

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro dedica uma especial atenção ao disciplinar a proteção dos filhos. Ora, nada mais razoável, visto as fragilidades que se pode ter perante a relação estabelecida entre pais e filhos.

Também é preservada pelo Código Civil e pelo Direito de Família a autonomia privada, que se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, principalmente no que diz respeito à ação dos cônjuges e conviventes, considerados individualmente como pessoas.

Como será abordada, essa autonomia, antes era muito limitada por um Estado interventor, porém, com a evolução do Direito Civil e sua constitucionalização, que gerou novas concepções - especialmente no que tange a aplicabilidade de direitos fundamentais - houve uma redução dessas limitações, que ainda existem, contudo, mais flexíveis.

Em regra, esses dois aspectos (proteção aos filhos e autonomia privada) caminham para uma convivência harmônica. Entretanto, esses pilares podem entrar em conflito visto que algumas situações podem gerar complexidade e ainda são pouco disciplinadas pelo ordenamento atual, como a reprodução assistida.

Com os avanços da Medicina, práticas como reprodução medicamente assistida tornam-se cada vez mais frequentes, porém, é evidente que o atual ordenamento jurídico é tímido ao tratar dos procedimentos desse tipo de reprodução humana.

Ao tratar desse tema de maneira superficial, muitas situações complexas que envolvem tal procedimento podem gerar uma zona de penumbra, causando, então, certa insegurança jurídica.

Existem grandes discussões éticas que envolvem o tema, como por exemplo: número de embriões que devem ser transferidos à mãe, destino dos embriões excedentários, estabelecimento das relações parentais e sucessórias, o direito de acesso das mulheres solteiras e dos homossexuais às técnicas de reprodução assistida, reprodução assistida *post mortem*, entre tantas outras existentes e que podem existir.

Uma das principais polêmicas que paira acerca do presente assunto é quanto ao consentimento das partes na reprodução assistida, principalmente do cônjuge ou companheiro.

O atual Código não é claro quanto ao rigor desse consentimento, deixando dúvidas em situações como as dos embriões excedentes na reprodução homóloga, na morte do cônjuge ou companheiro, no caso de separação, ou até mesmo de uma possível desistência no curso do procedimento.

Tem destaque especial no presente trabalho, a relação do consentimento do companheiro para que ocorra o procedimento de reprodução assistida, mostrando o seu valor jurídico e a necessidade de maior amparo legal, visto que as possibilidades de violação à boa-fé, não seriam esperadas nesses procedimentos.

Muitas dessas situações podem trazer um desequilíbrio entre a proteção aos filhos, disciplinados constitucionalmente, e a autonomia privada.

Diante disso, a possibilidade de retratação na reprodução assistida é algo a ser discutido, questiona-se, inclusive, em que medida a autonomia privada pode ser limitada por conta da proteção especial dedicada aos filhos, tendo como base para tal indagação a ideia do planejamento familiar, Direito de Família mínimo, autonomia privada, e ponderando questões éticas, morais e personalíssimas envolvidas.

Inicialmente, serão vistos os principais princípios que envolvem o tema: dignidade da pessoa humana, autonomia privada e suas diversas vertentes e planejamento familiar.

A análise acerca desses princípios mostra-se necessária uma vez que todas as discussões perpassam por seus conceitos e pela compreensão destes.

A dignidade da pessoa humana é o maior e o mais fundamental princípio disposto na Constituição Federal, uma vez que ele é orientador dos demais princípios. A autonomia privada é essencial para a apreensão do tema, principalmente a sua atuação no âmbito familiar, e um dos aspectos fundamentais no Direito de Família mínimo.

Ao entrar no âmbito da Reprodução Assistida, alguns conceitos técnicos serão apresentados, bem como seu Regulamento, comparação com a normatividade de alguns países ao tratar sobre o tema, com o intuito de identificar lacunas do nosso

ordenamento e avanços. No mesmo capítulo, também será compreendido o reflexo da reprodução medicamente assistida na filiação, tomando como base as novas experiências sociais e as características da família na contemporaneidade: dinâmica, plural e multifacetada.

Ao tratar da filiação decorrente de técnicas de reprodução assistida, serão avaliados os elementos da vontade, do risco e da possibilidade de uma possível decisão unilateral para que se realize a fecundação artificial, resultando no estabelecimento “forçado” da paternidade por fatores biológicos e suas eventuais consequências.

Ao final do capítulo, adentra-se na seara do consentimento para a realização da reprodução assistida e sua importância, bem como seu tratamento e formas de exigência. Para contextualizar, ilustra-se o texto com algumas situações em que o consentimento pode ser relativizado ou violado, o que poderá surgir um aparente conflito.

Ademais, também é de suma importância para o presente trabalho, a demonstração do desenvolvimento do Direito de Família Mínimo, que se revela cada vez mais crescente face à realidade contemporânea.

Será demonstrada a importância da aplicação do preceito básico do Direito de Família Mínimo – intervenção mínima do Estado - no que tange os processos de reprodução (medicamente) e de que maneira as situações pouco conhecidas somadas à obscuridade do nosso ordenamento, podem mitigar a autonomia privada das partes envolvidas no processo.

Após a abordagem de conceitos, exposição de discussões existentes e apresentação de algumas situações incertas, que podem gerar conflito entre alguns institutos, o trabalho irá aprofundar subjetivamente o tema ao abordar, de um lado, os preceitos do *venire contra factum proprium*, que podem ser aplicados no âmbito familiar e, principalmente, no que tange as expectativas criadas em relação à técnica de reprodução humana em questão, e do outro, o exercício da autonomia privada.

## 2 PRINCÍPIOS

### 2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PONDERAÇÃO COM OUTROS VALORES

Com o passar dos anos, concretizou-se o entendimento de que a pessoa humana é dotada de dignidade, o que a distinguiria da coisa, por isso não ser valorado patrimonialmente. Na visão de Immanuel Kant (2003, p.29), a dignidade seria um princípio moral, segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não um meio para que se chegue a um destino diferente dele mesmo. Ou seja, seria um valor intrínseco à pessoa humana, o que a distinguiria dos demais seres vivos e da coisa.

Desse valor intrínseco de cada pessoa humana, ou seja, da dignidade, decorreriam os direitos fundamentais à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica, e ainda, a capacidade de se autodeterminar, através de valorações morais próprias e escolhas existenciais independentes de imposições externas.

Para entender o conceito de dignidade da pessoa humana, se faz necessário a compreensão de que não se trata de um conceito taxativo, definitivo.

Trata-se de um conceito variável, conquistado ao longo dos anos e que vem sendo aperfeiçoado pela humanidade, possuindo alguns exemplos para que sejam observados, conforme dispõe e complementa a autora Roxana Borges (2007, p.19), “a dignidade não é um dado objetivo, mas um conceito que só pode ser apreendido a partir de uma pessoa concretamente considerada”.

Existem alguns momentos na história que ao serem mencionados, deixam claro a evolução do pensamento da humanidade que irá moldar o entendimento acerca do que seria a dignidade da pessoa humana.

Um dos momentos de maior relevância para a concretização dos direitos da pessoa humana se dá, em particular, após o término da Segunda Guerra Mundial, como reação às atrocidades cometidas pelo nazi-facismo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, pelas Nações Unidas.

Em relação ao Brasil, o entendimento de dignidade da pessoa humana se concretiza, realmente, com a Constituição Democrática de 1988, após o país ter passado por mais de duas décadas de ditadura militar. Essa Constituição atribui à dignidade da pessoa humana um valor supremo de alicerce da ordem jurídica.

É possível afirmar que como advento da Constituição de 1988, surge o fenômeno da *constitucionalização do Direito Civil*, com a sujeição das normas e institutos aos princípios e regras que incidiram diretamente nas relações privadas (CUNHA JR, 2008, p.56), colabora com tal entendimento o próprio conceito de *constitucionalismo* que, conforme Luís Roberto Barroso (2013, p.2), “significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais”.

Após o Direito Civil ganhar em sua essência uma regulamentação fundamental em sede constitucional (obrigação de respeitar os preceitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente), ocorre um deslocamento da preocupação central desse Direito, que não mais se opera voltado tanto para o indivíduo, mas para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes. Dessa forma, o Direito Civil determinou novas formas em seu contorno, observando os preceitos de uma Constituição voltada para a cidadania (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 67).

Os valores constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, contemplados pela nova Constituição, foram de grande importância para a mudança do Direito Civil contemporâneo, não só por estabelecer limites necessários nas relações privadas, mas por revitalizar e dar maior eficiência aos institutos fundamentais desse Direito, como por exemplo, *a função social da propriedade privada*.

Importante salientar, que esses novos preceitos abarcados pelo Direito Civil, alcançam não só os elementos patrimoniais, como também existenciais, a partir do momento que se volta a promoção da dignidade da pessoa humana - como acontecem nas relações familiares, que também assume uma função social, conforme será visto adiante.

A dignidade da pessoa humana está expressamente prevista na Constituição Federal em seu art.1º, inciso III<sup>1</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 85), de

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

maneira muito feliz, entende que o substrato da dignidade pode ser desdobrado em postulados, da seguinte forma:

[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São Corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica-, da liberdade e da solidariedade [...]

Desse modo, revela-se a dignidade da pessoa humana um princípio, uma norma do dever-ser, com caráter jurídico vinculante, passando a ter caráter obrigatório, e, estando ele disposto como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas, sendo um instrumento necessário para o exercício de diversas categorias do direito.

A Jurisprudência brasileira, inclusive, já vem dando a aplicação concreta ao princípio da dignidade da pessoa humana, procurando interpretar as normas à luz deste preceito basilar, conforme segue ilustrativamente:

A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana. (STJ. PRIMEIRA TURMA. Relator Ministro Luiz Fux. RMS 24197 / PR. DJe 24/08/2010)

Trata-se de um valor moral intrínseco ao ser humano, cujo preceito foi conquistado e entendido pela humanidade ao longo dos anos, paulatinamente.

Hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana é norteador da vida em sociedade e de tantos outros princípios e normas que integram a atual Constituição Federal. Como se percebe, é um dos mais importantes princípios fundamentais e garantidos constitucionalmente.

O referido princípio tem como principal função nortear a vida social e atuação do Estado, servindo como uma garantia do mínimo existencial.

---

I - a soberania;

II - a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana; [...]

Como dispõe Roxana Borges (2007, p.15-16), a partir do momento em que a dignidade da pessoa humana torna-se explicitamente uma norma de dever-ser, com caráter jurídico vinculante, sua força axiológica passa a ter caráter obrigatório e será adquirida pela simples condição de humano sendo este seu pressuposto, inclusive, independentemente do nascimento com vida.

Outro aspecto importante é que, além da dignidade da pessoa humana representar um limite para a atuação do Estado, devendo ele se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, deve o Estado promover atos através de condutas ativas para garantir o mínimo existencial para cada indivíduo em seu território (DIAS, 2011, p.63).

Sendo fundamento máximo do Estado Democrático de Direito, com relação ao Direito das Famílias, seu alcance não poderia ser diferente, logo, o princípio da dignidade da pessoa humana, também em relação a tal direito, está presente em todos os âmbitos e situações acerca destes, não podendo deixar de ser referenciado.

Nesse sentido, completa ainda o que dispõe os autores Cristiano Chaves de Farias (2002, p.63) no tocante ao reconhecimento da necessidade de proteção da família, visto a importância que ela tem hoje para o próprio desenvolvimento da dignidade das pessoas, tratando-se de um “*locus* privilegiado, o ambiente propício (para,) para o desenvolvimento da personalidade humana”.

Contextualizando o presente trabalho, a evolução da Biotecnologia traz a possibilidade de utilização de partes do corpo humano, sendo uma das disposições utilizadas como recursos genéticos (como é o caso da Reprodução Assistida). Inúmeras questões que decorrem desse avanço científico podem colocar determinados interesses diretamente em confronto com a dignidade da pessoa humana. (GAMA, 2003, p.127).

Assim, tem-se a figura do Biodireito, que se preocupa em elaborar, através de indicativos teóricos e subsídios da experiência universal, a melhor legislação sobre essas novas técnicas científicas, buscando proteger a dignidade da pessoa humana. Porém, essa nova legislação ainda não surgiu, cabendo ao Biodireito direcionar a hermenêutica jurídica para a promoção da vida (ALMEIDA, 2009, p.12).

Vale ainda ressaltar, que apesar da dignidade da pessoa humana não poder ser

sacrificada nem violada, em casos extremos, quanto aos direitos ditos como fundamentais de duas pessoas diferentes é colocada em confronto, não há como negar a possibilidade da relativização de um destes, conforme um juízo de valor analisado perante o caso concreto, buscando exatamente a igual dignidade de todos os seres humanos.

Tal relativização encontra amparo nas técnicas de ponderação de interesse, visto que a técnica clássica de subsunção (a premissa maior, que é a norma, incide sobre a premissa menor, que é o fato cotidiano, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma no caso concreto), não se mostra suficiente para lidar com situações que envolvem direitos fundamentais em conflito (FARIAS / ROSENVALD, 2012, p. 86).

Logo, a ponderação de interesses, se revela necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre, pelo menos, dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto, em que não seja possível harmonizá-la.

Segundo Daniel Sarmiento (2003, p. 100), a ponderação de interesses será feita à luz do caso concreto, quando colididos os princípios constitucionalmente estabelecidos, e então, serão impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos de modo que as limitações só serão impostas para salvaguardar os respectivos princípios, devendo haver proporcionalidade nestas, observando o peso específico atribuído ao princípio que se tutela.

Essas ponderações devem respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, servindo o direito da dignidade da pessoa humana como baliza fundamental e criterioso material para a ponderação dos interesses conflitantes. Porém a dignidade da pessoa humana, apesar de ser um direito constitucionalmente disposto, por ser um fim em si mesmo, não se sujeita à ponderação.

Para ilustrar a aplicação da técnica de ponderação de interesses, segue o que recentemente decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao contrapor os direitos fundamentais da liberdade de imprensa *versus* o direito à intimidade:

INDENIZATÓRIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM PERIÓDICO DA RÉ. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA X DIREITO À INTIMIDADE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. REPORTAGEM QUE NARRA OS FATOS DE ACORDO COM INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA PRÓPRIA POLÍCIA. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. - Tratando-se a hipótese de colisão de direitos



fundamentais e na impossibilidade de se aplicar a clássica regra da subsunção da norma, por não haver hierarquia entre as mesmas (liberdade de expressão x intimidade), o intérprete deve aplicar a ponderação de interesses, utilizando-se do recurso da técnica da argumentação. - A conferência Nórdica deixou consignado que o exercício dessas liberdades - direito de informação - é de interesse público, tornando-se inevitável, em vários momentos, o conflito entre o interesse da sociedade no seu exercício e o interesse do indivíduo em viver sua vida privada sem ser molestado. - É cediço que configura dano moral a divulgação de matéria jornalística com viés pejorativo, ofensivo à honra e à imagem da pessoa alvejada, independentemente da prova objetiva do abalo a sua honra e a sua reputação, porquanto são presumidas as consequências danosas resultantes desse fato. Nesse diapasão, há de se salientar que, no presente caso, não houve ofensa à honra dos demandantes, tampouco violação ao dever de comunicação responsável, haja vista que a parte ré pautou seu escrito de acordo com informações prestadas pela própria polícia. - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (TJ-RJ - APELAÇÃO : APL 00067165520118190001 RJ 0006716-55.2011.8.19.0001)

Percebe-se, portanto, que a ponderação de interesses é uma técnica que irá estabelecer um peso relativo para cada princípio contraposto e que, à luz do caso concreto, irá realizar concessões recíprocas com base na razoabilidade, buscando a minimização do prejuízo do princípio relativizado e a obtenção de um resultado socialmente aceitável (SANTOS, 2005, p. 356-358).

Além disso, como complemento do entendimento expressado acima, cabe aqui a perspectiva de que os direitos invioláveis não se exaurem nos direitos tipificados na Constituição. Permite-se que a jurisprudência reconheça direitos que não estão mencionados em lei, como garantia, inclusive, dos direitos expressos nela (BARTOLOMEI *apud* BORGES, 2007, p.15).

Partindo do entendimento de que os problemas da atualidade, polêmicos e controversos, que permeiam o Direito Civil e a ordem jurídica em si, reclamam solução a partir dos princípios constitucionais e da valorização existencial da pessoa humana, de modo que irá a dignidade da pessoa humana nortear todos esses conflitos.

Importante destacar que deve se ter o devido cuidado perante as dificuldades de formulação ontológica da dignidade da pessoa humana somada a seu uso prático, como se as noções de dignidade fossem facilmente alcançáveis, pois, disto pode resultar o uso indevido deste princípio, muitas vezes utilizado como “mero instrumento retórico para fundamentar decisões até mesmo contraditórias” (REQUIÃO, 2014, p. 16).

Por fim, é possível concluir que só se pode chegar ao real conteúdo de dignidade da pessoa humana, perante o sujeito concreto e não de uma abstração, visto que não existe ser humano abstrato. Ou seja, a dignidade será aferida ao passar pela consideração das circunstâncias sociais e pelo sentimento de dignidade de cada indivíduo a respeito dele próprio.

## 2.2 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar, conforme será demonstrado, está estritamente ligado ao exercício da autonomia privada. Essa concepção, dentre muitas outras que serão apresentadas, foi desenvolvida e reconhecida conforme a evolução do pensamento social, coadunado com o desenvolvimento científico e com as novas concepções de família.

Especialmente na metade de século XX, com a reivindicação feminina ao direito de acesso à cidadania política e social, também surgiram questionamentos no que tange à reprodução humana, como por exemplo, temas relacionados ao aborto, concepção e contracepção somados às ideias novas de pregação de prática da liberdade sexual da mulher e surgimento da pílula anticoncepcional.

Com a explosão do pensamento de que a mulher é titular de direitos próprios e com a ideia de que os riscos e os custos da procriação acontecem em seus corpos, a autonomia reprodutiva, de certa forma, também assegura a própria autonomia na mulher, quando pensado que durante tempos perdurou o pensamento de que a proteção ao nascituro e a constituição e a estabilidade familiar (no contexto de uma visão matrimonializada e sacralizada de família), estão acima de tudo, e os direitos da mulher, da família e da criança viviam em uma situação direta de dependência, fulminando, muitas vezes, o direito da mulher de dispor de seu próprio corpo e de seus atos.

Com isso, os direitos ligados à sexualidade e reprodução humana, fortalecem os preceitos e o conteúdo da autonomia reprodutiva, que é igualmente identificado com o direito ao planejamento familiar (ALMEIDA JR, 2013, p. 287).

Junto a essas mudanças de pensamento, a sociedade brasileira também vivia uma

onda de crescentes fenômenos sociais e econômicos, característicos do seu subdesenvolvimento, especialmente no que diz respeito à prole numerosa por parte de famílias pobres que geravam inúmeros problemas: “aumento da pobreza, crescimento da miséria em números alarmantes, degradação cada vez maior do nível de vida dessas famílias, a marginalização, efeitos prejudiciais com a crescente criminalidade e impacto nas finanças públicas” (GAMA, 2003, p. 443).

Logo, trata-se o tema envolto no planejamento familiar, de algo recente, sendo objeto de preocupação dos governos na maioria dos países ocidentais, considerando, entretanto, as peculiaridades de cada país.

No Brasil, tal princípio está disposto na Constituição Federal, em seu art.226, §7<sup>o</sup>:

Para desenvolver o conteúdo da referida norma constitucional é importante, ainda, citar o que dispõe a Lei nº 9.263/96<sup>3</sup>.

Como se percebe, o legislador busca alcançar o problema da limitação da natalidade, baseando-se na paternidade responsável, que, inclusive, coaduna com os embasamentos do direito internacional.

Ou seja, busca o legislador brasileiro, evitar formação de núcleos familiares que não possam se sustentar ou sem condições de manutenção. Porém, é proibida qualquer forma de coerção do Estado para tanto, devendo ser de livre escolha dos companheiros (FARIAS; ROSENVALD; 2013, p.135).

Pode ser ainda percebido que o planejamento familiar exige prévia educação e informação aos cidadãos quanto as opções de mecanismo de controle de fecundidade, estando nitidamente ligado à aspectos políticos, econômicos, sociais e familiares. Partindo desta devida informação, no que diz respeito à postura reprodutiva, se tem a possibilidade de que as pessoas assimilem a concepção de

---

<sup>2</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§7<sup>o</sup>. 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.

<sup>3</sup> Art.2<sup>o</sup>. Para fins desta Lei, entende-se 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. [...]

Art.4<sup>o</sup>. O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

que cabe a elas, na sua privacidade, a livre decisão quanto ao número de filhos e espaçamento entre eles (GAMA, 2003, p.444).

Compreender o planejamento familiar como algo voltado apenas para o controle de natalidade revela-se superficial, na medida em que esse controle está ligado a aspectos políticos e econômicos, ou seja, a interesses alheios as partes realmente envolvidas, sendo muito vazio considerá-lo apenas sob tal aspecto. O planejamento familiar, como sendo um exercício da autonomia das partes, deve levar em consideração os aspectos culturais e a qualidade educacional para que ocorra a efetiva compreensão e os benefícios que o planejamento adequado irá trazer.

Trata, ainda, a ideia do planejamento familiar, na liberdade de constituir família, sendo um dos melhores exemplos da autonomia privada no Direito de Família, onde o indivíduo possui o direito de escolher que espécie de família quer formar (ALVES, 2010, p.152).

Existe algo subjetivo nessa perspectiva, visto que a liberdade integra também o alcance da felicidade humana e a busca do bem-estar de cada um.

Vale ainda ressaltar que a intenção do planejamento familiar não é restrita às pessoas casadas, como foi no Código Civil de 2002.

Todavia, as regulamentações<sup>4</sup> não contemplaram alguns efeitos advindos do exercício desse direito, permanecendo algumas situações ainda nebulosas, principalmente perante as novas maneiras de se constituir família (ALMEIDA Jr, 2013, p. 295-296).

Pode-se até afirmar que a procriação seria uma extensão dos direitos da personalidade (direito à vida, ao nome, à própria imagem), sendo a capacidade de autodeterminação da mulher, do homem e de ambos como conviventes. A questão se dá quantos aos limites dessa procriação e o que a limita. O problema aumenta

---

<sup>4</sup> Código Civil Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Lei nº 9.263/96 Art.2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ao aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Art.4º. O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

quando se está diante de técnicas de reprodução assistida (SOUZA, 2009, p. 480).

Como já visto, o princípio da paternidade responsável é um dos norteadores do direito do planejamento familiar e possui como consequência, a assunção de responsabilidades em relação ao projeto reprodutivo, visando assegurar os direitos de uma futura criança, cuidando, inclusive, das condições de afeto e cuidado.

Consiste o princípio da paternidade responsável, na responsabilidade que envolve ter um filho, desde a sua concepção até o acompanhamento e desenvolvimento da vida desse filho, observando assim o mandamento do artigo 227 da Constituição, que nada mais é do que uma garantia fundamental<sup>5</sup>.

Logo, é possível perceber que tal princípio objetiva um planejamento familiar responsável e racional, na medida em que irá visar criar condições para que um filho se desenvolva de maneira saudável (em todos os aspectos), e desenvolva a sua personalidade, também em todos os sentidos.

O princípio da paternidade responsável também abrange a reprodução assistida, visto que, em regra, o consentimento do cônjuge ou companheiro gera para o indivíduo, a responsabilidade parental e o estado jurídico de pai, gerando repercussão direta na filiação, tema que será tratado mais adiante.

O planejamento familiar relaciona-se ainda com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que considera como direito fundamental da pessoa ter a opção de formar família, de viver em família, de resguardar os direitos do filho proveniente de uma constituição familiar, buscando preservar sua futura dignidade.

Apesar do avanço constitucional em reconhecer a necessidade da existência do planejamento familiar, a primeira crítica que pode ser feita é que o exercício desse direito não foi contemplado nem esclarecido no que diz respeito a outros arranjos familiares, como por exemplo: a elegibilidade de mulheres e homens solteiros à reprodução assistida e, por consequência, a formação de famílias monoparentais programadas, pois, como se pode ver no artigo, está sujeita à “livre decisão do casal”, ou seja, exigindo-se, ainda, a conjugalidade de pessoas.

---

<sup>5</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Espera-se que, nos termos de um Estado laico, seja assegurado a todos o direito fundamental de desfrutar dos avanços científicos, tomando como base as escolhas morais, respeitando o direito à liberdade religiosa, preservando a autonomia e autodeterminação, e, principalmente, observando a responsabilidade ética e integridade moral de realizá-las (PIOVESAN; RUSSO JÚNIOR, 2004, p. 15).

Coaduna com esse entendimento a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que dá provimento a apelação cível, para que o Estado garanta o acesso aos medicamentos necessários ao tratamento para fertilização *in vitro* como observância do princípio do planejamento familiar, dignidade da pessoa humana, direito à vida, saúde e de ser feliz, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FERTILIZACAO IN VITRO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO/TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO À FAMÍLIA. DIREITO DE SER FELIZ. É dever do Estado garantir o planejamento familiar, seja através de métodos contraceptivos, como conceptivos. Art. 226, § 7º, da CRFB/88. Art. 294, da CERJ. Lei nº. 9.263/96. Pretensão de obter medicamentos necessários ao tratamento para fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. Não obstante a existência de outras formas para se ter um filho, como a adoção, por exemplo, não é possível privar a cidadã hipossuficiente de gerar um filho em seu ventre, já que a infertilidade e o impedimento de conceber um filho pela via natural pode acarretar abalo na saúde psicológica da autora, cabendo ao Estado garantir, assim, a saúde dos seus administrados. A premissa de que não implica em risco à saúde o fato de não poder ter filho não se sustenta, mormente porque o Conselho Federal de Medicina reconhece a infertilidade como uma patologia, que pode ter consequências psicológicas e psiquiátricas, inclusive. Dever constitucional do Estado é garantir a todos o direito à vida digna, à família e a ser feliz. Princípio da reserva do possível que não deve ser aplicado ao caso. Preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana. Reforma da sentença. Provimento do recurso.

(TJ-RJ - APL: 00360682420128190001 RJ 0036068-24.2012.8.19.0001, Relator: DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA, Data de Julgamento: 19/02/2014, SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/04/2014 00:00)

Percebe-se que a participação do Estado no princípio do planejamento familiar, deve ser para garantir a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a garantia ao acesso aos meios contraceptivos e conceptivos para que os indivíduos tenham possibilidade de exercer a autonomia necessária para o planejamento familiar. Não devendo o Estado intervir no exercício da decisão e da vontade decorrente desse princípio.

Essa ideia do planejamento familiar, sem coerção do Estado, mostra-se muitas

vezes violada perante outros interesses constitucionais e perante situações ainda pouco disciplinadas como, por exemplo, a autonomia privada perante a possibilidade de retratação da reprodução assistida e possível violação de consentimento.

### 2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Para a compreensão do presente trabalho, é necessário um estudo e uma análise acerca da autonomia privada, passando por seu conceito, sua evolução perante os novos conceitos estabelecidos pela humanidade e sua relação com outros preceitos, também fundamentais.

De fato, é indispensável no estudo de Direito de Família a compreensão do princípio da autonomia privada, sendo este, basilar para o entendimento das relações privadas.

Os princípios indicam um agir individual, determinados valores ligados a um comportamento ético, justo e moralmente correto, ligados também ao respeito às demais pessoas.

A autonomia privada pode ser entendida como um princípio exatamente por ser um indicativo fundamental, quando entendida a autonomia como um dos conteúdos da dignidade da pessoa humana, de modo que a pessoa tenha a possibilidade de regular suas ações por si mesma, ou seja, de se autodeterminar, contando com a proteção do ordenamento jurídico <sup>6</sup>.

#### 2.3.1 Conceito e caracterização da autonomia privada

Trata-se de uma correspondência à efetivação de negócio jurídico, em vias gerais, seria a autonomia privada um poder atribuído a cada indivíduo pelo próprio ordenamento jurídico, para que este possa gerir as suas próprias relações específicas de sua vida, sendo para alguns autores, um sinônimo de poder de disposição ou o ordenamento das relações jurídicas por particulares (BORGES,

---

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: uma agenda para os próximos dez anos. Cit. 3.

2009, p.48).

Para uma definição técnica da palavra, autonomia, no dicionário, significa: “1. *Faculdade de se governar por si mesmo.* 2. *Direito ou faculdade que tem uma nação de se reger por leis próprias*” (AURÉLIO, 1993, p. 57), o que demonstra a liberdade de tomar decisões de cada indivíduo, regendo por si mesmo a sua vida privada, ou seja, algo subjetivo, psíquico, podendo se caracterizar como elemento suficiente para o nascimento de relações jurídicas travadas por particulares.

Nesse sentido, pode-se perceber que o ordenamento, ao atribuir poder ao indivíduo, este se torna apto a estabelecer por si mesmo, em situações específicas de sua vida, condutas e regras.

Logo, sendo um dos princípios fundamentais da constituição, as pessoas podem com autonomia, criar, extinguir ou modificar situações jurídicas ou pertinentes à sua vida privada.

Outra observação pertinente é a diferença entre autonomia jurídica individual e autonomia privada. Para a autora Roxana Borges (BORGES, 2009, p. 47), a autonomia jurídica seria, em sentido amplo, a faculdade de cada indivíduo de atuar licitamente (ausência de proibição), enquanto que a autonomia privada seria a liberdade negocial.

Porém, não trata a autonomia privada apenas de negócios patrimoniais ou econômicos. Esta possui um caráter subjetivo, envolvendo a vontade, algo por si só subjetivo e que traça tantas relações jurídicas.

Portanto, os atos da autonomia privada, normalmente estão relacionados com os direitos da personalidade (como o que ocorre na doação de sangue, de material genético, etc.).

Outra distinção que se mostra de suma importância para a caracterização, estudo e definição de autonomia privada, é em relação à autonomia da vontade que, por muitas vezes e durante muito tempo, são confundidas por estarem intimamente ligadas.

A palavra “vontade” tem sua origem no latim, expressada pela palavra “voluntas”, que significa desejo, ato de querer (HOUAISS, 2001, p. 2882), sendo a força interior que impulsiona o indivíduo a atingir o fim desejado, a representação do querer do



homem, que exercita a sua faculdade para se atingir um fim, ou um valor.

Levando em consideração o aspecto histórico, o elemento *vontade* teve seu ápice na revolução francesa, com forte influência do pensamento de Kant e Rousseau, que sustentavam seus preceitos filosóficos na liberdade e no individualismo, e dessa maneira a vontade se torna a expressão da vontade humana, como a ideia de que ninguém poderia obrigar-se senão por sua vontade livre e espontânea. Dessa forma, a vontade livre e a fé na palavra dada eram suficientes para que as convenções legais formadas entre as partes tivessem força de lei<sup>7</sup>.

A *vontade*, então, ajudou de forma fundamental na formação do liberalismo econômico, na medida em que a intervenção do Estado deveria ser mínima nas relações privadas econômicas, estando centralizada a vontade das partes na formação do negócio.

Porém, esse império absoluto da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal, teve sua crítica acentuada durante o século XX, revelando que “a liberdade e a igualdade, ideias do modelo humano abstrato que os fundamentava, ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais” (CABRAL, 2004, p. 90). Descobre-se, portanto, que o excesso de individualismo e voluntarismo causava desequilíbrios contratuais.

A desigualdade material consiste no entendimento de que, para que se possa falar verdadeiramente em igualdade, é necessário considerar o indivíduo diante do caso concreto, ou seja, reconhecendo as suas desigualdades, aceitando o sujeito na sua individualidade (REQUIÃO, 2014, p.20).

Com a percepção de qual deve ser o verdadeiro sentido da igualdade, entrou em cena conceitos como: “ordem de interesses”, “autorregulamento” e “autonomia privada”, que delinearam o novo caráter do negócio jurídico, sendo essencialmente fundados na observação dos interesses socialmente relevantes, sem desconsiderar, entretanto, a vontade das partes negociantes. O que acontece é que tais negócios não mais seriam fundados exclusivamente em uma causa psíquica representada pela vontade.

A autonomia da vontade está relacionada à ideia de que a pura e simples

---

<sup>7</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 83-119, jul./set. 2004. p. 87- 88

declaração de vontade seria suficiente para constituir negócios jurídicos, sendo esse pensamento fruto de um Estado Liberal, cujos valores patrimonialistas e individualistas se sobrepunham aos demais e essa autonomia da vontade por si só já seria fonte de direitos (ALVES, 2010, p. 10).

Pode-se dizer, portanto, que a autonomia da vontade se expressa pela liberdade que tem o indivíduo de se reger por suas próprias leis, abrangendo elementos psicológicos (o querer interno) somados à exteriorização desta vontade (CABRAL, 2004, p. 92).

Diante desse contexto, a autonomia da vontade mostra-se, decerto, “perigosa”, uma vez que, por conta da valorização da suprema liberdade individual, esta era considerada onipresente e absoluta, desvinculada de qualquer limitação.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social e, atualmente, o Estado democrático de direito (que intervém no âmbito particular dos sujeitos de modo a tutelá-los) a autonomia privada ganha força, porém se contrapõe à autonomia da vontade no que tange às suas limitações, sem afastar o elemento subjetivo da vontade.

Como reação ao voluntarismo houve, portanto, uma evolução no sentido de uma funcionalização do negócio, deixando a liberdade do sujeito de ser a característica diferenciadora, mas sim, a função que esse contrato desempenha perante a sociedade e a aptidão para produzir seus efeitos. Contudo, não se trata a funcionalização exclusivamente como sendo a exteriorização do contrato em termos sociais, ainda são relevantes os efeitos individuais e internos de satisfação com o contrato (PRATA, p.23-24).

Ocorre que o exercício da autonomia privada não vem a ser irrestrito, fica condicionado a valores sociais, possuindo limitações na sua atuação como forma de proteger a esfera individual de terceiros, uma vez que a pessoa tem essa liberdade garantida constitucionalmente, realizando ações do qual o próprio indivíduo irá estabelecer o conteúdo.

No sentido de que a autonomia privada deve contemplar os limites fronteiriços, Leonardo Alves (2010, p. 12) completa o exposto com a seguinte afirmação:

a teoria da autonomia privada, rompendo com o paradigma da autonomia da vontade, advoga a tese de que, no âmbito negocial, a simples

declaração de vontade não é suficiente para constituir um negócio jurídico, ao contrário, é preciso ir muito mais além, para analisar se tal vontade foi exprimida em conformidade com o ordenamento jurídico, somente devendo ser considerada se atender aos requisitos de validade impostos por este (quanto à capacidade e legitimidade do sujeito, bem como à forma e ao conteúdo do negócio).

No novo contexto da qual decorre a autonomia privada, a legitimidade dos atos dessa autonomia passa a ser condicionada à observação de valores constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Nas palavras de Anderson Scheiber (2005, p.59), “é imposto o exercício de respeito à condição alheia, compreendida em sua integral amplitude, com atenção às suas expectativas, necessidades e fraquezas”.

Logo, percebe-se que na antiga perspectiva liberal, as relações jurídicas estabelecidas estavam voltadas para a vontade de quem pratica a conduta, enquanto que o enfoque solidarista, se estende também, e com importância, para o destinatário do ato ou aquele que sofre os reflexos desse ato.

O então ordenamento civil-constitucional visa que o contrato não seja algo tratado em abstrato, no sentido de servir somente a utilidade econômica proporcionada às partes contratantes, mas sim, que seja tratado de acordo com o caso concreto, cumprindo a sua função social (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.146).

Ao analisar a autonomia privada, percebe-se que está intrinsecamente ligada à análise de suas limitações, cabendo investigar, como se percebem as leis, a ordem pública, a moral e os bons costumes como fatores limitantes.

Vale ainda frisar que as limitações quanto à autonomia relacionadas ao poder de soberania do Estado não podem e não devem ser completamente rígidas, vez que estas estão expostas a contextos históricos, políticos e econômicos diversos, precisando acompanhar uma sociedade multidinâmica e plural que, a todo momento, surgem novas concepções e tecnologias cada vez mais avançadas, como é o caso da reprodução medicamente assistida.

### 2.3.2 Autonomia privada e direitos da personalidade

O desenvolvimento da personalidade foi incluído na Constituição como direito fundamental, unido ao princípio maior disposto na Constituição Federal que é a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, os direitos da personalidade são direitos de cúpula e sua abordagem faz-se necessária, uma vez que tais direitos possuem como objeto as projeções físicas e/ou psíquicas da pessoa, protegendo a sua essência e principais características, a fim de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da humanidade.

Esses direitos decorrem da personalidade humana, preservando o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, direito ao nome, dentre outros (PIOVESAN; RUSSO JR, 2004, p.14).

No tocante à evolução dos direitos da personalidade, estes surgiram perante um cenário que visava proteger o indivíduo contra as intervenções arbitrárias do Estado. Contudo, atualmente, com o aumento populacional das cidades, os avanços tecnológicos, o aumento da comunicação em massa, da evolução científica e tecnológica, os direitos da personalidade, que antes serviam para proteger o indivíduo das ações do Estado, passaram a proteger o sujeito contra a intervenção lesiva de outros particulares.

Com relação à violação dos direitos da personalidade, conforme previsto no artigo 12 do Código Civil de 2012<sup>8</sup>, podem ensejar o direito a perdas e danos quando ameaçados a lesão, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. Ou seja, tratando-se de direitos da personalidade, a lesão a qualquer das expressões, a ideia de pessoa para o direito provoca, por consequência jurídica, a necessidade de reparar os efeitos do ilícito cometido.

---

<sup>8</sup> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Como características gerais, a autora Roxana Borges (2010, p. 32-35), dispõe que são direitos extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritível, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários e vitalícios.

Dentre tais características, correlaciona-se diretamente com a autonomia privada, o fato desse direito ser absoluto, ou seja, oponíveis a terceiro (*erga omnes*), gerando para a toda coletividade o dever de abstenção, de não intervenção no direito da personalidade de outrem. Estando presente nesse aspecto o caráter subjetivo dos direitos da personalidade.

Além disso, a autonomia privada e os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados, uma vez que essa autonomia abrange as esferas individuais da pessoa, e o que são os direitos da personalidade se não conteúdo dessas esferas.

Como já visto, um dos direitos abarcados pelo direito da personalidade é o direito ao próprio corpo e, atualmente, revela-se sua análise de fundamental importância perante os avanços da biotecnologia e da discussão a respeito dos limites admissíveis de interferência do corpo da pessoa humana.

Um dos temas de maior complexidade da atualidade diz respeito aos desafios da revolução da biotecnologia, envolvendo debates éticos e morais que focam, sobretudo, o sentido e o alcance da vida e da morte; a reprodução sem sexo (tecnologia da reprodução assistida); sexo sem reprodução (pílulas anticoncepcionais), dentre outros, que relacionam biotecnologia e direitos da personalidade (no âmbito da disposição do próprio corpo) (PIOVESAN; RÔMULO Jr, 2004, p. 15).

Como será vista adiante, a doação genética perpassa pelo entendimento dos direitos à personalidade, bem como sua relação com a autonomia privada e limitações.

Em uma negociação sobre interesses não patrimoniais, os atos da autonomia envolvida se relacionam com o da dignidade da pessoa humana e, logicamente, aos direitos da personalidade. É o que ocorre, por exemplo, na atuação dessa autonomia sobre a reprodução assistida, doação de sangue, órgãos, maternidade de substituição (BORGES, 2001, p. 121).

### **2.3.3 Autonomia privada no Direito de Família**

A autonomia privada está ligada ao exercício pleno da liberdade da pessoa, é um dos princípios mais relevantes para o estudo do Direito Civil e é tão antigo quanto ele (ALVES, 2010, p. 1).

Sendo um princípio do Direito de Família, vem evoluindo de acordo com a dinâmica e necessidade da sociedade contemporânea. Claro, vale ressaltar que ninguém é completamente livre ou com total autonomia, não se trata de um poder sem limites.

A evolução da atuação e do reconhecimento da autonomia privada no âmbito das relações familiares progrediu juntamente com um processo histórico e político da sociedade.

Para exemplificar isso, a melhor visualização desse processo evolutivo está no surgimento e no objetivo do Estado Social de Direito, que nasceu para corrigir as distorções provocadas pelo Liberalismo, visando permitir a fruição de todos aqueles direitos fundamentais ditos de primeira dimensão, especialmente a liberdade.

Na visão de Leonardo Alves (2010, p. 61-64), o Estado Social não rompeu com os paradigmas do Estado Liberal, apenas amenizou uma luta de classes e as distorções provocadas pelo Liberalismo, consagrando os direitos sociais de segunda dimensão e, inclusive, intervindo com mais frequência na vida do cidadão, aumentando a edição de normas públicas, cogentes, trazendo, por consequência, uma barreira ao exercício da autonomia privada.

O cenário passou a mudar como o surgimento do Estado Democrático de Direito que emergiu para atender as necessidades de uma sociedade complexa e dinâmica e, principalmente, as explosões do avanço tecnológico e científico. Esse novo Estado visava, através da democracia, romper definitivamente com todos os valores injustos e individualistas propostos pelo Liberalismo e que seriam responsáveis pelas desigualdades sociais.

Além disso, outra importante característica do Estado Democrático de Direito é a “sua função de promover com máxima efetividade e de forma imediata os direitos fundamentais do indivíduo” (ALVES, 2010, p. 81), utilizando do princípio democrático

como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, permite-se concluir que sendo a Democracia o principal instrumento para se atingir a igualdade social, para concretamente garantir aos cidadãos os seus direitos fundamentais, direitos voltados à dignidade da pessoa humana, se quer dizer que o Estado, ao consertar as distorções anteriores, irá permitir que o indivíduo, sozinho, com suas livres escolhas, tenha condições e não dependa de ninguém para o alcance de suas satisfações pessoais e obtenção de sua dignidade, sendo isso, o exercício, de forma plena, de sua autonomia privada.

Com o reconhecimento da importância da preservação da dignidade da pessoa humana, concretizada com a Constituição Federal de 1988, essa autonomia, que antes era bastante limitada por um Estado interventor, passou a ser mais flexível.

Podese constado que ao se afirmar que o objetivo do Estado Democrático de direito é a transformação da realidade social, e esta advém da efetivação dos direitos fundamentais, corrigindo modelos anteriores que não permitiam que estes fossem abarcados, se quer dizer que o maior objetivo é que cada indivíduo possa exercer sua autonomia privada, de maneira que não existam dependências para sua satisfação pessoal e alcance da sua dignidade (MADALENO, 2013, p. 93).

Em relação ao Direito de Família, o Estado sempre teve uma preocupação muito grande em disciplinar a unidade familiar, em alguns momentos por entender a família como fonte de riqueza, em outros, já compreendendo como uma das formas de preservação da própria dignidade da pessoa humana. Entretanto, como tudo em excesso tende a ter malefícios, limitar demasiadamente a autonomia privada no âmbito familiar pode causar exatamente o inverso do que se espera em relação a essa proteção.

Como será vista adiante, a concepção de família também teve uma evolução do decorrer da história, transitando de um instituto fechado e individualista para ser compreendida como uma comunidade de afeto e solidariedade, sendo um dos principais locais para a realização da dignidade da pessoa humana e um terreno propício para a aplicação da autonomia privada.

Sobre esse aspecto, vale desatacar o que preconizam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p.157), no sentido de que o Direito de Família, atualmente, seria a mais pura relação jurídica privada, submetida ao exercício da autonomia para

assegurar garantias mínimas.

Nesse ponto, vislumbra-se um alívio nas amarras muitas vezes impostas pelo Estado, podendo a sociedade contemporânea pautar-se por sua liberdade de escolha, claro, com os eventuais limites que servem justamente para garantir a liberdade individual.

Conclui Rolf Madaleno (2013, p.93) que é crescente a liberdade de ação dos cônjuges e conviventes, tratando-os individualmente como pessoas, sem que se afastem dos fundamentos basilares do núcleo familiar e que sempre pode haver ponderação entre os princípios, podendo ser judicialmente resolvido sempre que surgir algum conflito que não possa ser conciliado entre o indivíduo e sua célula familiar.

Diante do exposto, é possível concluir que se caminha para uma evolução da autonomia privada no âmbito familiar, em que o Estado tende a abrandar cada vez mais os limites a ela impostos, conforme, inclusive, se vislumbra na própria Constituição Federal, no já citado art. 226.

Porém, apesar do avanço das novas relações e concepções familiares, muitas situações são complexas e geram dúvidas, podendo causar um retrocesso deste, em face da insegurança de como lidar com tais situações.

É reconhecível que o exercício da autonomia privada é entendido como de fundamental importância nas relações familiares e essa compreensão foi conquistada ao longo do tempo. Ocorre que, atualmente, a mitigação desse exercício no âmbito familiar pode ocorrer não necessariamente vinculada a alguma arbitrariedade estatal, mas por mero desconhecimento de novas situações e lacunas jurídicas, como serão vistas adiante.



### 3 INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Ao traçar um breve esboço histórico, é possível perceber a evolução dos conceitos de família no tempo, a forma como evolui sua disciplina no ordenamento jurídico e as diversas formas de intervenção do Estado no âmbito familiar.

A família do Código Civil de 1916 se caracterizava por uma entidade hierarquizada, matrimonializada (só se admitia a formação da família pelo casamento), heteroparental, biológica com uma unidade de reprodução e produção bem como possuía um caráter institucional (CHAVES C; ROSENVALD N, 2013, p.49).

Neste contexto, havia definição de família como entidade produtora de riqueza, onde a felicidade pessoal de seus componentes não era elemento fundamental. O Estado então tomava para si o regulamento das relações provenientes dessa entidade, impondo normas de ordem pública, cogente, afastando quase por completo a autonomia privada. Quase, porque as situações explicitamente patrimoniais, como por exemplo, a liberdade de escolha do regime matrimonial de bens não era ceifada, revelando-se mais um exemplo do cunho material que tinha a concepção da família e que o Estado resguardava calorosamente, (ALVES, 2010, p.2)

Ao decorrer do século XX, algumas características foram mitigadas, porém a essência do modelo citado pairava. Contudo, este foi totalmente superado com a Constituição Federal de 1988, que consagrou direitos fundamentais norteadores de ordenamento, tais como: a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial, solidariedade social, etc.

A família passou, então, com suas novas concepções, a ser protegida pela segurança nacional, sendo ela democrática, igualitária e plural, tendo como modelo de vivência a socioafetividade.

Além dos direitos fundamentais já citados, outros se constituíram e se consolidaram nessa nova concepção, a exemplo: do princípio da paternidade responsável, do planejamento familiar e da proibição do retrocesso social (ALVES, 2010, p.112).

Com o advento desses princípios, em especial o da dignidade da pessoa humana, o homem que antes (no Código Civil de 1916, por exemplo) era tratado como objeto de direito, uma vez que a propriedade e a riqueza eram muito importantes, passou a

se ter o entendimento de que a felicidade de uma pessoa só pode ser alcançada como a concretização de sua dignidade como ser humano, sendo a família considerada o principal ambiente para a efetivação da personalidade humana. (ALVES, 2010, 115-119).

Percebe-se, então, que a família, ao longo dos anos, deixou de ser um instituto fechado, individualista e autossuficiente, para basear-se no afeto, meio de realização da dignidade da pessoa humana, pautada no afeto e na livre escolha, deixando a família de ser uma célula do Estado para se tornar uma célula da sociedade, dando, assim, espaço para o exercício da autonomia privada que foi um dia ceifado em prol de valores patrimoniais e da ideia sacralizada de família.

A família atual passa a ter a proteção do Estado fundada na liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade, universalmente aceita e abarcada na Constituição da maioria dos países, estando presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU, em 10.12.1948, assegurando às pessoas o “direito de fundar uma família”, estabelecendo o art. 16.3 que *“a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”*.

O autor Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p.244), a partir do dispositivo acima, conclui o seguinte:

a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio de política), mas da sociedade civil, não podendo o estado tratá-la como parte sua; c) família é concebida como espaço de realização da dignidade das pessoas humanas.

Com relação, especificamente ao que aborda a letra “b” do posicionamento do autor citado, revela-se presente o entendimento de que, no que concerne às relações familiares, o ordenamento jurídico não pode tratar como algo de seu domínio, não devendo confundir a proteção dedicada ao núcleo familiar com a intervenção do Estado, na liberdade presente nessas relações.

Esse posicionamento, atualmente, ganha força perante as tantas novas relações familiares que se formam, e possam a vir se formar, e pelo entendimento de que se a família é colocada como “base da sociedade” na Constituição Federal de 1988, a violação arbitrária pelo Estado nessas relações estaria violando a própria base da sociedade que serve para o Estado, caracterizando, portanto, um paradoxo.

Em termos de Constituição e previsão legal, existe um dispositivo que consagra a

ideia de que, em regra, o Estado não está autorizado a interferir nas relações familiares – premissa básica do Direito de Família Mínimo - apenas quando as situações provenientes dessas relações familiares violarem algum direito fundamental e, mesmo assim, se estiver expressamente previsto em lei.

Trata-se do artigo 1.513, do Código Civil de 2002, que dispõe da seguinte redação: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público, ou privado, interferir na comunhão da vida instituída pela família” (BRASIL, 2002), o que é da mais perfeita coerência, visto que, e conforme já demonstrado, a família pode ser considerada a relação mais puramente jurídica privada que se tem conhecimento.

Tal dispositivo do Código Civil (de 2002 (art.1.513), está intimamente ligado ao que traz o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que, ao dispor sobre o planejamento familiar, afirma que este é “de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988).

É de se perceber, portanto, que ao reconhecer legalmente a regra de não intervenção do Estado nas relações familiares, ou seja, de reconhecer o Direito de Família Mínimo, esse dispositivo referido em epígrafe, deve ser utilizado como balizador e regra quando o caso concreto revelar conflito entre autonomia privada nas relações familiares e intervenção estatal.

Para ilustrar, é possível perceber que os preceitos da intervenção mínima do Estado tem efeito prático, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual não reconhece o pagamento de indenização para o marido traído em face do amante de sua ex-esposa, uma vez reconhecido que o dever de fidelidade deve se dar entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, conforme segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece

solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/11/2009, T4 - QUARTA TURMA)

Para Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p.223), de fato, acontece a evolução e o reconhecimento da intervenção mínima do Estado no campo do Direito de Família, conforme a interpretação do artigo 1.513, do Código Civil, cabendo o Estado interferir apenas quando ameaçado algum direito fundamental. Ocorre que ainda existem algumas situações dispostas no referido Código que possuem intervenção estatal indevida, que mereceriam ser afastadas, tais como: o artigo 1.641, inciso II <sup>9</sup>, que impõe ao nubente de mais de 70 (setenta) anos de idade o regime patrimonial de separação de bens; o artigo 1.707 <sup>10</sup>, que veda a renúncia de alimentos quando a obrigação diz respeito apenas aos cônjuges; o artigo 1.566 <sup>11</sup>, inciso II, que prevê um dever matrimonial de coabitação e o artigo 1.572 <sup>12</sup>, que exige a investigação de culpa para o decreto da separação judicial.

Partindo desse esclarecimento, fica mais fácil avaliar algumas situações provenientes das relações familiares, contudo, o que fazer quando, além de existir o conflito entre direitos fundamentais, situações pouco disciplinadas pelo Código também estão presentes? Como é, por exemplo, o caso norteador deste trabalho e que será tratado adiante: a retratação nos procedimentos de reprodução assistida que abrange e contrapõe exercício da autonomia privada, discussões éticas sobre o início da vida e violação da boa-fé provenientes das expectativas criadas em uma relação conjugal.

---

<sup>9</sup> Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

<sup>10</sup> Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

<sup>11</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: II - vida em comum, no domicílio conjugal;

<sup>12</sup> Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

## 4 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

### 4.1 CONCEITO E TÉCNICAS UTILIZADAS

Trata-se a reprodução medicamente assistida de um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos da área, para que aqueles que são impossibilitados de ter filhos pelas vias naturais, dado a infertilidade de um dos conviventes ou a dificuldade de engravidar, ou até mesmo por opção, possam procriar por vias medicamente assistidas.

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” incluem todas as técnicas de reprodução que são independentes do ato sexual, sendo técnicas que interferem no processo natural de procriação, daí os nomes “assistida” e “artificial”.

Para entender como funciona este método de procriação se faz necessário saber alguns elementos que envolvem o tema.

Primeiramente, deve-se observar o modo da concepção. Este pode ser por fecundação *in vivo* (a concepção se dá dentro do organismo da mulher) ou através da fecundação *in vitro* (a concepção se dá fora do corpo, ou seja, ocorrem em laboratórios).

Observa-se, ainda, a origem do material genético, que se classifica como homóloga (aquela que se utilizam apenas os gametas - óvulo e espermatozóide - do casal, sendo o espermatozóide inserido no útero materno, possuindo a criança ao nascer, a informação genética do casal) ou heteróloga (é utilizado o material genético que pertencem a outros indivíduos que não o casal que se vale dessa técnica) (COLOMBO, 2012, p.127-128).

Visto esses elementos basilares e diferenciadores dos métodos, passa-se para o entendimento de como funciona cada um especificamente.

Existe a Inseminação Artificial, que é um método de fecundação *in vivo* ou intracorpóreo, e pode ser homóloga ou heteróloga. Trata-se de um método indicado para os casos de anomalia morfológica dos espermatozoides, quando não

desempenham o movimento necessário ou se existirem em número deficiente. Por esta técnica, a inseminação pode ocorrer com a coleta do sêmen e, com ele ainda fresco, introduzi-lo nas vias genitais femininas com auxílio de um cateter ou mediante seu congelamento (criopreservado) (COLOMBO, 2012, p. 129-130).

Quanto à fertilização *in vitro* (FIV), transferência do pré-embrião para a cavidade uterina, conforme ensina Élvio Tognotti (1996, p.265), deve-se apreender as seguintes etapas: estimulação da ovulação, aspiração folicular, técnicas de laboratório de gametas, transferência dos pré-embriões, criopreservação e resultados.

Outra técnica é a fertilização *in vitro* convencional, com transferência intrauterina de embriões que, em suma, se dá pelo estímulo da ovulação por hormônios, resultando na formação de folículos maduros, os óvulos são colhidos para punção guiada por ultrassonografia endovaginal, depois são colocados em um recipiente para posteriormente serem fecundados. (MALUF; MALUF, 2013, p.534).

Outra importante diferenciação é entre a técnica de transferência intratubária de gametas (transferência de espermatozoides e óvulos previamente captados que são aproximados da tuba uterina para que ocorra fertilização natural nessa região) – técnica de reprodução denominada GIFT<sup>13</sup> - e a transferência intratubária de zigoto (retira o óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta com o sêmen, para depois introduzir o embrião diretamente no útero), técnica de reprodução denominada ZIFT<sup>14</sup>.

No tocante ao que ensina Guilherme Calmon de Nogueira (2003, p.641), tem-se que:

[...] Importante observar que as técnicas de fecundação *in vitro* envolvem vários atos médicos que formam uma cadeia até proporcionar efetivamente a gravidez da mulher, já que inúmeras etapas devem ser percorridas, com êxito, como a indução a ovulação, a punção do folículo e cultura dos óvulos – no que pertine a matéria fecundante da mulher – a coleta e preparação do esperma – no que tange ao material fecundante do homem -, a, fertilização do óvulo pelo ambiente reprodutor do corpo feminino, e, em seguida a cultura dos embriões que formaram para posterior transferência para o útero da mulher. Tais etapas se inserem de forma englobada na denominação FIVETE, ou seja, fertilização *in vitro* e transferência de embriões [...]

Partindo dessa noção inicial e do entendimento de alguns termos técnicos, serão

---

<sup>13</sup> SANTOS, Nelson da Cruz. Reprodução Humana

<sup>14</sup> UENO, Joji. Reprodução Humana

expostas, a seguir, algumas discussões pertinentes que envolvem o procedimento da reprodução assistida, nas suas vertentes éticas, jurídicas e morais.

## 4.2 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Perante as relevantes discussões sobre a reprodução assistida, especificamente sobre embriões excedentários, se faz necessário traçar, em linhas gerais, alguns aspectos importantes.

Como se sabe, as chances de dar certo um procedimento de fertilização, depende, por exemplo, da quantidade de embriões implantados (ou da quantidade de óvulos associados aos espermatozoides). Caso implantando um número inferior a três ou quatro embriões, por tentativa, as chances do procedimento não obter êxito aumenta (MEIRELLES, 2006, p.228).

Quanto ao conceito de embriões excedentários, aqueles concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados no ventre da mulher, é possível compreender o que preconiza Ana Thereza Meirelles (2006, p.228):

[...] alguns embriões obtidos após a fecundação em laboratório, não serão implementados no útero, porque excederam o número recomendado para a transferência ou não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (por não terem desenvolvido normalmente ou possuírem alguma alteração genética em sua estrutura cromossômica). A falta dessas condições favoráveis implica na caracterização de inviabilidade ao embrião para finalidade reprodutiva [...]

A grande discussão que paira acerca dos embriões excedentários é quanto à sua destinação, quando eles se encontram conservados por técnicas de criopreservação e, por exemplo, o casal depois de uma tentativa bem sucedida, não quer mais os embriões excedentes. A dúvida é acentuada quanto ao seu descarte ou não.

Ocorre que o Código Civil nada se refere quanto aos embriões que sobram depois que um casal, após uma tentativa bem sucedida, não tem mais interesse em conceber outros embriões. O questionamento se dá se os embriões excedentes constituiriam vida humana, possuindo, então, o direito de livre desenvolvimento.

A resolução 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, preserva o entendimento de que o descarte e a destruição de embriões excedentes estão vedados (estando, inclusive, em consonância com a Lei de Biossegurança) e que as pesquisas em

células-tronco embrionárias não violam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2013, p. 529).

Para aprofundar tal discussão, também se faz necessário entender algumas teorias que gravitam acerca do momento em que se constitui a vida humana, ou seja, se os embriões excedentários já estariam se tratando de uma vida humana.

Os embriões não utilizados permanecem armazenados na clínica que realizou o procedimento de fertilização. As questões referentes aos embriões excedentários podem gerar delicados problemas, na medida em que, no entendimento de alguns, podem ser considerados como nascituros e sujeitos de direito.

Ainda com a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005<sup>15</sup>, que permite para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas no prazo de três anos, depois do congelamento, sendo necessário o consentimento de seus genitores, nem sempre essa manifestação de vontade é colhida como deveria.

Para exemplificar e ilustrar os debates envolvidos, em 2008, foi movida uma Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, conforme ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO

---

<sup>15</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.



EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105 /2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana

embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello) V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o

direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105 /2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente (STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 3510 DF)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão tem como alvo a Lei de Biossegurança, especificamente o seu artigo 5<sup>a</sup>, que permite a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, observada algumas condições, também dispostos no artigo.

Essa Ação foi proposta sob a justificativa de que a pesquisa com células-tronco violava o direito à vida, sob a perspectiva de que tais embriões já teriam vida, logo, seriam sujeitos de direito. Ocorre que a ação foi julgada totalmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, pois foi entendida e utilizada como um dos argumentos a inexistência de ofensas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, uma vez que a pesquisa com células-tronco embrionárias significaria a “celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade” (Ministro Celso de Melo).

Mostra-se de extrema coerência a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Constituição não determina o momento exato que se inicia a vida humana. Quando se fala em “direitos da pessoa humana” e “direitos e garantias individuais”, está se referindo ao indivíduo-pessoa, este sim, destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Quanto aos embriões referidos na Lei de Biossegurança, estes não têm a possibilidade de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem a possibilidade de projeto de vida autônoma. Porém, isso não quer dizer que o embrião pré-implantado não tenha direito à proteção do direito comum, é um bem a ser protegido, pois, os momentos posteriores à vida devem ser objeto de proteção, porém não uma pessoa, no sentido o qual a Constituição se refere.

Este debate envolve outras discussões quanto ao início da vida humana. Para alguns, seguidores da corrente chamada concepcionista, a vida começa no exato momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, ou seja, ao receber carga genética de seus pais, passa a ter DNA próprio, é, pois, um novo ser humano. Portanto, para os adeptos dessa teoria, não poderia haver descarte dos embriões excedentários, devendo esperar o tempo que fosse necessário, em processo de criopreservação, até que fossem utilizados (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 17).

Para os adeptos da corrente chamada nidacionista, com base no que dispõe Jesualdo de Almeida Júnior (2009, p.17), a vida apenas começaria com a implantação do óvulo no útero materno, momento conhecido como nidação. Logo, para quem defende essa teoria, os embriões excedentários criopreservados não representariam a vida humana.

Ocorre que, mais uma vez, é uma das discussões acerca da reprodução assistida que necessita de uma legislação específica que possa regulamentar de maneira clara que destino deve ter esses embriões, de forma que não aconteça o seu descarte desnecessariamente e que proíba a sua comercialização ou negociação onerosa (MEIRELLES, 2006, p. 236).

Em relação ao tema do presente trabalho, a discussão sobre o início da vida e a ética em relação ao descarte dos embriões é muito pertinente, uma vez que a desistência de utilização destes por uma das partes envolvidas no procedimento, não estará representando um atentado contra a vida humana.

#### 4.3 REGULAMENTAÇÃO

Sob a forte influência da tecnologia no atual momento do Direito, se faz oportuna a análise jurídica da procriação medicamente assistida. A ciência evoluiu, e evolui rapidamente, trazendo com ela questões polêmicas sobre a ética de uma legislação reguladora de procedimentos médicos e laboratoriais, e entre os principais questionamentos estão: o que fazer com os embriões não utilizados no processo de reprodução *in vitro*? Por quanto tempo os doadores têm responsabilidade sobre eles? Em que tipo de pesquisa os embriões podem ser utilizados? Com o decorrer dos anos, algumas respostas para essas perguntas foram esclarecidas, mas ainda existem debates éticos, morais e jurídicos fortemente acentuados (ZANELATO, 2004, p.478).

É razoável afirmar que a abstenção legislativa – conforme defende alguns autores<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> “[...] há quem pense que não temos um entendimento suficientemente alargado acerca da matéria para que possamos fazer lei [...]; que nestes assuntos, ao contrário de outros (proteção do ambiente ou do consumidor), a inércia não prejudica e é mesmo compensadora, porque ‘mais vale nenhuma lei do que uma lei má’; que não deve fazer leis que o progresso e a ciência tornarão inúteis no ano

- não seria a melhor saída visto os prejuízos que esta lacuna poderia causar. Por exemplo, Maria Helena Diniz (2011, p. 613), no seu entender, defende que deveria ser coibida a inseminação artificial heteróloga, “ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a sua identidade”, porém, apesar de ser contrária a tal técnica, ela defende que na impossibilidade do legislador vedá-la, o jurista não poderia ficar silente nem o legislador se omitir, devendo por isso, regulá-la rigorosamente.

Como será abordada adiante, a reprodução assistida encaixa-se em uma das hipóteses de presunção de paternidade que está disposta no atual Código Civil<sup>17</sup>.

Na realidade, essa previsão da reprodução medicamente assistida no Código Civil se dá somente porque se trata de uma das presunções de paternidade. Infelizmente, o tema não é tratado de forma mais aprofundada perante o ordenamento jurídico brasileiro e esta superficialidade pode causar muitos pontos complexos, como serão vistos, posteriormente.

Como é crescente a utilização dos meios de reprodução assistida, do ponto de vista ético, o tema é tratado e melhor disciplinado através de resoluções emanadas do Conselho Federal de Medicina, dispondo condutas a serem seguidas com base na bioética e na responsabilidade perante tais procedimentos. Esse entendimento é possível de ser percebido na análise de alguns trechos da atual Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº 2.013/201, como por exemplo:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

#### I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a

---

seguinte [...]; defende-se que esses assuntos sejam deixados a decisão dos particulares, da família e dos profissionais” (Zanellato *apud* Oliveira, 2004, p.478)

<sup>17</sup> Art. 1.597. Presume-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

Apesar de muito bem tratada, do ponto de vista ético, na referida resolução, essa análise não tem força de lei, o que deixa no ordenamento jurídico brasileiro algumas lacunas, perante a necessidade de uma legislação específica sobre o tema que trate de suas diversas vertentes.

Não geram dúvidas de que a reprodução assistida, tratando-se de um fenômeno novo, escapou de algumas previsões normativas. A dinâmica da sociedade e as mudanças que elas operam nos fatos muitas vezes não são imediatamente reguladas pelo ordenamento jurídico, porém, quando esses fatos ganham relevância social, a lacuna axiológica torna-se gritante, existindo então, muitos fatos contraditórios (SOUZA, 2009, p.479).

É verdade que o Direito perante a uma sociedade plural e dinâmica não tem como abarcar todas as situações fáticas na sua regulamentação, contudo, muitas dessas situações merecem tutela, não podendo a Justiça ficar inerte.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2011, p.26), adota o posicionamento de que, existindo omissões legislativas, são geradas lacunas que precisam ser preenchidas pelo juiz e este não pode negar proteção ou deixar de assegurar direitos alegando ausência de lei.

Portanto, é de certo que existem situações que merecem tutela do direito perante a sua complexidade, mas tal complexidade também pode gerar dúvidas quanto às limitações do direito da autonomia privada e até que ponto ela pode chegar.

#### 4.4 A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A NORMATIVIDADE INTERNACIONAL

Analisar a normatividade de outros países no que tange ao tema em questão revela-se de fundamental importância, uma vez que perante a “novidade” que é a técnica de reprodução assistida mostra-se envolvida por muitas presunções, certezas, dogmas, principalmente no que concerne a relações paterno-materno-filiais. Além disso, perante tantas lacunas presentes no ordenamento jurídico sobre o tema, a comparação com a legislação de diferentes nacionalidades pode ser uma forma de esclarecimento, compreensão e nova visão.

Com relação ao direito de procriar, muitas discussões doutrinárias e sociais são travadas, existindo tratamentos diferenciados sobre como lidar com as novas tecnologias de reprodução. Alguns, por exemplo, entendem que seria difícil o direito reconhecer essas novas tecnologias, uma vez que se trata de desejos.

Existem ainda opiniões que negam o direito à procriação, quando o material genético pode gerar riscos de deformidade no nascituro. Outra corrente enxerga a procriação como direito de cada indivíduo, desatrelando-a da ideia de obrigação conjugal, afirmando que o direito à procriação seria resultado da liberdade de escolha (SOUZA, 2009, p.477).

O reconhecimento da reprodução humana assistida no campo do direito é muito recente no Brasil, possuindo ainda, muitas brechas. No campo da Legislação internacional, esta já possui algumas legislações especiais quanto ao tema.

Por exemplo, em 29 Estados norte-americanos, é disposto em lei que o cônjuge ou companheiro que anuiu na fecundação da sua mulher é o pai legal, não podendo negar essa paternidade em virtude desse consentimento. Os Tribunais dos EUA entendem que o consentimento do marido faz com que ele assuma a paternidade (KRELL, 2008, p.159).

Com relação aos Estados Unidos, especificamente, as discussões acerca a reprodução humana assistida possuem como base os princípios constitucionais com inspirações liberais, e o Estado não deve interferir na esfera da autonomia de cada



indivíduo. A Legislação norte-americana de mais importância nos EUA é a Lei federal de 24 de outubro de 1992, que certifica os resultados positivos da aplicação das técnicas de reprodução assistida (BELLA, 2009, p. 98).

A doutrina americana faz uma importante ressalva quanto à importância da proteção do embrião. Tanto é que o Legislador pôs alguns limites, proibindo a pesquisa sobre fetos e embriões em excesso, diferentemente do Brasil, em que a doutrina majoritária acorda na pesquisa dos embriões em excesso, sendo, inclusive, reconhecida na Lei de Biossegurança.

Ainda com relação aos EUA, é fixado que o número máximo de embriões não pode ser superior a cinco e que este ainda deve ser calculado de acordo com a idade da pessoa que irá receber.

Também no Canadá, tem-se considerado o marido como pai. Seria uma das Legislações mais liberais por não distinguir a fertilização homóloga e heteróloga em suas considerações. Porém, ao mesmo tempo é limitadora, uma vez que protege especificamente a saúde da mulher e o bem-estar do nascituro, não se voltando muito para o companheiro.

Em relação à França, esta é uma das mais limitadoras quanto às técnicas de reprodução assistida, não sendo admitida para mulheres solteiras e casais homossexuais. Exige ainda, na fecundação heteróloga, que o casal anua perante um magistrado (KRELL, 2008, p.159). A legislação francesa tem sua peculiaridade, por conta do entendimento de que a reprodução medicamente assistida não pode se dá por mera conveniência, e sim, de maneira subsidiária a procriação natural.

A limitação do direito francês acontece porque, para ter acesso às técnicas de reprodução medicamente assistida, deve ser necessária observância de alguns princípios extraídos do direito francês, bem como o casal precisa preencher certos requisitos, dispostos por Guilherme Gama (2003, p. 249), da seguinte forma:

[...] a) o recurso à reprodução assistida não é livre e incondicionado, somente podendo ocorrer em caso de infertilidade do casal cuja patologia tenha sido diagnosticada ou, na hipótese do casal ser fértil, para evitar a transmissão de doença hereditária de significativa gravidade. [...]

[...] b) o casal interessado deve preencher quatro condições: i) estar vivo – o que impede a *reprodução post mortem*; ii) ser casado ou viver em companheirismo – aí considerado o prazo de dois anos de convivência devidamente comprovado; iii) estar em idade de procriar, com o objetivo de evitar significativa distância entre pais e filhos – o que seria bastante

prejudicial a este diante da maior possibilidade de morte de seus pais; iv) manifestar consentimento sobre o uso de técnica médica, e o prazo de um mês para reflexão – tal consentimento não possui qualquer exigência de formalidade quando a assistência não pressupõe o fornecimento de material fecundante de terceiro [...]

A partir da análise dos pontos expostos, percebe-se maior rigidez quanto ao acesso de casais às técnicas de reprodução assistida, e, de certa forma, contrapõe-se ao direito brasileiro, no que tange as atuais concepções de família e sua pluralidade, ao direito de cada núcleo familiar se autodeterminar, ao direito ao planejamento familiar e à livre escolha dos cônjuges e conviventes, independente de tempo, idade ou condição biológica, sendo pouco valorado, no direito francês, o elemento vontade.

Em relação à legislação Alemã, especificamente a Lei de 13 de dezembro de 1990, segundo Gianluca Maria Bella (2009, p.94), se trata de uma lei muito importante, visto que se tem a proteção do embrião e busca a intervenção do Estado mediante promulgação de leis que visam equilibrar o direito à dignidade da pessoa humana e à personalidade da mulher e do doador com os direitos do nascituro.

É importante abordar o entendimento adotado pela Legislação em Portugal, principalmente no que concerne a procedimento de inseminação artificial *post mortem*. A legislação portuguesa viveu uma lacuna sobre o tema, até que em 1997, com a proposta de Lei nº 135/VII, vedou expressamente a inseminação artificial *in vitro post mortem*, contudo, uma vez violada essa proibição, respeitando a proteção da criança e o seu direito a biparentalidade, a criança seria reconhecida como filha do falecido (COLOMBO, 2012, p. 134).

Contudo, a legislação Lusitana evoluiu, em 2006, com a promulgação da Lei nº 32 e preservou a vedação a inseminação *in vitro post mortem*, porém, ressaltou que seria lícita esta transferência *post mortem*, se houvesse uma clara e expressa autorização antes do falecimento do pai e que revele o projeto parental estabelecido. Manteve ainda o entendimento que violada tal vedação, a criança continuaria sendo preservada, sendo, inclusive, uma forma de preservação da dignidade da pessoa humana estabelecida também na referida Lei. (COLOMBO, 2012, p. 133-135).

Tal entendimento pode ser extraído da leitura da lei em epígrafe, conforme os artigos 22 e 23 da referida Lei<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Artigo 22.º **Inseminação post mortem** 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de fato, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja

Com relação ao consentimento para a realização do procedimento em questão, esta Lei nº 32, de 2006, vigente em Portugal, proíbe que esta seja feita sem autorização, sendo, inclusive, penalmente punível, conforme se percebe nos artigos<sup>19</sup>:

No que diz respeito à reprodução assistida, na Espanha, recebeu especial tratamento com o advento da Lei 35/1988 e, posteriormente, com modificações das Leis n.45/2003 e Lei n.14/2006, que em síntese, ao tratar da inseminação artificial homóloga *post mortem* não estabelece filiação, salvo se o pai tenha deixado, mediante escritura pública ou testamento, que o seu material genético possa ser utilizado no prazo máximo de 12 meses (COLOMBO, 2012, p. 140).

Outra importante referência para o Brasil, em vista, inclusive, pela proximidade geográfica, apesar de suas particularidades, especialmente culturais, é do direito argentino e seu desenvolvimento em matéria de Direito de Família, especialmente no âmbito da reprodução assistida.

Um dos principais pontos a serem observados no direito argentino e que coaduna com o entendimento brasileiro, conforme dispõe Guilherme Calmon Nogueira Gama (2003, p. 313), é que, apesar de ainda ser carente de tratamento legislativo expresso a respeito dos aspectos civis da reprodução assistida, principalmente no que concerne ao estabelecimento de filiação, é pacífico que, independente de Projeto de Lei acerca desse meio de reprodução, é preciso observar os princípios constitucionais e internacionais em matérias de direitos humanos sob pena de ser considerado inconstitucional.

---

consentido no ato de inseminação. 2 - O sêmen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de fato é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen. 3 - É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Artigo 23.º **Paternidade** 1 - Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. 2 - Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de fato com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

Artigo 3.º **Dignidade e não discriminação** As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no patrimônio genético ou no fato de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.

<sup>19</sup> Artigo 42º. **Recolha e utilização não consentida de gametas**

Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

A partir da breve análise sobre a normatividade do tema em alguns países, é possível perceber tratamentos distintos - bem verdade que influenciados por questões culturais, éticas, políticas e históricas de cada lugar - porém, se os temas polêmicos envolvidos na reprodução assistida fossem universalmente padronizados, visto a inevitável ligação do tema com os direitos humanos fundamentais, talvez algumas questões polêmicas e de veementes discussões não fossem sanadas, mas, sim, esclarecidas e dotadas de maior confiabilidade jurídica.

#### 4.5 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS REFLEXOS NA FILIAÇÃO

Trata-se a filiação do vínculo existente entre pais e filhos, podendo ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, decorrente de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e filho adotado ou dos filhos advindos de reprodução assistida. Todas essas formas de filiação são previstas no Código Civil vigente.

Por perspectivas conceituais, pode-se extrair do que dispõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.352), ao tratar do âmbito legal, que o Código Civil evidencia que tanto a filiação quanto a maternidade e paternidade não são exatamente definidas, sendo estes tratados como “institutos jurídicos da espécie parentesco na linha reta ascendente/descendente em primeiro grau”, tendo como regra, o que está disposto no artigo 1.591, do referido Código. Estaria a filiação propriamente dita, com base na ótica do filho, do mesmo aspecto, porém sobre óticas diferentes a maternidade (do ponto de vista da mãe) e a paternidade (do ponto de vista do pai).

Durante muito tempo, a filiação era reconhecida apenas para os filhos provenientes do relacionamento matrimonial (necessariamente deveriam os pais ser casados) e levava em consideração apenas o aspecto biológico, sendo totalmente desprezados os filhos advindos fora do casamento ou de relação extraconjugal, e o mesmo tratamento dava-se aos filhos que, hoje, são chamados de adotivos.

Com as reformulações de preceitos decorrentes, inclusive, da *constitucionalização do Direito Civil*, foi reconhecido o *estado único da filiação*, vedando qualquer

discriminação aos filhos, respeitando os preceitos da igualdade, merecendo os filhos do casamento e os filhos extramatrimoniais tratamento idêntico, conforme observa-se no próprio Código Civil de 2002<sup>20</sup>.

Hoje, se tem a compreensão de que a filiação, vínculo entre pais e filhos reconhecido juridicamente, pode ser estabelecido segundo critérios biológicos e critérios afetivos.

O critério biológico é aquele decorrente da carga genética, ou seja, o critério científico determina a filiação, aferindo a paternidade e a maternidade de acordo com o vínculo biológico existente, havendo uma coincidência entre pais e genitores, que são aquelas pessoas que constam no registro civil, também são os fornecedores de gameta.

Trata-se de uma forma puramente técnica de determinar a filiação, não levando em consideração outros aspectos também fundamentais, como a afetividade, para a sua determinação (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.689).

Quanto ao critério afetivo, este determina a filiação com base em critérios socioafetivos, ou seja, é uma filiação que se constrói a partir de um tratamento de respeito recíproco, desenvolvendo o afeto e a solidariedade a partir da convivência familiar, independente de critérios biológicos (DIAS, 2011, p.71).

Nesse aspecto é importante destacar a importância e o papel do afeto nas relações familiares. Na medida em que é acentuada a relação de sentimento entre os membros de uma família, valorizando as funções afetivas da família, é estabelecida maior chance de se constituir uma família solidária e igualitária, desenvolvendo o ambiente ideal para a promoção e desenvolvimento da dignidade humana, cumprindo, dessa maneira, a função social da família (independente de vínculos biológicos, sendo estes existentes ou não).

Para comprovar como o critério da afetividade se tornou importante para o estabelecimento da filiação, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu pelo reconhecimento da ilegitimidade do pai biológico de requerer a anulação da certidão de nascimento de filha que estava registrada em nome de outro. O Supremo Tribunal reconheceu a importância da socioafetividade na relação parental,

---

<sup>20</sup> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1087163 RJ 2008/0189743-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011)

Contemplados os critérios para a determinação da filiação, é possível identificar, mais facilmente, a sua determinação nos casos da reprodução medicamente assistida, prevista no artigo 1.597, do Código Civil de 2002<sup>21</sup>.

Com os avanços da medicina, técnicas como a reprodução assistida tornam-se cada vez mais frequentes, permitindo que pessoas com dificuldade ou impedidas de procriar por vias naturais possam realizar o sonho de ter um filho, optando por diferentes técnicas: a relação programada, a inseminação artificial intrauterina e a fertilização extracorpórea (fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção trácitoplasmática de espermatozoide) e a inseminação *in vivo*. Desta técnica, diversas discussões jurídicas são travadas, principalmente no âmbito da

<sup>21</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; **III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido**; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; **V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.**

filiação (MALUF; MALUF, 2013, p.531).

Dentre essas técnicas de reprodução, conforme visto anteriormente, existem duas formas clássicas de oferecer material genético para a realização dos procedimentos, são elas: a reprodução assistida heteróloga e a reprodução assistida homóloga.

Na reprodução assistida heteróloga é utilizado material genético de terceiro, diferentemente da relação entre as partes que desejam obter os resultados da fertilização artificial. Mas o que interessa neste momento é de que maneira a filiação se estabelece ao se tratar de uma técnica de reprodução assistida.

Na reprodução assistida heteróloga, o marido ou companheiro, junto com um projeto parental, resolve consentir (consciente e voluntariamente em receber uma futura criança como seu filho, ainda que não estejam ligados por laços biológicos) que sua esposa ou companheira seja inseminada artificialmente com sêmen de outro homem, ou até mesmo, que não seja utilizado material genético de nenhum dos envolvidos, precisando da presença de doadores tanto de sêmen quanto doadoras de óvulo. Esses casos representam, respectivamente, o instituto da adoção unilateral ou adoção bilateral, resultante de procriação medicamente assistida, sendo, portanto, um dos meios de se estabelecer a filiação desvinculada de fatores biológicos.

Quanto à reprodução assistida homóloga, está estritamente ligada ao critério biológico da determinação de filiação, ou seja, ainda que a reprodução não se dê por vias naturais, através da relação sexual, o material genético utilizado será das partes envolvidas, sendo eles próprios os fornecedores de gameta. Logo, nesse caso, é indiscutível a determinação da filiação, uma vez que os critérios biológicos não podem ser simplesmente afastados para não incidir a filiação.

Com isso, a reprodução medicamente assistida merece tutela do direito, visto que, sem dúvida, irá interferir nas relações familiares e, como já dito, é um dos casos de presunção de paternidade e, conseqüentemente, determinantes de filiação.

Contudo, muitas situações que envolvem essa técnica podem gerar uma zona de penumbra, como por exemplo, o caso de ocorrer uma fecundação artificial homóloga sem a devida autorização do cônjuge ou companheiro que disponibilizou seu material genético, impondo a ele uma paternidade “forçada” devido aos critérios biológicos indiscutíveis.

Conforme afirma Rolf Madaleno (2013, p. 523), tal abordagem perante o Código Civil se dá de maneira superficial e só é referida por conta da filiação conjugal presumida, devendo a matéria ser objeto de leis especiais, uma vez consideradas as dinâmicas sociais e a engenharia genética.

Fato é que não existe no Brasil uma legislação regulamentadora dessa prática, sendo apenas norteadas pelas normas éticas definidas pela Resolução n. 1957/2010, do Conselho Federal de Medicina (MALUF; MALUF, 2013, p. 531).

Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.

#### 4.6 O CONSENTIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A respeito do consentimento, faz-se necessária uma abordagem prévia no que diz respeito ao consentimento informado.

Partindo da noção da autonomia privada enquanto instrumento para o desenvolvimento da pessoa, podendo cada indivíduo atuar com liberdade para o exercício dos seus direitos da personalidade, especificamente, no que tange a disposição ao próprio corpo, duas situações podem ser destacadas: “o próprio indivíduo atua sobre sua integridade física; noutras, pode a pessoa, por meio da declaração livre de vontade, permitir que terceiros venham a agir no seu corpo” (GODINHO, 2014, p. 34).

Conforme dispõe Adriano Marteleto Godinho, nas relações médico-pacientes existe a figura do “consentimento informado”, que seria a expressão para identificar a declaração de vontade externada pelo paciente de forma livre e devidamente esclarecida, podendo ele aceitar ou recusar determinados tratamentos e intervenções, segundo as informações que lhe são passadas (o paciente deve ter plena consciência sobre a natureza dos procedimentos propostos e os riscos que lhe são inerentes).

Como foi exposto, no que diz respeito aos pressupostos materiais dos vínculos de



paternidade-filiação e maternidade-filiação, decorrentes de qualquer técnica de reprodução assistida, por não haver relação sexual, se devem buscar os fundamentos para o estabelecimento dessa filiação, ressaltando que algumas manifestações de comportamento da parte envolvida poderão ensejar na não constituição do vínculo jurídico-familiar, combinados a outros importantes elementos que devem ser considerados (GAMA, 2003, P. 685).

Com base na Constituição Federal de 1988 (artigo 226, §7º) e na Lei 9.263/96, ao estabelecer as regras claras quanto ao princípio do planejamento familiar, dispõe deveres em relação à paternidade responsável, respeito à dignidade da pessoa humana e observação ao melhor interesse da criança, e reconhece também o direito à livre decisão do casal, sendo, portanto, a manifestação de vontade do homem e da mulher necessária no sentido de procriar ou não.

Antes da nova estruturação do Código Civil, a vontade era de importância no momento posterior à concepção do filho, por exemplo, no reconhecimento voluntário da paternidade de filho extramatrimonial, permitindo que o filho pudesse ter resguardados todos os direitos filiais. Contudo, na realidade contemporânea, inclusive como observância ao próprio princípio do planejamento familiar, a vontade se faz relevante e necessária desde antes da concepção ou do nascimento do filho.

Um grande debate travado envolve a necessidade da expressa declaração de vontade do doador, pois, sendo a reprodução um direito personalíssimo, é indispensável, portanto, o consentimento das partes. Porém, esse é mais um dos assuntos que não está regulamentado pelo Código Civil, podendo ser encontrado na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº2.013/2013:

I - Princípios Gerais:

[...]

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Não há como negar a importância dessa resolução e a sua força na área em que é aplicada. Contudo, ainda há de se falar em insegurança jurídica, visto que a omissão

do Código Civil nesse aspecto e a citada resolução não têm força de norma cogente. Trata-se de uma norma ética, estando a mercê de variáveis humanas que envolvem condutas, até mesmo, antiéticas.

A reprodução assistida pode acontecer de maneira homóloga ou heteróloga. No caso da reprodução homóloga (utilização do sêmen do próprio cônjuge/companheiro e do óvulo da esposa/companheira), não há necessidade de autorização do marido (DIAS, 2011, p.367) e envolve grandes discussões acerca dos embriões excedentários.

Quanto à questão dos embriões excedentários, o Código Civil também foi silente no caso de ruptura da sociedade conjugal e/ou união estável. O entendimento que se tem é que finda a sociedade conjugal nos moldes do art. 1.571, do Código Civil, só poderá ser aplicada a presunção de paternidade (as regras do art. 1.597, V) se houver a autorização prévia e por escrito dos ex-cônjuges, podendo ser revogada somente até o início do procedimento de implantação dos referidos embriões (MALUF; MALUF, 2013, p. 540).

Mais uma vez, o entendimento baseia-se no seguimento de uma conduta moral e ética de cada indivíduo.

Existem assertivas que seguem o entendimento de que no caso da inseminação homóloga, uma vez sendo o embrião fruto do sêmen do cônjuge ou companheiro, este não poderia desvencilhar-se por alegar que não a quis, no caso de uma “gravidez indesejada” (ALMEIDA, 2009, p. 22). Parece um pensamento claro, pacífico, e até mesmo, compreensível. Porém, como já abordado, situações adversas e contrárias ao que se espera podem ser geradas nesse ramo tão novo e ainda pouco discutido juridicamente que é o procedimento de procriação assistida. Tais situações podem causar conflitos, inclusive, em preceitos tão importantes e preservados pelo atual Código Civil, como a autonomia privada.

É certo que as condutas éticas e morais devem estar presentes em tais procedimentos. Porém, como tudo, também estão sujeitos às falhas humanas ou condutas não aceitas, como nos procedimentos de reprodução assistida homóloga que, perante interpretação do Código Civil, considera o consentimento tácito, logo, doando o seu material para a fecundação, o cônjuge ou companheira já estaria aceitando tacitamente. Entretanto, se houver desistência do cônjuge e a

companheira realizar o procedimento sem a devida autorização, confronta-se a expectativa gerada na mulher, vontade de não mais realizar o procedimento do homem e uma visão ainda demasiadamente sacralizada do Direito de Família protegido pelo Estado.

E mais, no caso de uma tentativa bem sucedida e existindo embriões excedentários, uma das partes deseja, depois de já ter tido o primeiro filho, tentar novamente com os embriões excedentes, porém a outra parte não mais deseja o mesmo. Esses casos são claros exemplos de ponderação da autonomia privada, com a expectativa criada na outra parte e a ideia do planejamento familiar disposto no ordenamento, e ainda, relativização da presunção de paternidade (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.677-678).

Quanto à reprodução heteróloga, o consentimento do cônjuge ou companheiro, ressalta-se como obrigatória, estando, inclusive, em conformidade com o que dispõe o Código Civil. Por isso, se diz que não cabe ação negatória de paternidade, nessas situações.

Quanto à reprodução heteróloga, como não há vínculo biológico entre o marido ou companheiro e a criança que irá nascer, o consentimento do parceiro da mulher e a concepção da futura criança, tomam o lugar da relação sexual, como forma de estabelecer o vínculo paternidade-filiação e maternidade-filiação. Nesse caso, quando se trata de pessoa casada, vigorará a presunção de paternidade relativamente ao marido, mas sem a possibilidade de ser negada tal paternidade por fatores biológicos (pois não é necessário nessa hipótese). Sendo o companheiro, caso ele não reconheça voluntariamente a criança, promove-se o reconhecimento judicial, por pedido formulado em ação de investigação de paternidade. Como nesse caso não houve relação sexual, a vontade anteriormente manifestada associada à concepção da criança, terá prioridade para o reconhecimento da filiação (GAMA, 2003, p.702).

Ocorre que, até nesses casos, podem existir condutas contrárias ao que se espera, ocorrendo vício de vontade, como no caso em que a mulher realiza o procedimento de inseminação sem a devida autorização do cônjuge ou companheiro. Alguns entendem que, em tal situação, a paternidade não poderia ser imposta, cabendo, inclusive, ação negatória de paternidade (ALMEIDA, 2009, p.22).

Vale ressaltar, também, que o eventual consentimento poderá ser revogado, desde que ainda não operada a fecundação.

Não há como negar que os avanços das técnicas de reprodução assistida causam um abalo forte nas bases da filiação, fazendo repensar o alcance de determinados conceitos, alcance da paternidade e maternidade (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.638).

Voltando a questão da autonomia privada, que todo momento se comunica com as relações entre particulares, é decorrente desta autonomia que o sujeito poderá desfrutar plenamente da sua personalidade. Exigir que sua atuação seja, sempre, em prol de um interesse público, seria podar, de certa maneira, seus direitos personalíssimos (ALVES, 2010, p. 98).

Da mesma forma, pode-se completar o pensamento através do que dispõe Roxana Borges (2005, p.92): “se o indivíduo e, da mesma forma, a sociedade forem absorvidos pelo Estado, mesmo que por meio do direito, estes desaparecerão, e estaremos sob as trevas do totalitarismo – seja jurídico, cultural ou moral”.

#### **4.6.1 Possibilidade de retratação nos procedimento de reprodução assistida: possível mitigação da autonomia privada**

Perante o entendimento de que a doação de material genético (óvulo e sêmen) é um negócio lícito (pressupondo a gratuidade), que existe a vontade do doador em fazê-lo, sabendo dos limites da sua atuação (no caso de reprodução heteróloga), da vontade das partes na realização do procedimento, admite-se, por consequência, a atuação da autonomia privada sobre os procedimentos de reprodução assistida. (BORGES, 2001, p.120).

Existe um postulado indispensável, segundo o autor Maurício Requião (2014, p.33), que seria a concepção de que a pessoa não é prisioneira de si mesma, inclusive no que concerne as suas condutas que recaem sobre seus direitos da personalidade, especialmente sua integridade física.

Nesse sentido, percebe-se que intervir vigorosamente sobre a liberdade de uma pessoa em nome de uma suposta proteção, acaba por reduzir, em grande parte, o

alcance da autonomia privada. Não está se negando que deva existir limitação à disposição do próprio corpo, como forma de proteger a pessoa e garantir sua integridade, porém, proteger de maneira desarrazoada, sem que se reconheça às pessoas algum espaço de liberdade sobre a sua própria integridade física, é mitigar e negar uma característica própria do ser humano que é se afirmar como ser único, não cabendo negar a si mesmo.

Com relação aos procedimentos de reprodução assistida, uma vez que a pessoa está dispondo de seu próprio corpo ao doar material genético, está se tratando da disponibilidade dos direitos da personalidade, inerentes à pessoa, através do exercício da autonomia e da autodeterminação de cada um.

Intervir nesses casos, de maneira a proibir que a pessoa doe seu material genético, seria um exemplo de medida inconsequente e que fere a liberdade individual e a autodeterminação do indivíduo.

Por isso se faz tão necessário o consentimento expresso e manifestamente livre de vícios para a realização dessas técnicas, visto que é uma forma de assegurar que a pessoa está, por livre disposição de vontade, dispondo de algo que lhe é tão particular e disposta a assumir a consequência decorrente desse ato.

É claro que se tratando de reprodução assistida heteróloga, o doador do material genético está livre de assumir responsabilidades decorrentes de sua doação, considerando a natureza desta.

Como já exposto, na reprodução heteróloga, para o estabelecimento da parentalidade-filiação, exige o consentimento expresso das partes para que se processe o procedimento de reprodução assistida, sendo a manifestação de vontade o elemento que irá determinar essa filiação e se, por ventura, após a concepção o companheiro ou marido entrar com uma ação negatória de paternidade, essa vontade somada à concepção da criança será utilizada para a manutenção da filiação. No caso da reprodução homóloga, o consentimento também é imprescindível, face à disponibilização do material genético de cada uma das partes, porém a filiação se estabelece por fatores biológicos.

Ocorre que, é importante levar em consideração que além do elemento vontade para o estabelecimento da filiação decorrente da reprodução assistida, existem outros importantes pressupostos que devem ser observados no novo modelo de

parentalidade-filiação, e nessa vertente surge o risco, conforme dispõe Guilherme Calmon Nogueira Gama (2003, p. 703):

[...] situação jurídico-familiar que envolve determinada pessoa que, encontrando-se vinculada a outra, assume as consequências inerentes a tal vínculo, entre elas a do projeto parental ligado à filiação decorrente da reprodução assistida homóloga decidida unilateralmente por um dos cônjuges ou companheiros, com diferenças apenas no campo de distinção matrimonial – em que incide a presunção de paternidade – e filiação extramatrimonial – em que não incide presunção – [...]

Ou seja, na reprodução homóloga, mesmo sem o consentimento devido do marido ou companheiro, e já realizada, terá o vínculo biológico como critério para se estabelecer a filiação.

Acontece que antes de ser concebido por fecundação, o embrião, conforme a teoria da nidacionista, não poderá ser tratado como ser humano, e nesse aspecto a retratação, ou seja, a possibilidade de desistência de tais procedimentos seria possível, como forma, inclusive, do exercício do próprio direito da autonomia e de autodeterminação.

Essa retratação pode ser feita em decorrência de várias situações que envolvem uma relação entre duas pessoas, com vontades próprias e interesses individuais, como: a falta de afeto entre as partes, a reconsideração a relação estabelecida entre ambos, ou simplesmente, a ponderação de que não seria a melhor hora para ter um filho.

Todos esses aspectos podem levar a desistência de um projeto parental, quando este ainda não se resta concretizado. Isso seria perfeitamente possível no caso da reprodução homóloga, pois, o homem ao ceder o seu material o faz como um ato de autonomia, por vontade própria, disponibilizando material do seu próprio corpo, podendo revertê-lo, enquanto ainda não concebida a criança, também como exercício de sua autonomia.

Entretanto, existem situações que devem ser levadas em consideração, como a possibilidade da mulher decidir unilateralmente que irá realizar a fecundação, sem o consentimento e, porque não, a vontade devida do seu marido ou companheiro, o que acarretaria em duas consequências: violação da autonomia privada do homem de não querer mais ser pai e estabelecimento da filiação pelo critério biológico.

Tal conduta apresentada não é esperada em uma relação familiar, uma vez que,

como será visto no próximo capítulo, viola valores essenciais da relação: confiança, boa-fé e solidariedade.

#### **4.6.2 Fase contratual da reprodução assistida e termo de consentimento adequado**

Para a realização dos procedimentos de reprodução assistida, é necessária a utilização de certos instrumentos contratuais que serão utilizados na relação jurídica negocial entre as Clínicas especialistas em reprodução humana e seus pacientes. Para tanto, existem alguns contratos que servem para assegurar e garantir os direitos e interesses das partes envolvidas, tais como: contrato de prestação de serviços médicos, informe de consentimento para técnicas de fertilização assistida, instrumento de autorização para fertilização *in vitro* com ovócito/sêmen doado ou cedido gratuitamente, acordo de criopreservação de sêmen, informe de consentimento para congelamento e preservação de pré-embriões e instrumento de doação voluntária de ovócitos. Mostrando-se de extrema relevância a existência de uma fase contratual para a realização dos procedimentos de RA. (FRANÇA; ESPOLADOR, p.2, 2012)

A figura do “consentimento informado” está presente nas relações médico-pacientes, que serviria para identificar a declaração de vontade externada pelo paciente de forma livre e devidamente esclarecida, podendo ele aceitar ou recusar determinadas intervenções. O paciente deve ter plena consciência sobre a natureza dos procedimentos e riscos inerentes.

Esse consentimento informado é fundamental e obrigatório para os procedimentos de inseminação, conforme estabelece a Resolução nº 2.013/2013, que dispõe o seguinte:

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Segundo José Roberto Goldim, o consentimento informado seria característico do exercício da medicina, não apenas o dispositivo legal, um direito moral dos pacientes que geraria obrigações morais para os médicos, devendo ser composto por três elementos básicos: competência ou capacidade, informação e consentimento.

Tratando especificamente de cada um dos contratos considerados como mais importantes e rotineiros para os procedimentos de RA, tem-se o “instrumento de autorização para fertilização *in vitro*/inseminação artificial com ovócito/sêmen doado ou cedido gratuitamente”, que seria o consentimento dado pela pessoa ou casal contratante a fim de que seja realizada a reprodução humana assistida com utilização de gameta de terceiro, doado anonimamente. Tal documento, devidamente firmado, atribui à clínica contratada poderes para selecionar o material genético apropriado para a realização do procedimento de fertilização *in vitro* ou inseminação artificial. O “acordo de criopreservação de sêmen” é um contrato celebrado entre o homem interessado, sendo ele o contratante, e o banco de sêmen de uma clínica ou hospital contratado, de que irá armazenar e preservar o sêmen coletado para futura reprodução assistida em sua esposa ou companheira, mediante autorização do homem e consentimento da mulher. O “informe de consentimento para congelamento e preservação de pré-embriões” é semelhante ao anterior, porém, trata-se de pré-embriões congelados e preservados. Por fim, o “instrumento de doação voluntária de ovócitos”, que dispõe sobre a concessão gratuita de material genético de mulher.

Observa-se a importância da fase contratual para a realização das técnicas de RA na medida em que estes irão disciplinar a relação médico-paciente, o que fornecerá às partes todas as informações necessárias para a realização do procedimento, tratando-se de contratos de adesão, disciplinando, inclusive, as formas e quantidades de tentativas, entre diversos outros pontos fundamentais que irão revelar o consentimento e a livre decisão das partes em realizar o procedimento.

Contudo, apesar de visar garantir e dar maior segurança para as técnicas de reprodução assistida, muitas são as situações fáticas que não são previstas nos contratos, a exemplo das situações dispostas no presente trabalho, podendo ensejar, inclusive, ação negatória de paternidade.



### 4.6.3 Ação negatória de paternidade

Como visto, a legislação brasileira admite a presunção de paternidade, segundo o sistema jurídico em vigor (art. 1.597 do Código Civil), em concessão à verdade biológica. Em contrapartida, o legislador estabeleceu a possibilidade de impugnação da filiação que se presumiu, através de ação negatória de paternidade prevista no art. 1.601, sendo tal ação imprescritível.

Importante destacar que tal ação é personalíssima, cabendo ao marido, podendo, de qualquer sorte, uma vez proposta a ação os herdeiros do autor, dar seguimento ao procedimento no caso de superveniência de morte ou incapacidade (FARIAS; ROSENVALD, p.682, 2013).

Para fins do tema em questão, vale ressaltar que nas ações negatórias de paternidade, a prova pericial do DNA, somente, não pode ser tolerada como suficiente e absoluta para admitir que a comprovação da inexistência do vínculo biológico seja suficiente para quebrar o vínculo paterno-filial, uma vez que comprovada a existência de um liame socioafetivo, ponderando todos os elementos de prova colhidos, seria impositiva a improcedência do pedido negatório de paternidade.

Importante destacar a situação em que uma pessoa registra um filho como seu, sabendo não ser por critérios biológicos, mas dedica amor, carinho e cuidado, assim como o respeito recíproco, fazendo nascer dessa relação, a confiança esperada entre pais e filhos. Se perante tal relação estabelecida consciente e voluntariamente, sobrevier uma ação negatória de paternidade, frustrando as expectativas dessa relação, essa ação até seria possível, porém, a sua improcedência seria iminente visto os vínculos socioafetivos.

É possível encontrar consonância com o exposto, o entendimento do STJ, conforme decisão, a seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNANEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIADO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas se edificadas na convivência familiar. Vale dizer que a

pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com os então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1059214 RS 2008/0111832-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2012)

Por isso, entende-se que a contestação da filiação, através da ação negatória de paternidade, deve ser promovida pelo pai ou pela mãe, que teve a sua vontade eivada de vícios, tais como: erro, dolo e coação, desde que não estabelecido o vínculo socioafetivo entre as partes envolvidas (FARIS; ROSENVALD, p. 685, 2013).

Cumprido destacar, ainda, que a ação negatória de paternidade é privativa do marido ou da mulher, a ação de impugnação de paternidade poderá ser promovida por terceiros (por exemplo, o terceiro-genitor e o filho), que objetiva provar que a pessoa que figura no registro civil de nascimento de outra não é seu pai.

Ademais, ainda existe a possibilidade de o filho, já registrado em nome de uma pessoa, ajuizar uma ação investigatória de paternidade contra o seu pai e mãe verdadeiros, possuindo, como efeito anexo da sentença, a desconstituição do primeiro registro e a lavratura de um novo registro.

Após uma evolução de pensamento, ao tornar relativa a verdade biológica, e com novos métodos de concepção, como a reprodução assistida, a vontade e a promessa da verdade afetiva, tornam-se alicerce no estabelecimento da filiação daquelas pessoas que optam pela reprodução assistida, especialmente no caso da reprodução heteróloga, como visto.

Em relação à parentalidade-filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida, a vontade é elemento essencial para o fim de se admitir o estabelecimento desse vínculo, porém, como foi e será analisado, a vontade não pode ser o único elemento para se permitir a constituição dos vínculos parentais, uma vez que, segundo Guilherme Calmon Nogueira Gama (p.693, 2003), não existe direito absoluto à reprodução, devendo coexistir uma série de outros requisitos de índole objetiva,

inclusive a própria concepção do embrião, uma vez que a vontade desacompanha de outros elementos se revela insuficiente.

[...] Outra indagação importante diz respeito ao seguinte: na estrutura legal existente, como deve ser considerada tal manifestação de vontade? Seria o reconhecimento antecipado e voluntário da paternidade-maternidade, outra forma de adoção (adoção antecceção – se for de gametas - ou adoção antenatal – se for de embrião já formado), manifestação que gera a presunção absoluta ou relativa da paternidade-maternidade ou, ainda, a renúncia de ao direito de impugnar a filiação matrimonial? A resposta, ao menos no estágio atual do direito brasileiro, comporta variações [...] (GAMA, p.694, 2003).

Como visto, nos casos de reprodução assistida heteróloga, a vontade, a livre consciência de que será gerada uma criança que não está ligada as partes, ou apenas uma delas por vínculos biológicos, somada à comprovação de União entre essas partes ao tempo da reprodução, serão elementos fundamentais para o estabelecimento da filiação, não podendo, mesmo preenchendo esses requisitos, ser possível ou procedente uma futura ação negatória de paternidade. Porém, por lógica, existindo comprovadamente um vício nessa manifestação de vontade, uma futura ação negatória de paternidade seria cabível, como defende a autora Maria Helena Diniz (p.497, 2011).

Contudo, uma possível ação negatória de paternidade seria mais complexa nos casos de reprodução assistida homóloga, visto que, somada à manifestação de vontade de ter um filho pela técnica da inseminação artificial, a doação do próprio material genético, a existência de União entre as partes a época e os fatores biológicos que ligam o filho ao seu pai, torna-se praticamente impossível pensar em uma ação negatória de paternidade.

Mas, o que fazer caso aquele que doou seu material genético, antes de realizado qualquer procedimento, manifestou sua vontade no sentido de não mais realizá-lo e teve tal vontade violada? Caberia nesses casos a imposição de paternidade “forçada”, estabelecendo a filiação por critérios biológicos? Por analogia, e conforme demonstrado, se hoje a verdade biológica pode ser relativizada com base na análise de inúmeros fatores, inclusive, o afeto, poderia sim, ser cabível uma ação negatória de paternidade nesse caso, desde que seja observado o melhor interesse da criança, e seja ponderado com um direito violado do pai.

## **5 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM***

Inicialmente, antes de abordar o tema propriamente dito, se faz necessária uma análise da efemeridade das situações e das relações na sociedade contemporânea.

Essa sociedade que é marcada pelo dinamismo, pelo rápido acesso às informações, pela facilidade na mudança de opiniões, pela velocidade das informações, em que a todo o momento se chegam novos dados, descobertas e paradigmas, também traz consigo uma inevitável inconstância, acarretando em uma generalizada insegurança no que tange as relações sociais.

Partindo desse cenário de inconstância e da sensação de vulnerabilidade das relações, é de se esperar das pessoas comportamentos muitas vezes considerados incoerentes, estimulando uma nova ética, em que as opiniões mudam constantemente, os compromissos são vagos e as mudanças de orientação não são mais vistas com tanta surpresa (SCHEREIBER, 2005, p. 1-3).

Nesse sentido, o sociólogo Zygmunt Bauman (2007, p. 7-10), traz o conceito da era da liquidez, na qual os laços inter-humanos, que “antes teciam uma rede de segurança digna de um amplo e contínuo investimento de tempo e esforço, e valiam o sacrifício de interesses individuais imediatos (ou do que poderia ser visto como sendo do interesse de um indivíduo), se tornam cada vez mais frágeis e reconhecidamente temporários”.

Diante do exposto, a livre expressão do intuito individual de cada sujeito parece fortalecer e reafirmar autonomia da vontade (como visto anteriormente, aquela que não está sujeita às barreiras e às limitações), contribuindo, de certa forma, para a não observância de alguns preceitos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Porém, apesar do estímulo contemporâneo para a realização da vontade desvinculada de qualquer preceito e que instabiliza as relações sociais, jurídicas e afetivas, ao mesmo tempo, se reconhece a luta pela concretização da dignidade do homem e a necessidade de sua efetivação, o que caminha para os conceitos da autonomia privada, em que é exercida a vontade, respeitando os direitos, interesses e condições alheias, seguindo preceitos básicos tutelados pela constituição a fim de

preservar e garantir a efetivação dos direitos inerentes ao homem.

Portanto, na era da “incoerência” que titubeia tantas relações importantes para a vida da sociedade, avaliar o que envolve a teoria do *venire contra factum proprium* poderá nortear, estabilizar e amenizar os efeitos desta era.

Primeiramente, quanto à expressão *venire contra factum proprium*, pela sua tradução significa “vir contra seus próprios atos”, que ocorre quando uma mesma pessoa tem dois tipos de comportamento, aparentemente lícitos, porém, em momentos distintos, e que o último comportamento acaba por contrariar o primeiro (DANTAS JÚNIOR, 2007, p.291).

Ou seja, por certo período de tempo, o indivíduo se comporta de tal maneira que gera expectativas em outra pessoa de que seu comportamento será mantido sem qualquer alteração. Para isso não existe um acordo prévio e expresso, ocorrendo tacitamente.

Tal comportamento contínuo e inalterado gera para uma das partes um investimento de confiança na conduta primeiramente adotada, porém, ao praticar o segundo ato, este, contraditório ao primeiro, quebra a boa-fé objetiva envolvida na relação.

A teoria do *venire*, seria uma derivação da cláusula geral da proibição do abuso do direito (art. 187 do CC)<sup>22</sup> e a interpretação dessa teoria, assim, torna-se extremamente importante nas relações estabelecidas no mundo contemporâneo e reconhecida na jurisprudência brasileira. Veja-se ilustrativamente:

AÇÃO DE COBRANÇA- DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES- FATO EXTINTIVO,MODIFICATIVO, IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR-INEXISTÊNCIA- PAGAMENTO DEVIDO- TEORIA DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - A teoria do "venire contra factum proprium", já adotada pelos Tribunais, inclusive pelo STJ, veda o abuso do direito, o ilícito objetivo, a atuação contraditória da parte ao se comprometer a uma obrigação , motivando a atuação de uma das partes contratuais, e posteriormente não cumprir o negócio por ela mesmo acordado. - Assumindo livremente a parte a responsabilidade pelo pagamento de despesas médico-hospitares em momento de internação de terceiro, não há falar em ausência de sua responsabilidade pelo pagamento, pela Teoria do Venire contra Factum Proprium. (TJ-MG - AC: 10024100614791001 MG , Relator: Luciano Pinto, Data de Julgamento: 25/07/2013, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/08/2013)

Vale destacar que nem todo comportamento contraditório e incoerente pode ser

---

<sup>22</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

abarcado como hipótese de *venire contra factum proprium*. Para ilustrar isso, o autor Aldemiro Dantas Júnior (2007, p.293) aborda o seguinte exemplo:

[...] a hipótese daquele que envia a pessoa ausente proposta de contrato. É certo que esse proponente poderá se retratar, enquanto a proposta não tiver chegado ao conhecimento da pessoa a quem se destinava, ou se ambas, a proposta e a retratação, chegarem juntas a esse mesmo destinatário [...]

[...] Veja-se que o segundo comportamento, ou seja, a retratação é nitidamente contraditória em relação ao primeiro, a proposta, e tanto assim, que o desfaz por completo. E, no entanto, essa incoerência não é proibida e nem vai gerar qualquer consequência jurídica, simplesmente prevalecendo a retratação sobre a proposta, ou seja, prevalecendo o segundo comportamento sobre o primeiro, eis que os dois são incompatíveis entre si, e, portanto, não haveria como fazer-lhes conciliação [...]

Logo, para a caracterização do comportamento contraditório quatro elementos se fazem presentes: o comportamento, a expectativa criada em torno desse comportamento, o investimento nessa expectativa e, por fim, o comportamento contraditório que fulmina a expectativa.

Envolvendo esses elementos e intimamente ligada à vedação do comportamento contraditório, encontra-se a boa-fé objetiva, também conhecida como boa-fé contratual, que começa a realizar plenamente a sua vocação a partir da Primeira Guerra Mundial, impondo parâmetros de conduta para as relações sociais através da criação de direitos e obrigações anexos ao objeto principal de certo contrato, com o intuito de alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes.

Atualmente, a boa-fé representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas, que ao longo dos anos sensibilizou os juristas e legisladores das diversas nações à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes (SCHREIBER, 2005, p. 76-79).

Conclui-se, portanto, que a boa-fé implica em um comportamento honesto, com lealdade, como legitimamente esperado, levando em consideração, dentre outros fatores, a repercussão na esfera jurídica alheia, ou seja, levando em conta os interesses de terceiros, integrantes de um mesmo grupo social.

Atuar com base na boa-fé, implica necessariamente em uma conduta solidária, visando à efetivação da dignidade e do desenvolvimento da personalidade humana e colaborando com o objetivo que tem o ordenamento jurídico de se adequar aos desafios da realidade contemporânea, em que possa equilibrar as determinações de solidariedade social de modo que também se volte para a busca da promoção da

dignidade da pessoa humana, com as perspectivas contratuais provenientes das relações sociais.

Como é visto, aliado a boa-fé objetiva estão os preceitos da *solidariedade social*, prevista inclusive, na Constituição Federal, em seu artigo terceiro, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, apresentando-se de igual forma como fundamento da proibição do comportamento contraditório na medida em que impõe o “respeito e consideração aos interesses de terceiros, impedindo comportamentos egoísticos” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.688).

Esses institutos são claramente observados nas relações privadas, logo, de maneira que não poderia ser diferente, nas relações familiares, pois, além de ser a mais importante de todas as relações, estas trazem (ou pelo menos é o que se espera) doses extremas de boa-fé, confiança e solidariedade.

Como já dito, a solidariedade está contemplada na Carta Constitucional, sendo um dos elementos fundamentais na família, uma vez que esta é o que cada um deve ao outro, ou seja, o dever recíproco que cada integrante de uma família exerce. A solidariedade tem sua origem nos vínculos afetivos com conteúdo ético, uma vez que a própria expressão de solidariedade abrange em seu conceito a fraternidade e reciprocidade.

Para ilustrar, além de ser contemplada no preâmbulo da Constituição, são expressões de solidariedade, a imposição aos pais ao dever de assistência aos filhos (art. 229 da CF), o dever de amparo às pessoas idosas (art. 230 da CF) e, consagrada ainda, no casamento, o que se constata a partir da leitura e interpretação do Código Civil, em seus artigos 1.511 e 1.694<sup>23</sup> (DIAS, 2011, p.67).

Com relação à proteção social que ainda se mantém a família, essas expressões de solidariedade, de certa forma, ao gerar deveres recíprocos entre componentes do núcleo familiar, livra o Estado um pouco das obrigações de promover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão (DIAS, 2011, p. 67).

---

<sup>23</sup> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Com relação à boa-fé objetiva, esta abarca as relações familiares como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada, de maneira que impõe deveres de lealdade e confiança recíprocos entre as partes. Tal confiança não gira em torno apenas das relações patrimoniais de família, mas também, e, sobretudo, naquelas de conteúdo existencial.

De fato, é a confiança que determina novos contornos para os institutos familiares, na medida em que se volta para a proteção dos valores constitucionalmente estabelecidos, buscando a promoção da dignidade da pessoa humana e a solidariedade, exigindo (assim como objetiva a boa-fé), comportamentos éticos e coerentes que não fulminem a expectativa e esperança do outro indevidamente.

Assim, como dispõem os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 143): “tratando-se de efeitos existenciais (ligados à essência da pessoa humana), a confiança se materializará na forma de *afeto*”. Este contribuirá para o desenvolvimento da personalidade dentre das relações familiares que servirá como obstáculo para que não se viole a confiança natural decorrente dessa relação, necessitando o exercício do respeito às peculiaridades de cada um de seus membros.

A partir de então, reconhece-se a figura do *venire contra factum proprium*, no âmbito familiar, na medida em que esse instituto envolve confiança, boa-fé, direito e deveres.

Muitos são os exemplos que podem ser mencionados para ilustrar a aplicação desses institutos nas relações familiares, contudo, será demonstrada a influência destes no que tange os procedimentos de reprodução medicamente assistida.

Como já visto, a reprodução assistida é utilizada, em grande parte dos casos, por casais que têm dificuldades em procriar pelas vias naturais. Sendo uma decisão de ambas as partes, a alternativa pode ser as técnicas de reprodução artificial.

Essas técnicas podem ser realizadas com material genético do casal (reprodução homóloga) ou com material genético de terceiros (reprodução heteróloga). O que se quer pontuar é quanto à possibilidade da desistência do cônjuge ou companheiro, quanto ao material genético disponibilizado, ou até mesmo após a utilização desse material e alcançado o seu objetivo (gerar um filho), se o material excedente, ou disponível, pode ser alvo da livre disposição de um dos cônjuges de não querer mais



utilizá-lo.

O que se quer dizer é que, ao se estabelecer um projeto parental em comum acordo, são praticados atos de manifestação da vontade e exercício da autonomia, e como já visto, especialmente no que tange à reprodução assistida, a vontade é o elemento cerne para que se realize o procedimento. Todos esses atos estão ligados por livres disposições de vontade, que a princípio se coadunam. Por exemplo, o casal ao decidir ter filho pelas vias de reprodução medicamente assistida toma a decisão pautada na vontade de ambos e conscientes das consequências jurídicas provenientes do resultado da fecundação.

Contudo, tal manifestação está sujeita a outros atos de disposição, enquanto não realizada a fecundação, ou seja, enquanto ainda não se trata de proteção ao nascituro ou a criança.

E, nesse sentido, o risco decorrente da reprodução assistida homóloga acontece, na medida em que o homem disponibiliza o seu material genético e repensa quanto ao procedimento, não desejando mais que este ocorra, e a mulher, que precisa estar presente, utiliza-se de má-fé, mesmo sabendo que o seu marido ou companheiro desistiu da decisão de ter um filho, ainda assim, realiza o procedimento, valendo-se de uma decisão unilateral. Nesta situação, caso o marido tente impugnar a matrimonialidade do filho, terá negada a sua pretensão material, considerando o risco da situação que se encontrava época da concepção, ou seja, a comunhão de vida com sua esposa somada ao fator biológico. Quanto ao companheiro, o mesmo lhe é considerado, salvo a presunção de paternidade, porém, está ligado biologicamente à criança, o que no futuro poderia ser provado com uma investigação de paternidade (GAMA, 2003, p.704).

Entretanto, como demonstrado, o que se espera de toda relação familiar, principalmente no que diz respeito à relação de casamento ou de união estável, são ações pautadas na boa-fé e na confiança, acentuando-se mais ainda ao projeto parental que a esses valores soma-se a disposição de vontade harmoniosa entre ambas as partes.

Portanto, a partir do momento em que a mulher toma uma decisão, obviamente de má-fé, com um claro comportamento egoístico, o cônjuge ou companheiro que teve seus direitos violados, pode alegar os preceitos do *venire contra factum proprium*,

partindo do pressuposto de que, o esperado das relações são ações pautadas na confiança e na boa-fé, e a partir do momento que uma das partes age de má-fé, ou seja, com uma conduta contrária ao que se espera, as justas expectativas restam-se violadas.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Parece concordar com este entendimento Guilherme Calmon Nogueira Gama em: A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais.

## 6 CONCLUSÃO

Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental para nortear as relações privadas, percebe-se que a sua compreensão também se dá de acordo com o indivíduo, no caso concreto, e a sua percepção de si mesmo.

Foi esclarecido, também, que ao se confrontar os direitos ditos como fundamentais é válido que se utilize da técnica da ponderação para que se resolva o conflito, e que ao contemplar um dos princípios contrapostos, o prejuízo do outro seja, pelo menos, socialmente aceitável.

Após a apreensão de que para que se aferir a dignidade da pessoa humana é primordial que o sentimento de dignidade que cada indivíduo tem a respeito de si próprio, se reconhece que para isso é preciso que o mesmo indivíduo tenha possibilidade de exercer sua liberdade de escolha através da sua autonomia.

Ao exercer esta autonomia, tão importante para a determinação da dignidade, percebe-se que ela deve observar certos limites para que não se interfira na dignidade de terceiros ou viole os direitos fundamentais alheios.

Outro princípio constitucional muito importante para o presente trabalho foi o do planejamento familiar, que deve abarcar direitos e deveres. Todos aqueles que querem constituir uma família tem o direito de escolher se querem ou não ter filhos, sem coerção de instituições privadas ou públicas. Se optarem pela escolha de procriar, o casal poderá fazê-lo pelas vias naturais ou artificiais.

Ao optar por ter um filho, o casal deve observar o que diz respeito à paternidade responsável, que nada mais é que a consciência das consequências que virão junto com o filho e das responsabilidades que deverão ser assumidas, para que seja proporcionada a essa criança todas as condições dignas para que ela se desenvolva como pessoa, tanto física como psicologicamente, entrando, nesse aspecto também, a disposição de cada um em dar afeto, na medida em que este se mostra fundamental para o desenvolvimento da personalidade.

Nesses casos, cabe intervenção do Estado se violados algum dos direitos ditos como fundamentais, bem como o papel de educar sobre as consequências do que é ter um filho, assim como orientar quanto às maneiras contraceptivas.

A partir do entendimento do que seria o planejamento familiar e compreensão de que este também é um exercício da autonomia privada de cada indivíduo da relação para que se tenha um projeto parental responsável e voltado para a proteção da dignidade, parte-se para o conceito de autonomia privada em si e todas as ponderações envolvidas.

A autonomia ganhou espaço com o liberalismo, no qual a vontade era elemento crucial nas relações, porém, esta não conhecia limites, visto que para a caracterização de um negócio se fazia necessário apenas a manifestação de vontade das partes. Contudo, com a evolução da sociedade e com a constitucionalização do Direito Civil, novos preceitos foram abarcados e deveriam ser contemplados em todas as relações (privadas ou públicas): solidariedade social, dignidade da pessoa humana e igualdade substancial. Dessa forma, o exercício da autonomia limitou-se ao respeito a esses preceitos assim como a outros direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, surgindo, então, a autonomia privada.

Considerando que a maior de todas as relações privadas, são exatamente as relações familiares, pondera-se a atuação da autonomia no Direito de Família, respeitando os limites constitucionalmente estabelecidos. Após, traçou-se um breve histórico quanto à evolução da concepção de família até a sua atual realidade: plural, multifacetada e dinâmica.

A intervenção mínima do Estado no direito de família se mostra fundamental, visto que o ambiente familiar é o lugar mais propício para o desenvolvimento da pessoa humana, respeitando as particularidades de cada um, na medida em que o que se espera das relações familiares é o exercício pleno da solidariedade, confiança e respeito.

Com os avanços científicos e biotecnológicos, casais que antes teriam dificuldade para ter filhos pelas vias naturais, têm a possibilidade de fazê-lo por vias artificiais, através da reprodução assistida, homóloga ou heteróloga.

Como demonstrado, em relação ao novo modelo de concepção, inúmeras discussões, éticas, morais e jurídicas são travadas, existindo algumas lacunas no nosso ordenamento quanto a essa novidade da Biotecnologia.

Ao tratar das técnicas de reprodução assistida e das suas discussões éticas,

percebe-se que a tese majoritária e, porque não, mais coerente, é a que defende que, antes da fecundação no útero da mulher, não seriam os embriões criopreservados, nascituros propriamente ditos, uma vida humana ainda.

Para completar a discussão sobre a reprodução medicamente assistida, foi visto que através dela também pode ser estabelecida a filiação, sendo o elemento vontade de fundamental importância, principalmente na reprodução heteróloga.

Ocorre que, no Código Civil está disciplinado que o consentimento expresso, no caso da reprodução assistida heteróloga, é necessário para que se estabeleça a filiação, nada mais coerente, visto que nesses casos a filiação se estabeleceria por critérios não biológicos.

Quanto à reprodução assistida homóloga, o consentimento é considerado tacitamente, visto que é utilizado material genético das partes envolvidas e como um projeto parental pressupõe livre disposição de vontade das partes, esse consentimento expresso, no caso da reprodução homóloga, não está previsto no Código Civil, até porque a filiação, nesse caso, será estabelecida por critérios biológicos.

Contudo, antes de ser realizado o procedimento, considerando que é um ato de livre disposição das partes, uma delas, no caso em questão, o marido, pode desistir da realização do procedimento, por inúmeros motivos, inclusive, por não se achar preparado para ser pai, sendo, inclusive, uma decisão que coaduna com os pressupostos da paternidade responsável. O risco é que se esse consentimento for violado por uma decisão unilateral da mulher, agindo de má-fé (deve saber qual seria a vontade do marido), utilizando-se do material genético do seu marido, disponível na clínica de tratamento, pode também existir uma conduta médica antiética, pois realiza a fecundação e estabelece uma paternidade “forçada”.

É claro que o marido poderia alegar a má-fé da esposa, não sendo este o comportamento esperado de uma relação conjugal, para fins de separação, mas não para não ser estabelecido filiação com a criança gerada, visto que estariam biologicamente ligados.

Quanto a isso, a Constituição Federal protege o direito das crianças em se ter uma família estabelecida, e o que se quer neste trabalho, não é mostrar que a criança não teria esse direito por uma conduta inicialmente errada da mãe, mas sim, levar

em consideração os valores afetivos e as futuras consequências psicológicas para a criança ao se estabelecer uma paternidade forçada (vale resaltar, não por irresponsabilidade de quem não queria, mas por uma decisão lícita de não mais utilizar o seu material genético), ponderando, para tanto, o afastamento do critério biológico para que a filiação não se estabeleça - se provado que houve atitudes de má-fé da mãe que violaram a vontade, autonomia e os tão protegidos direitos da personalidade do pai.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função social da funcionalização da autonomia privada?. In: REQUIÃO, Maurício (coord.) **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014

ALMEIDA JR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: IOB, v.11, n.55, ago./set. 2009.

ALMEIDA JR, Vitor de Azevedo. Parentalidade tardia e reprodução assistida: os limites do direito ao planejamento familiar no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais: ano14, v.54, abr./jun. 2013.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família: a célula Mater da Sociedade: afeto na relação familiar. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). **Direito & Justiça Social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Campanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

BARBOSA, Mário Figueredo. A autonomia da vontade e o intervencionalismo estatal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, v.3, jan. 1978/jun.1979.

BARROSO, Roberto Luís. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002: o Brasil rumo a uma sociedade mais justa, livre e solidária: democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). **Direito & Justiça Social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Campanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

\_\_\_\_\_, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

\_\_\_\_\_, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BELLA, Maria Gianluca. A fecundação medicamente assistida entre “Direito” e “Ética” na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.46, n.182, abr./jun. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)> Acesso em: 28 abr. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)> Acesso em 20 abr.2014.

BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)> Acesso em 20 abr. 2014.

BRASIL. **Lei 10.406 (Código Civil)**, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e critérios jurídicos de paternidade na reprodução assistida. **Revista do Curso de Direito Das Faculdades Jorge Amado**. Salvador, ano 1, v.1, jul./dez. 2001.

\_\_\_\_\_, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CABRAL, Érico de Pina, a “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, n. 19, p. 83-119, jul./set. 2004.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 6: Família. 5ª Edição; Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DANTAS JR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5. Direito de família, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.



\_\_\_\_\_, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Contratos: teoria geral e contratos em espécie. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_, Cristiano. **A família da pós modernidade**. Revista de Direito Privado, A família da pós-modernidade: Em busca da dignidade perdida da pessoa humana. Revista Trimestral de Direito Civil. - Ano 3, v.12 (out./dez. 2002).

FRANÇA, Loreanne Manuella de Castro; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa - **Da inserção de cláusulas de não indenização nos contratos relacionados à reprodução humana assistida**. Anais do XXI Congresso Nacional do CONDEPI. 1. Ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012, p.322-349. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c220a2091c26a7f>> Acesso em: 1º setembro. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: O biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Tese de Doutorado, UERJ. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.1.058p.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia Privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir” uma necessária ruptura com o regramento civil da (in) capacidade jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

JACOB, Luiz Guilherme de Almeida Ribeiro. Erro de direito: interpretação dialógica do novo código civil e da lei de introdução do código civil. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais campos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003 (Série: Clássicos Edipro).

KRELL, Olga Jubert Gouveia. As principais questões jurídico-civis ligadas às técnicas de reprodução assistida e o seu tratamento. **Revista do Mestrado em Direito/Universidade de Alagoas**. Maceió: v.2, n.3, jul./dez. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto: A repersonalização das relações de família. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, n.19, jul./set. 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas de Rego Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Ana Thereza. Disciplina jurídica da destinação do excedente embrionário da reprodução assistida. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2006, p.227-238.

MORAES, Maria Celina: **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ONU. **Declaração de Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 20 maio. 2014

PIOVESAN, Flávia; RUSSO JR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coords.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais campos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2000.

PORTUGAL. **LEI N 32/2006**.: Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/tpb\\_MA\\_4022.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf). Acesso em: 18 de maio de 2014.

REQUIÃO, Maurício. A autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (coord.) **Discutindo a autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

SANTOS, Joyce Araújo dos. Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito e a ponderação de interesses. **Revista do Mestrado em Direito** / Universidade Federal de Alagoas, v.1, n.1. Maceió: Nossa Livraria, 2005.

SANTOS, Nelson da Cruz – Técnicas de Reprodução Assistida: GIFT - **Reprodução Humana**, por José Aristodemo Pinotti, Angela Maggio da Fonseca e Vicente Renato Bagnoli. São Paulo: Fundo Editoria BYK, 1996.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito** / Universidade Federal de Alagoas – v.1, n.1, Maceió: Nossa Livraria, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1.ed. 3 triagem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à Procriação, Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida e a Proibição de *Venire Contra Factum Proprium*- A Inseminação artificial Heteróloga e o Comportamento Contraditório do Cônjuge ou Companheiro. **Revista Baiana de Direito**: Salvador, n.4, 2009.

STJ. **Recurso Especial: REsp: 1059214 RS 2008/0111832-2** (Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 – Quarta turma, Data de Publicação: DJe 12/03/2012)

**STJ. Recurso Especial: REsp 1087163 RJ 2008/0189743-0.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086464/recurso-especial-resp-1087163-rj-2008-0189743-0-stj>> Acesso em: 28 maio.2014 (Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/08/2011, T3 - Terceira turma, Data de Publicação: DJe 31/08/2011).

**STJ. Recurso Especial : REsp 1122547 MG 2009/0025174-6.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6144469/recurso-especial-resp-1122547-mg-2009-0025174-6/relatorio-e-voto-12281846>> Acesso em: 28 maio.2014 (Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10/11/2009, T4 - Quarta turma).

**STJ. Recurso Mandado de Segurança: RMS 24197/PR (STJ. PRIMEIRA TURMA. Relator Ministro Luiz Fux. RMS 24197 / PR. DJe 24/08/2010) .** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942>> - Acesso em: 20 maio. 2014.

**STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510.** Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>> Acesso em: 28 maio.2014.

**TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO** – Disponível em: <[www.ammg.org.br/arquivos/termo.doc](http://www.ammg.org.br/arquivos/termo.doc)> Acesso em: 1º setembro.2014.

**TJ-RJ. Apelação : APL 00067165520118190001 RJ 0006716-55.2011.8.19.0001.** Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116621646/apelacao-apl-67165520118190001-rj-0006716-5520118190001>>. Acesso em: 28 maio.2014.

**TJ-RJ. Apelação : APL 00360682420128190001 RJ 0036068-24.2012.8.19.0001,** (Relator: DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA, Data de Julgamento: 19/02/2014, SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 16/04/2014 00:00) Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116622289/apelacao-apl-360682420128190001-rj-0036068-2420128190001>>. Acesso em: 29 maio.2014.

TOGNOTTI, Élvio; LOYELO, Taisa – Técnicas de Reprodução Assistida: Fertilização in vitro e transferência intra-uterina - **Reprodução Humana**, por José Aristodemo Pinotti, Angela Maggio da Fonseca e Vicente Renato Bagnoli. São Paulo: Fundo Editoria BYK, 1996.

UENO, Joji – Técnicas de Reprodução Assistida: Transferência Intrauterina de Zigoto – **Reprodução Humana**, por José Aristodemo Pinotti, Angela Maggio da Fonseca e Vicente Renato Bagnoli. São Paulo: Fundo Editoria BYK, 1996.

ZANELATO, Marco Antônio. A procriação medicamente assistida e seus efeitos jurídicos. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do Código Civil nos demais campos do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

**ANEXO I****TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO**

Pelo presente instrumento, declaro que fui suficientemente esclarecido(a) pelo (a) médico(a) *(nome completo do médico)* sobre os procedimentos *(esclarecer quais procedimentos)*, a que vou me submeter, ou a que vai ser submetido *(nome do paciente)*, do qual sou responsável legal, bem como do diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento *(discriminar)*.

Declaro também que fui informado(a) de todos os cuidados e orientações *(discriminar)* que devo seguir a fim de alcançar o melhor resultado. Estou ciente que o tratamento não se limita ao *(colocar o procedimento realizado)*, sendo que deverei retornar ao consultório/hospital nos dias determinados pelo médico, bem como informá-lo imediatamente sobre possíveis alterações / problemas que porventura possam surgir.

Pelo presente também manifesto expressamente minha concordância e meu consentimento para realização do procedimento acima descrito.

Local e data

\_\_\_\_\_  
Nome e assinatura do paciente (ou representante legal)

\_\_\_\_\_  
Documento de Identidade

\_\_\_\_\_  
Testemunha

\_\_\_\_\_  
Testemunha

