiari nel diritto italiano e straniero**. In: Famiglia, Persone e Sucessioni, out. 2007.

GHIRALDELI JR, Paulo. **O que é pragmatismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

GUASTINI, Ricardo. Principi di diritto e discrezionalità giudiziale. In: **Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**. A cura di Luciana Cabela Pisu e Luca Nanni, Padova: Cedam, 1998.

HABERMAS, Jurgen. **O Futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 25.

HEIDEGGER, Marin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes. 3. ed. 1989.

HRYNIEWICZ, Severino; SAWEN, Regina Fiúza. **O direito “in vitro”**: Da bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

IRTI, Natalino. **L'eta della decodificazione**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1986.

JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martins Claret, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

KRELL, Olga Jubert Gouveira. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006.

KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-industrial à Pós-moderna:** Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LABURSSE-RIOU, Catherine. Produrre l'uomo: con quale diritto? Riflessioni laiche sulla procrezione medicalmente assistita. In: **Rivista di Diritto Civile**, Parte. II, 2006, Ano LII, CEDAM – Padova.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEACH, Edmundo. **As idéias de Lévi-Strauss.** São Paulo: Cultrix, 1970, p. 37.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA FILHO, Alberto Pereira. **O Pai e a psique.** São Paulo: Paulus, 2002, p. 33.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5-7>. Acesso em 08 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. **A repersonalização das relações de família.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>. Acesso em 03/01/2010.

\_\_\_\_\_. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em 14/01/2010.

\_\_\_\_\_. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do numerus clausus. *In:* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 14/01/2010.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. *In:* Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: 2004.

LUCIA, Bozzi. Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale. *In: Europa e diritto privato*. 2008, fasc. 1.

LUNA, Naara. **Natureza Humana criada em laboratório:** biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. In: História, Ciência e Saúde - Manguinhos, v. 12, n. 2, p. 395-417, maio-ago., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n2/08.pdf>. Acesso em 14/01/2009.

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 241.

MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. O princípio do melhor interesse da criança. *In: Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MESSINETTI, Davide. Diritto della famiglia e identità della persona. *In: Rivista di Diritto Civile*, anno LI, n. 2, marzo-aprile, CEDAM – Padova, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1 e ss.

MIES, Maria; SHIVA, Vandana. **Ecofeminismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

MINELLA, Luzinete Simões; FUNCK, Susana Bornéo (org.). **Saberes e Fazeres de Gênero:** entre o local e o Global. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2006

MIRALLES, Ângela Aparisi. Natura umana e nuove tecnologie riproductive. In: **Iustitia**, 3/07, 2007, Milan.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

OPPO, Girgio. Procreazione assistita e sorte del nascituro. In: **Rivista di Diritto Civile**. anno LI, n. 2 – marzo-aprile, CEDAM – Padova, 2005.

\_\_\_\_\_. Diritto di Famiglia e Procreazione assistita. In: **Rivista di Diritto Civile**. Ano LI, n. 4. luglio-agosto, CEDAM-Padova, 2005.

PARENTE, Ferdinando. La biogiuridicità della vita nascente tra libertà della ricerca biometrica e dinamismo della tutela dei valori esistenzionali dell'uomo. In: **Ressegna di diritto civile**. 2/2009, Edizioni Scientifiche Italiane.

PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em 17/5/05.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança:** Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI. Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. Tomo I e II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

\_\_\_\_\_. **La personalità umana nell'ordenamento giuridico.** In: La persona e suoi diritti. Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manuale di Diritto Civile**, 6<sup>a</sup> edizione ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italinae, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Direito Civil na legalidade Constitucional.** Tradução de: Maria Cristina De Cicco - Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative. In: **La persona e suoi diritti.** Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. La tutela dell'embrione. In: **La persona e suoi diritti.** Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. Famiglia e diritti fondamentali della persona. In: **La persona e i suoi diritti.** Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. La tutela dell'embrione. In: **La persona e suoi diritti:** Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica. In: **La persona e i suoi diritti.** Problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

QUINTAS, Fátima. **Sexo à moda patriarcal:** O feminino e o masculino na obra de Gilberto Freyre. São Paulo: Global, 2008.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RORTY, Richard; GHIRALDELLI JR, Paulo. **Ensaios pragmatistas sobre subjetividade e verdade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SAES, Decio. **Classe Média e Sistema Político no Brasil**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1984.

SÁNCHEZ, Antonio j. Viela. **Las familias monoparentales**. Su regulación actual e su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria e sua protección integral. Granda: 2005.

SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico**. Corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

SINGLY, François de. **Sociologia da Família Contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SOBOTA, Katarina. **Não mencione a norma!** Trad. João Maurício Adeodato. In: Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito, n. 7, Recife: Universitária, 1995.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. **O projeto da Modernidade**. Brasília: Líber Livro, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder**: a família no mundo 1900-2000. São Paulo: Contexto, 2006.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção Jurídica do Ser Humano in Vitro na Era da Biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.

VILLELA, João Batista. **As novas relações de família.** Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz de Iguaçu, set. 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito, coerção & responsabilidade:** por uma ordem social não violenta. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG v. IV, série monografias, n. 3, Belo Horizonte: UFMG, 1982.

\_\_\_\_\_. **Liberdade e família.** Belo Horizonte: UFMG, 1980.

VILLELA, João Batista. **O modelo constitucional da filiação:** verdade e superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, V. 2, jul-set.1999.

WALL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo.** São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

