

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**PARENTALIDADE:
QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA OU DIREITO FUNDAMENTAL?**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Miguel Fernando Gonçalves de Matos dos Santos Neves

Autora: Fernanda do Valle Gimenez.

Número da Candidata: 201515200

Março 2021

Lisboa

**PARENTALIDADE:
QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA OU DIREITO FUNDAMENTAL?**

FERNANDA DO VALLE GIMENEZ

Trabalho de dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade Ciências Jurídicas, pela Universidade Autónoma de Lisboa, sob orientação do Professor Miguel Santos Neves.

Março 2021
Lisboa

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha querida Mãe, que tanto se esforçou para viver este sonho ao meu lado. Sei de cada dificuldade passada ao longo da vida, do amor incondicional e de todas as renúncias que fez por mim. Obrigada por dedicar a sua vida à concretização dos meus sonhos e por sempre voar ao meu lado. Agradeço, não apenas pelo esforço financeiro, mas principalmente emocional. À minha amada Avó pela presença tão forte em nossas vidas e por, com toda sua doçura, nos trazer paz em todos os momentos da vida. Hoje não está fisicamente ao nosso lado, mas ainda faz forte a sua presença. Agradeço a Deus por me deixar vir ao mundo ao lado delas e por me deixar fazer parte dessa família singular. Obrigada por me dar saúde e por não deixar que nada de mal acontecesse nos períodos de minha ausência. Ao meu amado Marido, agradeço a compreensão, o carinho, o incentivo e os gestos concretos de apoio e dedicação. Obrigada por tornar todos os momentos mais leves e felizes, e por me ensinar diariamente a conduzir minha vida. Às minhas amigas: Maíra Diniz Tolentino, Renata de Pauli e Daniela de Pauli, por viverem tudo isso ao meu lado e por fazerem parte de uma das fases mais gostosas de minha vida. À equipe do Cartório de Santa Cruz, agradeço por permitirem que me dedicasse de maneira plena a este trabalho.

Agradecimentos

Agradeço a Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, pelo conceito que construiu e caminhos de sucesso que trilhou, fazendo com que despertasse o sentimento de nós, brasileiros, em fazer parte dessa história. Agradeço a excelência das aulas e ao alto grau de desempenho dos professores. Agradeço a Professora Doutora Stela Barbas por nos inspirar diariamente com seu conhecimento e nos encantar com sua simpatia e carisma. Ao Professor Doutor Diogo Leite de Campos pela arte de ensinar e pelo carinho em lidar com todos os alunos no dia a dia. Ao Professor Doutor Pedro Trovão pelo fascínio de suas aulas e por nos mostrar a importância de seu grau de elevada exigência. Sem dúvidas saímos deste curso engrandecidos e realizados. Ao Professor Doutor Miguel Santos Neves por auxiliar na criação deste trabalho que tanta afeição tenho. A todos os Professores, minha eterna gratidão e admiração.

Resumo

A presente dissertação busca trazer a essência das relações de parentalidade e tem o propósito de estabelecer uma maior coerência para a intromissão do Estado nas relações extrapatrimoniais ou personalíssimas de Direito de Família, a fim de questionar, sobretudo à luz da intimidade, o poder opressor que o Estado pode exercer sobre a família.

Apesar de inegável que até mesmo este ramo do direito sofra interferência estatal, é certo que tal ingerência não pode ser tamanha a ponto de tolher substancialmente a liberdade individual. Busca-se preservar os interesses individuais que dão caráter privado ao Direito de Família.

Numa perspectiva macro estaríamos diante de Questões de Ordem Pública *versus* Direitos Fundamentais. Embora existam exemplos de abjunção do Estado na comunhão de vida instituída pela família, em alguns casos essa interferência se mostra completamente desarrazoada e injustificada, como veremos adiante.

Palavras-chave: Filiação; Parentalidade; Direitos Fundamentais; Questões de Ordem Pública.

Abstract

This dissertation seeks to bring the essence of parenting relationships and aims to establish greater coherence for the State's interference in off-balance sheet or exclusive Family Law relations, in order to question, especially based on intimacy, the oppressive power that the State can exercise on the family.

Although it is undeniable that even this branch of law is subject to state interference, it is certain that such interference cannot be so great as to substantially avoid individual freedom. It seeks to preserve the individual interests that give a private character to Family Law.

From a macro perspective, we would be facing Public Order Issues versus Fundamental Rights. Although there are examples of abjection by the State in the communion of life instituted by the family, in some cases this interference proves to be completely unreasonable and unjustified, as we will see below.

Keywords: Parentage; Parenting; Fundamental Rights; Public Order Issues.

Sumário

Introdução.....	7
1. Família e o Direito de Família.....	10
2.1. Classificação dos Filhos.....	15
2.2. Formas de Filiação.....	19
2.2.1. Filiação Biológica.....	19
2.2.2. Filiação Assistida.....	25
2.2.3. Filiação Registral.....	27
2.2.4. Filiação Socioafetiva.....	28
2.2.5. Filiação por Adoção.....	31
3. A interferência do Estado no desejo de ser mãe.....	34
3.1. Gestação de substituição legal.....	38
3.2. Laqueadura Forçada.....	41
4. Da análise de casos nas Jurisprudências dos Tribunais.....	45
5. Direitos da Personalidade X Direitos Fundamentais.....	57
6. Questão de Ordem Pública ou Direito Fundamental? Os Limites da Atuação do Estado no Direito de Família.....	61
CONCLUSÃO	63

Introdução

As regras de Direito de Família e a Parentalidade variam muito de um Estado para outro, por estarem intimamente ligadas não apenas à cultura e à história, mas também à evolução social de cada País.

Apesar das diferenças culturais existente em todo mundo, as trocas de experiências entre os países têm avançado a cada dia, permitindo uma valiosa análise de Direito Comparado. No caso de Brasil e Portugal, países culturalmente tão próximos, temos um intercâmbio permanente e ainda mais importante.

Em diversos ordenamentos jurídicos, é defeso a qualquer pessoa, seja de direito público ou de direito privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, com base nos princípios garantidores da vida privada, intimidade e dignidade da pessoa humana.

Entretanto não é incomum ver a atuação do Estado no ambiente familiar. Interferência que ocorre sempre justificada por outros interesses e princípios, mas que nem sempre se mostram tão legítimos assim.

No Direito de Família, uma linha ténue separa as normas de ordem pública ou cogentes dos Direitos Fundamentais, que por vezes se misturam ou sobrepõe. Mesmo diante do paradigma de não interferência do Estado, encontramos diversos regramentos em sentido contrário como ocorre, por exemplo, nas restrições contidas no artigo 1699.º do Código Civil Português que são tratadas expressamente como restrições ao princípio da liberdade.

É possível perceber que, não apenas nas relações entre cônjuges, como no exemplo supracitado, mas sobretudo nas relações de parentalidade, a ingerência do Estado se mostra presente muitas vezes de forma audaciosa, como se fosse possível definir de forma objetiva o que é felicidade.

Ainda que sob o fundamento de proteção dos filhos em relação aos próprios pais, não pode o Estado fundamentar sua interferência diante de questões que são, sobretudo, emocionais.

A parentalidade, isto é, a qualidade do que é parental, ou em outras palavras, o estado ou condição de pai e mãe, vem ganhando diferentes contornos ao longo da história. Atualmente, o conceito se relaciona ao adulto que seja referência para a criança que, não necessariamente, são os seus pais biológicos.

Considerando que em nossa sociedade o vínculo sanguíneo tem um valor exacerbado, assim como o tem para os portugueses, naturalmente esperamos que os pais biológicos exerçam a parentalidade, contudo, é sabido que nem sempre é assim. O que vincula uma

criança a um adulto a ponto de denotar aquela relação como familiar é o cuidado e também as responsabilidades assumidas pelos adultos como protetores daquela criança.

Surge aqui a diferenciação entre uma relação perinatal e parental. A primeira, sempre associada a relação puramente biológica, envolvendo desde o ciclo gravídico até o estado puerperal. A segunda, por sua vez, é construída cotidianamente. A família precisa edificar uma relação de parentalidade para que aqueles laços se concretizem em ambos os lados, tanto dos pais quanto dos filhos.

Como dito, o que se espera é que uma seja continuidade da outra, que a perinatalidade ande junto com a parentalidade, mas enquanto o processo perinatal é fisiológico e objetivo, a parentalidade é totalmente subjetiva, vem do ato de cuidar, criar, amar e educar os filhos.

Por essa razão, hoje não falamos tão somente no vínculo biológico ou jurídico existente entre os progenitores e seu(s) filho(a)(s), mas da relação de um adulto e o menor a seu cargo, relação esta que pode nascer de diferentes formas, mas que em todas elas acarreta direitos e obrigações.

Em todo o mundo, no que tange à generalidade de pessoas, não há dúvidas de que se trata do ramo do direito com maior aplicabilidade e incidência na prática, pois de uma forma ou de outra, todo mundo é filho de alguém, todos pertencem a um grupo familiar e isso tem importância para o indivíduo e tem fortes reflexos no mundo jurídico.

Para que seja possível discorrer sobre um tema tão delicado, será realizada a análise de casos concretos com base não apenas no Direito Civil Constitucionalizado, mas também no Direito Civil como um ramo de Direito Privado.

A lei serve para proteger e para regular a vida em sociedade, mas ela não tem a aptidão, a habilidade, de mudar situações de fato que continuarão existindo a despeito de sua aplicação. Por isso, por vezes se mostra mais fácil e eficaz que o Direito seja flexibilizado, especialmente no seio familiar.

Parodiando Adam Smith, o Estado deve ser uma mão invisível. Quer dizer que o Estado deve manter o menor nível possível de intervencionismo, neste caso não na economia, mas no Direito de Família.

Dessa forma, a família se regulamentará de forma automática, como se houvesse uma mão invisível por trás de tudo. Afinal é da natureza do ser humano a busca pela felicidade e não tem o Estado o dom de dizer o que será bom para cada indivíduo.

Do ponto de vista jurídico, não é que o Estado não possa interferir nas relações familiares e, em alguns casos, até deva, mas essas interferências têm que ser ainda mais excepcionais e limitadas.

Sob outra ótica, a parentalidade não pode ser apenas um dever, mas também um direito a ser exercido por todos, sem distinção. Por vezes, a justiça se mostra envolvida no cuidado e proteção dos filhos, focada nos deveres dos progenitores, sem se lembrar que eles também possuem direitos.

Sem pretensão de ser inovadora ou arrojada, a presente pesquisa tem o objetivo de desencorajar certos abusos cometidos em diversas partes do mundo.

Pelo exposto, os casos aqui apresentados exigirão fortes reflexões sobre o tema: Afinal, qual seria o limite de atuação do Estado na vida privada familiar? É o que veremos a seguir.

Capítulo I

1. Família e o Direito de Família

Manter vínculos com seres da mesma espécie não é uma prerrogativa do ser humano. Pelo próprio instinto de sobrevivência ou de perpetuação da espécie, até mesmo os animais tendem a viver em bando na natureza. Trata-se de uma construção natural.

Nos agrupamentos humanos, não existe dúvida de que a família é o que precede todos os demais. Indivíduos que se unem inicialmente por uma química biológica, de formação espontânea.

Com o transcorrer do tempo, a família abandona o caráter puramente natural e biológico, assumindo nova feição e passando a ser um fenômeno sobretudo cultural.

No mundo contemporâneo a família nada mais é do que a concretização das pessoas com as quais você vive e convive. Não por outro motivo Rodrigo da Cunha Pereira assevera tratar-se de “uma estrutura psíquica e que possibilita o ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*”.¹

Indubitavelmente a família sempre trará consigo uma dimensão biológica que, entretanto, pode não se perpetuar. Neste momento surgirão os diversos arranjos familiares, na acepção literal da palavra, colocação com propósito de por em ordem através da harmonia dos elementos. A família passa a não ser necessariamente entre pessoas de um mesmo sangue e passa a ser composta por pessoas com os mesmo valores e princípios e que desfrutam de uma relação, acima de tudo, de reciprocidade.

Além da modificação interna da entidade familiar, ocorreu significativa mudança no comportamento da sociedade, as pessoas passaram a enxergar que o afeto se sobrepõe à biologia, se sobrepõe ao regramento legal.

A despeito da ausência de proteção que por muitos anos assolou famílias não tradicionais, isto é, fruto não necessariamente de um casamento e, menos ainda, de laços sanguíneos, outros arranjos familiares sempre existiram, mas inegavelmente eram relações marginalizadas.

Certo é que mudam-se os tempos, muda-se a família. Podemos dizer que apenas recentemente foi de fato reconhecida a família fora do casamento. É indubitável que o Direito de Família brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. cf. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**, cit., p.35.

principalmente da colonização lusa. A interferência da Igreja Católica prevaleceu durante séculos na sociedade, refletindo diretamente no conceito e no comportamento da família.

A religião sempre interferiu de maneira inequívoca no conceito de família, a santidade do casamento foi sempre tratada na Bíblia cristã como essencial e a questão do divórcio como algo absolutamente contrário a Deus “o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e os dois se tornarão uma só carne. Assim, eles já não são dois, mas sim uma só carne. Portanto, o que Deus uniu, ninguém separe”.²

Mas a família como fenômeno humano que é, e em que se funda a sociedade, torna impossível e injusto compreendê-la como um instituto fechado, que não comporte diversas interpretações. A sociedade contemporânea é marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e globalizadas e é por este motivo que sempre nos deparamos com novas manifestações de família.

Diante do exposto, a manifestação familiar não é uma totalidade homogênea, mas sim um universo de relações diferenciadas, que devem ser analisadas uma a uma, pois comportam exceções a depender do caso concreto. Por isso premente a necessidade de uma abordagem da família que considere a complexidade dos dias atuais.

As estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da sociedade e às necessidades do próprio homem. A busca pela felicidade refletiu diretamente no seio familiar e o Direito precisou acompanhar esse desfecho.

Seguindo tal evolução, hoje temos o Direito das Famílias como o “mais vivo” de todos os Direitos, e também o mais essencial. A complexidade natural do tema exigiu uma construção interdisciplinar para alcançar soluções jurídicas que fossem consentâneas aos novos arranjos familiares.

Utilizando das palavras de Carlos Roberto Gonçalves, já se disse, com razão, que “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”.³ O Estado não poderia então ficar inerte e, em busca de dar a essa sociedade as garantias legais necessárias para o seu bem-estar, adaptou normas e conceitos, que serão tratados neste estudo.

² **Novo Testamento.** Segunda Parte da Bíblia Cristã. Mateus 19. O Divórcio.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** V.6: Direito de Família. p. 17

Neste cenário de tantas mudanças, o mais laborioso é encontrar um equilíbrio entre os direitos da família e o Direito de Família, é imperioso encontrar um limite para a atuação do Estado dentro de um ambiente tão particular e em constante movimento.

Adveio, assim, uma ampla regulamentação de aspectos tidos como essenciais ao Direito de Família, alterações que visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social. Para o doutrinador Flávio Tartuce:

É cediço que as normas de Direito de Família são essencialmente normas de ordem pública ou cogentes, pois estão relacionadas com o direito existencial, com a própria concepção da pessoa humana. No tocante a seus efeitos jurídicos, diante da natureza dessas normas, pode-se dizer que é nula qualquer previsão que traga renúncia aos direitos existenciais de origem familiar, ou que afastem normas que protegem a pessoa.⁴

Com a constitucionalização do Direito Civil, não há como falar no Direito de Família sem ter como base a dignidade da pessoa humana estampada na constituição. Ao mesmo tempo, em um ambiente tão íntimo e subjetivo, é difícil estabelecer garantias, pois estas por vezes poderiam representar agressões, pois não podemos nos esquecer que estamos diante de um ramo de direito privado.

Tantas mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento, no Brasil, da Constituição Federal de 1988, levaram à aprovação de um Novo Código Civil Brasileiro no ano de 2002. Nitidamente, o sistema passou a demandar dos pais uma paternidade mais responsável, onde os vínculos de afeto passaram a receber uma especial atenção, se sobrepondo à verdade biológica.

Ante tantas aberturas e mudanças, as famílias atuais encontram-se assentadas em três características basilares: (1) socioafetividade = a família vinculada à afetividade e não a uma legislação positivista; (2) eudemonista = a família, como base da sociedade, possui uma grande função social, que é a realização pessoal e a felicidade de seus membros; (3) anaparental = a família está além dos vínculos técnicos, sendo formada por indivíduos que buscam, por meio da afetividade mútua, a felicidade comum.

Ao regular a família e o Direito de Família, o grandioso é conseguir harmonizar a importância social de sua disciplina, os interesses individuais, o acentuado predomínio das normas imperativas e as facetas de suas características basilares acima descritas.

⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.5: **Direito de Família**. p. 15

Normas de ordem pública, normas cogentes, de disponibilidade relativa e absolutamente limitada, uma intervenção crescente do Estado e, na outra ponta, um particular com suas singularidades.

A crescente interferência estatal e legislativa em dizer o que é certo ou errado, por vezes, tem levado alguns doutrinadores à conclusão de que se deve retirar o Direito de Família do campo do direito privado para incluí-lo entre os ramos de direito público, enquanto alguns preferem qualificá-lo como um direito social ou “sui generis”.

Não parece apropriado retirar o caráter privado deste Direito, colocando o Estado como parte dessa relação. Em Portugal, no Brasil e em todo o mundo, o Direito de Família precisa continuar sendo o mais humano de todos os ramos do direito. Irrefutavelmente, a proteção não pode significar opressão e a imposição de deveres não pode ocultar os direitos.

Capítulo II

2. Parentalidade

Como visto, o estado da filiação sofreu profundas alterações, em parte provocada pelos avanços científicos, como se verá adiante, em parte provocada pelo redirecionamento do próprio conceito de filiação. A ciência aliada ao desejo de se ter um filho, permite afirmar que pai e mãe não são necessariamente aqueles que fornecem o material genético ou que vivenciam pessoalmente a gestação, mas sim aqueles que participam efetivamente de um projeto parental.

Somado a isso, a efetiva assistência, proteção e representação, garantem que a filiação somente é de fato existente, quando visualizada também pelo lado do filho. Com isso, a necessidade de laços sanguíneos, definitivamente deixa de existir.

A identidade cultural entre Brasil e Portugal fez com que tais mudanças fossem percebidas em ambos os ordenamentos que, jamais perderam de vista o enfoque nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse da criança.

Impossível adentrar nos subtítulos deste tópico sem citar o poeta, cronista e jornalista brasileiro que escreveu e descreveu de forma mais bonita o tema, seguem as mais belas palavras de Fabrício Carpi Nejar ou Fabrício Carpinejar como passou a assinar:

Parente e Família.

Sempre me emociono quando reparo o quanto filhos adotivos passam a se parecer com os seus responsáveis. Ninguém diz que foram adotados: o mesmo olhar, o mesmo andar, a mesma forma de soletrar a respiração. Há um DNA de ternura mais intenso do que o próprio DNA. Os traços mudam conforme o amor a uma voz ou de acordo com o aconchego de um abraço.

Não subestimo a força da convivência. Família é feita de presença mais do que de registro. Há pais ausentes que nunca serão pais, há padrastos atentos que sempre serão pais.

Não existem pai e mãe por decreto, representam conquistas sucessivas. Não existem pai e mãe vitalícios. A paternidade e a maternidade significam favoritismo, só que não se ganha uma partida por antecipação. É preciso jogar dia por dia, rodada por rodada. Já perdi os meus filhos por distração, já os reconquistei por insistência e esforço.

Família é uma coisa, ser parente é outra. Identifico uma diferença fundamental. Amigos podem ser mais irmãos do que os irmãos ou mais mães do que as mães.

Família vem de laços espirituais; parentes se caracteriza por laços sanguíneos. As pessoas que mais amo no decorrer da minha existência formarão a minha família, mesmo que não tenham nada a ver com o meu sobrenome.

Família é chegada, não origem. Família se descobre na velhice, não no berço. Família é afinidade, não determinação biológica. Família é quem ficou ao lado nas dificuldades enquanto a maioria desapareceu. Família é uma turma de

sobreviventes, de eleitos, que enfrentam o mundo em nossa trincheira e jamais mudam de lado.

Já parentes são fatalidades, um lance de sorte ou azar. Nascemos tão somente ao lado deles, que têm a chance natural de se tornarem família, mas nem todos aproveitam.

Árvore genealógica é o início do ciclo, jamais o seu apogeu, importante também pousar, frequentar os galhos, cuidar das folhagens, abastecer as raízes: trabalho feito pelas aves genealógicas de nossas vidas, os nossos verdadeiros familiares e cúmplices de segredos e desafios.

Dividir o teto não garante proximidade, o que assegura a afeição é dividir o destino.⁵

Comovente citação não poderia estar noutra lugar, senão na abertura do presente capítulo, antecedendo toda e qualquer classificação de filiação.

2.1. Classificação dos Filhos.

O próprio nome deste subitem causa certo desconforto, por nos remeter a um período pouco saudoso de discriminação entre os filhos. Discriminação esta proposta, ou melhor, imposta pela lei.

Convido a começar com uma breve regressão ao Direito Romano. É possível observar que o início da família não observava preliminarmente o parentesco consanguíneo, uma vez que, o preponderante era o parentesco advindo exclusivamente da linha masculina, sobrepondo-se inclusive ao parentesco sanguíneo, como é possível observar no trecho da obra de Ihering, *L'Esprit du Droit Romain* (vol. II, p. 130, apud PEREIRA, 2004, p. 309):

Esta predominância do parentesco consanguíneo – *cognatio*, cognação –, no Direito Civil moderno, não corresponde ao que vigorava no Direito Romano, onde recebia destaque a agnação – *agnatio* – que significava parentesco exclusivamente na linha masculina, conjugado à apresentação ante o altar doméstico, como continuador do culto dos lares.⁶

Ato seguinte, muito embora a consanguinidade tenha sido colocada como a principal relação a vincular uma pessoa a outra, seu caráter nunca foi absoluto. Significa dizer que até mesmo a filiação biológica teve seus entraves no decorrer da história, enfrentando seus percalços.

Para tanto, basta lembrar da pejorativa expressão filiação ilegítima. Nestes casos, mesmo diante de laços sanguíneos, os filhos eram tratados como ilegítimos, simplesmente por não haver o prévio casamento entre seus genitores. Isso demonstra que até mesmo a filiação

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 7

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 309.

biológica foi mitigada por diversas situações e, dentre elas, essa interferência desarrazoada do tipo de relação familiar mantida ou não por seus pais.

A filiação ilegítima comportava inclusive subclassificações, detalhando o viés daquelas relações, de forma que quando não havia impedimento de casamento entre os pais, eram denominados naturais; por outro lado, caso houvesse alguma proibição legal para a união conjugal dos pais, eram chamados de espúrios. Este último comportava ainda a divisão em adulterinos, caso o impedimento resultasse do fato de um deles ou ambos serem casados, e incestuosos, caso o impedimento decorresse do parentesco próximo, como a relação íntima entre pai e filha ou entre irmãos.⁷

Com isso, é possível observar que a consanguinidade não tinha valor primordial. Para que fosse efetivamente reconhecida e valorizada aquela filiação, ela deveria necessariamente decorrer de uma relação de casamento.

O parentesco foi talhado historicamente a partir da preferência única e prioritária do casamento⁸, eram as chamadas famílias matrimonializadas, que possuíam um elevado valor e recebiam especial atenção.

Impossível dizer se referidas disparidades de tratamento eram reais ou legais, isto é, não tinha o pai, ainda que assim quisesse, o direito de chamar aquele filho de legítimo, uma vez que a lei o classificava como ilegítimo. Trata-se apenas, do primeiro exemplo aqui trazido, de uma grosseira intromissão do Estado nas relações pessoais.

Houve um tempo em que os filhos havidos fora do casamento não poderiam sequer ser reconhecidos. No Brasil, por exemplo, apenas com o advento da Lei nº 883/49 é que se permitiu, juridicamente, que o homem casado reconhecesse esse filho. E, mesmo quando reconhecidos, haveria que suportar distinções patrimoniais “art. 2º - O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado”.⁹

Perceba que, o que tínhamos, eram conceitos fechados, predeterminados, que levavam em consideração apenas um aspecto objetivo – a existência ou não de prévio casamento – sem levar em consideração a relação de fato existente entre aqueles indivíduos.

Àquela época o que havia era um pré-conceito ou preconceito, como preferir denominar. Não havia possibilidade de manifestações em sentido contrário, pois quem dizia

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.6: Direito de Família. p. 317

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias**. p. 541.

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/10883.htm.

o que era aquela família era o Estado, que a rotulava numa interferência impetuosa e perturbadora.

Felizmente essa interferência exacerbada, ponto central do presente trabalho, foi perdendo forças, sem nunca ter desaparecido por completo, como será analisado adiante. Ao menos hoje, podemos dizer que, todos são apenas filhos, sem maiores classificações ou qualificações, todos possuem os mesmos direitos.

Em muitos Países o tema ganha visibilidade e importância a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Referido tratado internacional foi celebrado entre os países-membros da OEA – Organização dos Estados Americanos – subscrito na cidade de San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Interamericana de Direitos Humanos, entrando em vigor na data de 18 de julho de 1978. Representou forte influência dos Direitos Humanos e dos princípios fundamentais de Direito Internacional Privado em questões vitais, visando a proteção das pessoas e dessas em suas famílias, repercutindo assim no Direito de Família, como é possível observar no texto do art. 17:

Proteção da Família. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem à idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes. 4. Os Estados-Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.¹⁰

No Brasil, foi ratificado tão somente em setembro de 1992, mas muitas de suas diretrizes já haviam sido incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Exerceu forte influência na Constituição da República Federativa do Brasil de 1989, no que tange aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo no artigo 5º e no artigo 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.¹¹

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Em Portugal, as Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, 1603, conduziu por muitos anos a matéria civil, fazendo diferenciação inclusive entre os filhos dos nobres e os filhos de plebeus e duras distinções no campo do direito sucessório. Embora constantemente alteradas, constituíram por longos anos a base do direito português, até ser revogado pelo Código Civil Português de 1867, também conhecido como Código de Seabra.

Tais Ordenações Portuguesas tiveram vigência também no Brasil e disciplinaram por muitos anos as relações familiares do nosso país até o advento do Código Civil Brasileiro de 1916, vislumbravam a filiação como uma espécie de “favor concedido aos pais e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros” (Ordenações Filipinas, Liv. II, Tít. XXXV, §12).¹²

Com a Constituição da República Portuguesa de 1976, o direito constitucional português passou por significativas transformações, que logo refletiram no direito civil, da mesma forma ocorreu no direito brasileiro.

Assim, diante das vultuosas mudanças constitucionais, o sistema jurídico português deparou-se com uma necessidade premente de ajustar o Código Civil a nova ordem constitucional que passou a reivindicar no campo da família, dentre tantas outras coisas, a obrigatória igualdade entre os filhos.

Não eram mais consentâneos as qualificações discriminatórias e os efeitos diferenciados pela origem da filiação. Foi então que o DL n.º 496/77, de 25 de Novembro cuidou de incorporar referidas mudanças ao Código Civil Português, declarando expressamente que o título III do Livro IV do Código Civil relativo a filiação foi o que sofreu a mais profunda modificação.

“É que, para dar satisfação aos princípios constitucionais que impõem a plena igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, houve que rever em extensão e profundidade o regime do casamento e da filiação”.¹³

Superada a ilegitimidade arraigada na história da filiação, passamos ao cenário de inexistência qualquer diversidade de direitos entre filhos, seja pelo grau de evolução da sociedade ou por expressa vedação legal.

¹² FARIAS, cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. p. 572.

¹³

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=781&tabela=leis&so_miolo=#:~:text=%3A%3A%3A%20DL%20n.%C2%BA%20496%2F77%2C%20de%2025%20de%20Novembro&text=_____,1.,artigo%20293.%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o.&text=Esse%20m%C3%ADnimo%20teria%20sido%20a,dos%20direitos%2C%20liberdades%20e%20garantias.

Importante esclarecer que algumas diferenças, quando coerentes, são suportadas, como, por exemplo, a presunção de paternidade para os filhos que procedem de justas núpcias, sem deixar de estabelecer a forma de sua impugnação. Por sua vez, para os havidos fora do casamento, são traçados critérios para o seu reconhecimento, seja voluntário ou judicial.

Vencido esse longo processo histórico de filiações adjetivadas, nos vimos libertos de um período de fortes discriminações e passamos finalmente a comungar de uma igualdade substancial entre os filhos.

2.2. Formas de Filiação.

A filiação pode se estabelecer por diversas formas, seja natural ou biológica, seja de forma assistida, pode se dar por afinidade, pode decorrer do registro ou, ainda, advir da adoção.

Advirta-se que não estamos tratando aqui de tipos de filiação, com uma hierarquização entre filiação legítima, ilegítima ou por adoção. Como reiteradamente dito, tal classificação é absolutamente retrograda e contrária aos ditames constitucionais, que estabeleceram notoriamente a isonomia de filiação.

Além disso, ser filho de alguém independe de um vínculo conjugal válido, ser filho de alguém é muito mais que isso, como se verá a seguir.

2.2.1. Filiação Biológica.

Todos os organismos vivos resultam da reprodução a partir de organismos vivos pré-existentes. Procriar, reproduzir, gerar, dar origem, dar existência, é algo instintivo. A necessidade da propagação da espécie é característica presente em grande parte dos animais, entre eles, os humanos.

Por ser da essência do ser humano, por ser um processo natural, a filiação biológica, precedeu a todas as demais formas de filiação, embora não tenha sido recebida, desde o princípio, com o mesmo valor.

A filiação biológica é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram. Diante deste cenário, todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir dessa primordial noção de filiação natural advinda do vínculo de consanguinidade.

Diante da importância e da inegável frequência da filiação biológica ou natural, a genealogia é matéria abordada desde muito cedo nas escolas, visando estudar a origem de cada família e traçando um mapa das ligações – biológicas e de afinidades – entre os indivíduos da sociedade, a partir de sua descendência.

A árvore genealógica sempre utilizou de dois preceitos básicos fundamentais para a sua elaboração, o casamento e a consanguinidade. Essa representação gráfica de antepassados esteve permanentemente ligada a ideia de casamento com a finalidade de procriação, como se não existisse, desde aquele tempo, casamento sem filhos ou filhos sem casamento.

Conquanto, na filiação biológica ainda temos o instituto do casamento como um importante elemento, não para a sua constituição, mas para a sua presunção.

Dois são as presunções tradicionalmente consagradas pelos ordenamentos jurídicos. A primeira diz respeito à certeza da mãe, representada pela expressão *mater semper certa est*. Quanto à paternidade e sua incerteza, temos a presunção é de que o pai é o marido da mãe, *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Esta última presunção, por sua vez, assenta-se em duas outras: (1) Que na constância da sociedade conjugal são mantidas relações sexuais; (2) Que toda mulher é fiel a seu marido. Daí extrai-se a conclusão de que os filhos havidos durante a comunhão de vida, são filhos daquele marido.

Trata-se, em verdade, de um sistema de lógica aplicada. Através da conjugação destas presunções, determina-se juridicamente, a relação filiatória, com base no momento do nascimento, sem maiores indagações.

E tais presunções não são atuais. Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos diante de uma relação de casamento.¹⁴

No Direito Português, as presunções estão estampadas no artigo que abre o Título III que trata DA FILIAÇÃO, previstas no artigo 1796.º do Código Civil Português

1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1805.º. 2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento.

O legislador estabeleceu uma total sujeição da lei ao fato biológico do nascimento. Reconhecendo a maternidade pura e simplesmente, e, retirando da mãe, qualquer

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. p. 1.390.

possibilidade de impedir a constituição desse estado.¹⁵ Afinal, o parto é fato evidente e, por essa razão, inafastável, ao menos em regra.

Outros três artigos do Código Civil Português vão tratar da presunção de paternidade, e o que distingue uma presunção da outra, é justamente o momento do nascimento. O artigo 1826.º do Código Civil Português¹⁶ estabelece que “Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do Matrimónio tem como pai o marido da mãe”. Presunção esta que é relativizada pela concepção do filho antes do casamento, conforme determina o artigo 1828.º do referido diploma legal¹⁷ “Relativamente ao filho nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, cessa a presunção estabelecida no artigo 1826.º se a mãe ou o marido declararem no acto do registro do nascimento que o marido não é o pai”, sendo relativizada ainda pelo disposto no artigo 1829.º daquele Código¹⁸ “Cessa a presunção de paternidade se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges, nos termos do número seguinte”, passando o legislador a descrever as situações em que se finda a coabitação.

Seguindo a mesma lógica e estrutura, para o Direito Civil Brasileiro, a presunção de paternidade decorrente do casamento levando em consideração os mesmos fatos e os exatos lapsos temporais trazidos pelo Código Português. Assim, nos termos do disposto no artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro:

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.¹⁹

Entretanto, além de consagrar as antigas presunções de paternidade decorrentes do casamento, a regra em exame traz ainda, no mesmo dispositivo, presunções relativas ao âmbito das técnicas de reprodução assistida, inseminação homóloga e heteróloga, mas sem esgotar seu conteúdo.

¹⁵ NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. p. 1459.

¹⁶https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1801&artigo_id=&nid=775&pagina=19&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

¹⁷https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1801&artigo_id=&nid=775&pagina=19&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

¹⁸https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1801&artigo_id=&nid=775&pagina=19&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

¹⁹ **Código Civil Brasileiro**, art. 1.597.

Incertezas aparecem ao sair da esfera da procriação puramente natural e ingressar no âmbito da procriação assistida, poderíamos dizer que, neste caso, nem mesmo a maternidade é certa.

Por isso dizer que estamos diante de uma inegável necessidade de revisão do antigo sistema de presunções de filiação, aplicadas ao Direito de Família, visando agora uma nova realidade científica, que se mostra cada dia mais presente na realidade de todos os Países.

As novas circunstâncias pedem novas presunções, relacionadas as técnicas de reprodução assistida contemporâneas. Entreveja que até mesmo a segurança oferecida pela determinação científica da filiação através da comparação genética dos exames de DNA, ficou mitigada quando pensamos simplesmente em um doador(a) de material genético, sem o desejo de ter filho.

Face as novas técnicas de reprodução assistida, outras tantas situações parecem insolucionáveis, principalmente quando nos deparamos com direitos contraditórios, mas direitos, nas duas pontas da relação, como é possível identificar na jurisprudência seguir descrita:

Ac. do STJ. 2790/16.0T8VFX.L1.S1. 6ª Secção. Relator Pinto de Almeida. Data do Acórdão: 06/11/2018. Procriação medicamente assistida. Consentimento informado. Estabelecimento da filiação. Abuso do direito. Cônjuge. Direito à identidade pessoal. Registo civil. Falsidade. Procriação. Aplicação da lei no tempo. Temas da prova. Instrução do processo. Princípio da aquisição processual. I - O legislador da reforma do CPC de 2013 pretendeu assegurar uma ampla e livre investigação sobre toda a matéria factual pertinente. A fixação de temas da prova visa meramente orientar a instrução (podendo, por isso, aqueles serem redigidos em termos conclusivos) e não excluir a produção de prova sobre factos relevantes alegados pelas partes ou que resultem da discussão. II - O consentimento do beneficiário da procriação heteróloga (n.º 1 e n.º 2 do art. 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26-07, na redacção vigente à data em que a autora recorreu a essa técnica de procriação medicamente assistida) que não contribuiu para o processo com as suas células reprodutoras é condição indispensável para a constituição do vínculo da filiação quanto àquele, já que a criança nascida através do recurso a essas técnicas é havida juridicamente como filha do marido ou membro da união de facto que haja consentido no seu emprego (n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006). III - Tendo a autora recorrido à procriação medicamente assistida enquanto ainda estava casada com o recorrido e sem procurar obter o consentimento deste (contrariando a regra da biparentalidade constante do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006) e tendo este, após a reconciliação do casal, acompanhado a gravidez, o nascimento e os primeiros meses de vida da criança, a registado como filha e a tratado como tal, é de concluir que, apesar de não ter sido prestado um consentimento nos termos expostos em II, houve uma real e efectiva adesão do recorrido à decisão da recorrente e a correspondente aceitação por parte desta, sendo, pois, realmente inaceitável que se pretenda pôr termo ao vínculo entretanto criado entre aquele e a criança. IV - Perante o quadro descrito em III, é abusiva a invocação da falta do consentimento prévio para cessar o vínculo paternal de filiação. V - O registo da criança como filha do recorrido não está eivado de falsidade (é, ao invés, consonante com as presunções constantes do n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006 e

do art. 1826.º do CC) e, por si só, não afecta o direito daquela a conhecer a sua identidade genética e a sua historicidade pessoal.²⁰

O que se observa é a necessidade de vasta legislação abrangendo todas essas questões, não uma legislação impositiva, mas regulatória, para que, diante de conflitos, seja possível contornar situações como a supradescrita.

Ao substituir o pressuposto fático da relação sexual pela vontade juridicamente qualificada, diversas situações podem se concretizar, razão pela qual essas alterações precisam necessariamente estar refletidas na lei, promovendo uma interpretação mais atual.

A filiação biológica até então era certa, ou ao menos era aferível sua certeza ou quase certeza. O sistema de presunções surge como facilitador nesse cenário, deixando sempre evidente tratar-se de presunções relativas, isto é, que poderiam ser afastadas, seja por declaração dos envolvidos, seja por decisão judicial. Não havia dúvidas de que o sistema não era perfeito.

A título de exemplo, caso o filho nascesse nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, mas já na vigência de novas núpcias, estaríamos diante de uma dupla presunção, situação prevista e já solucionada pelo legislador.²¹ Por isso mesmo, a possibilidade de negar a filiação presumida por lei, seja pelo pai ou até mesmo pela mãe, sempre existiu. Afinal, como dito, as presunções resultantes do casamento afiguravam-se indubitavelmente como relativas, admitindo declaração em sentido contrário e admitindo, ainda, o controle judicial, soluções a serem buscadas sempre à luz do princípio da veracidade da filiação.

Ademais, diversas situações permitiam o afastamento dessa presunção como, por exemplo, a impotência do cônjuge, a inseminação artificial heteróloga sem autorização, o adultério, a separação de fato, dentre outras excludentes.

Interessante situação foi recentemente julgada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No caso em comento, a criança já possuía um pai registral, sendo, portanto, caso de dupla paternidade. A pluriparentalidade é instituto amplamente aceito no Brasil, mas deve submeter-se obrigatoriamente ao melhor interesse da criança. Assim, diante das particularidades do caso concreto, decidiu o TJ/SC que o exame de DNA positivo não

²⁰ Artigo 1834.º (Dupla presunção de paternidade)

1. Se o filho nasceu depois de a mãe ter contraído novo casamento sem que o primeiro se achasse dissolvido ou dentro dos trezentos dias após a sua dissolução, presume-se que o pai é o segundo marido.
2. Julgada procedente a acção de impugnação de paternidade, renasce a presunção relativa ao anterior marido da mãe.

²¹<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6127be61d57a7578802583430055941f?OpenDocument>

garantiria o reconhecimento daquela paternidade biológica, com a exclusão do pai registral.

Vejamos:

Esse foi o entendimento adotado pela 2ª câmara Civil do TJ/SC, em processo de homem que garante ser o pai biológico de criança, gerada em relacionamento extraconjugal com a mãe da criança - o marido à época, por desconhecer a infidelidade, registrou o menino como se fosse seu filho. Após o exame de DNA que atestou que o pai do menor não é aquele que o registrou, mas sim aquele que participou do ato infiel da mãe, foi solicitado o reconhecimento de paternidade do pai biológico e a negatória de paternidade do pai registral, bem como a retificação do registro de nascimento da criança. Segundo o desembargador Jorge Luis Costa Beber, relator, aquele que engravidou mulher casada e gerou um filho na constância do casamento não tem legitimidade para afastar a paternidade do marido traído, que sempre acreditou ser o pai da criança, revelando-se inegável a chamada paternidade socioafetiva. Apontou, ainda, que, conforme o artigo 1.601 do [CC](#), somente o marido tem o direito de opor-se, a qualquer momento, contra a condição de pai dos filhos nascidos, durante o casamento, em decorrência da infidelidade da mulher. O relator, entretanto, reconheceu a possibilidade de o pai biológico postular o reconhecimento da sua paternidade, viabilizando, em tese, a existência de dois pais na certidão de nascimento: o biológico e o registral. "O reconhecimento da legitimidade ativa do genitor biológico para ajuizar ação pela qual pretende ver reconhecido o liame genético ostentado, assinando-o no registro de nascimento do pretense filho, não se confunde, em absoluto, com a procedência da indigitada demanda, a qual conversa, na linha dos fundamentos expendidos pelo STF (tema 622), com a análise pormenorizada das circunstâncias factuais do processo, sobrelevando-se, acima de qualquer outro, o melhor interesse do descendente envolvido." Assim, o colegiado decidiu, unanimemente, que o processo deve retornar ao juízo de origem, a fim de avaliar o pedido de reconhecimento de paternidade a partir de instrução probatória capaz de apurar o resultado e as implicações da medida sob a ótica dos interesses da criança. Informações: TJ/SC.²²

No que tange às presunções de paternidade e suas implicações, é possível observar um perfeito exemplo de regulação estatal sem interferência abrupta na intimidade e vida privada. Nessa linha tênue que divide a proteção de direitos da invasão nos direitos, o sistema estabelece o que há de melhor, presumindo situações, sem retirar dos indivíduos a opção de afastá-las por simples manifestação de vontade, sendo necessário recorrer ao judiciário somente se diante da má-fé de um dos envolvidos, como relatado no Acórdão acima.

Fato é que no campo da filiação biológica, sempre se disseminou a ideia de verdade biológica e de uma busca incessante por essa verdade real. Todavia, com a “Desbiologização da Paternidade”²³ belíssima expressão consagrada pelo jurista brasileiro João Baptista Villela,

²² Migalhas. <https://www.migalhas.com.br/quentes/320507/exame-de-dna-positivo-nao-garante-reconhecimento-de-paternidade-biologica>

²³ **Desbiologização da Paternidade.** João Baptista Villela. p. 400.
file:///Users/fernandagimenez/Downloads/1156-Texto%20do%20Artigo-2181-2-10-20140919%20(6).pdf

há uma forte ruptura, não no sistema das presunções em si, mas na razão de ser de tais presunções.

O avanço científico que permitiu o surgimento do exame de DNA foi muito celebrado e, a análise científica do código genético dos pais, passou a ser o fator determinante para o reconhecimento ou não da filiação.

Não há mesmo razões para não o homenagear, o teste de DNA constituiu importante marco no Direito de Família, mudando o rumo de milhares de histórias que, antes dele, pareciam insolucionáveis.

Mas esse avanço não parou por aí. A evolução da ciência e das técnicas de reprodução assistida, fizeram com que a mera prova de filiação biológica, não fosse mais suficiente e certa o bastante para confirmar a filiação.

Além disso, no momento atual, a identidade genética e os laços sanguíneos não possuem a mesma importância quando não congruente com o efetivo desejo de ser pai, de ser mais que o genitor biológico. De que vale um laço sanguíneo sem laços de amor?

E foi diante dessa desbiologização da paternidade, que todas as demais formas de filiação ganharam espaço.

2.2.2. Filiação Assistida.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, reconhece que procriação e nascimento estão a perder seu caráter de evento exclusivamente natural, inserindo-as no controle científico humano.²⁴

O avanço da medicina trouxe, se não a cura, ao menos a solução, para o triste problema da infertilidade humana.

A reprodução assistida é gênero do qual decorrem basicamente duas espécies: a inseminação artificial e a fertilização in vitro – FIV. Na primeira, a fecundação ocorre in vivo, isto é, no próprio organismo da mulher. Por sua vez, na fecundação in vitro, a fecundação ocorre em laboratório, fora do corpo feminino.

De acordo com Nelson Nery e Rosa Maria Nery, as expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial” amplamente utilizadas pela doutrina e também pelo Código Civil Brasileiro em seu art. 1.597, incisos III e IV, são impróprias, uma vez que, a fecundação ou a

²⁴ AHUALLI, Tânia; BENACCHIO, Marcelo. **Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo.** p.602.

concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial.²⁵

Para a nossa pesquisa, o importante é saber que tais técnicas são caracterizadas pela intervenção médica em algum momento da reprodução, propiciando que casais que possuem dificuldades para engravidar possam levar a tão esperada gestação a termo.

Trata-se de tema absolutamente polêmico, e não havia esperanças de que fosse diferente, diante da abordagem de um assunto que envolve não apenas ciência, como também religião e política.

O elevado grau de reprovação social dessas técnicas, se dá, principalmente, em razão do descarte dos embriões excedentários. Muito criticada é também a sua incorreta manipulação e, por fim, a inaceitável comercialização.

Tais polêmicas não fazem parte do conteúdo do presente trabalho, uma vez que a essência abordada aqui será a relação de parentalidade, o direito de ser genitor(a) em sentido amplo. Neste cenário, nossa análise se restringirá a demonstrar a importância de se garantir que todos os indivíduos possam se valer dessas técnicas, sempre que assim se fizer necessário.

Em Portugal, diversos projetos legislativos antecederam a publicação da LMA - Lei n.º 32 de 26 de julho de 2006, que regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

Surpreendeu por trazer, em sua redação original, o casamento como um dos requisitos para que se possa beneficiar da lei, artigo 6º da LMA. Isso demonstra que os legisladores sempre buscaram a construção de uma família matrimonializada. Atualmente, com redação bem mais flexível, permite que sejam beneficiários os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual.²⁶

Em relação a LMA, outro ponto a que se propunha reflexão, era a vedação a maternidade de substituição em seu artigo 8º, como ocorre também na grande maioria dos

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. p. 1964.

²⁶ Lei n.º 32/2006. Artigo 6.º (redação original) Beneficiários 1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA. 2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. Art. 6º (redação atual) 1 - Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. 2 - As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

países. Mas diante das tantas alterações que sofreu, a Lei n.º 32/2006 atualmente permite a gestação de substituição de forma excepcional, como será demonstrado em capítulo próprio.

No Brasil, foi a Lei n.º 11.105/2005, denominada Lei da Biossegurança, que estabeleceu normas e mecanismos de fiscalização dos organismos geneticamente modificados, dispondo sobre a sua produção, manipulação, armazenamento, descarte, dentre outros. Tem como uma de suas diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, à proteção à vida e à saúde humana.²⁷

A regulamentação propriamente dita das técnicas de reprodução ficou a cargo do Conselho Federal de Medicina que na Resolução n.º 2.013/13, que adotou normas éticas e revogou a Resolução CFM n.º 1.957/10.

2.2.3. Filiação Registral.

O registro de nascimento é considerado um dos mais importantes atos da vida civil, pois declara a existência da pessoa natural no mundo jurídico. Ao possibilitar o exercício da cidadania é tratado como direito fundamental.

No registro a filiação pode ser estabelecida, isto é, decorrer da lei e suas presunções ou pode ser reconhecida, por ação de investigação de paternidade, ação de reconhecimento biológico ou ação de declaração socioafetiva.

As informações constantes no assento de nascimento possibilitarão a perfeita identificação e individualização da pessoa. Assim, diante de sua importância, a filiação será retratada no registro.

Ocorre que nem sempre essa retratação é fiel. Imagine uma criança que foi registrada pelo marido da mãe e que não venha a ter com ele nenhum tipo de contato afetivo. Nesta situação, a criança não tem laços sanguíneos, não tem vínculo afetivo, possuindo tão somente o lastro registral.

Perceba que não apenas a falta de registro, mas também o registro que não expressa a realidade, são absolutamente prejudiciais para o registrado.

O prejuízo emocional é imensurável sobretudo porque não será admitido o reconhecimento de outro pai em seu lugar, a menos que aquele registro seja retificado, declarado nulo ou cancelado²⁸.

²⁷ Lei n.º 11.101/2005, art. 1º. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm

²⁸ ARTIGO 1848º (Casos em que não é admitido o reconhecimento) 1. Não é admitido o reconhecimento em contrário da filiação que conste do registro de nascimento enquanto este não for rectificado, declarado nulo ou

Ainda que o ordenamento possibilite a multiparentalidade, como ocorre em Portugal e no Brasil, na situação narrada, diversas seriam as contrariedades.

Em primeiro lugar, aquele pai registral foi declarado como se biológico fosse, o que resulta na impossibilidade de se atribuir outra paternidade biológica. Obviamente, que nada impede que a pessoa busque apurar a verdade sobre a sua origem, sendo inclusive um direito perpetuo e irrenunciável, mas somente por meio de uma ação judicial isso seria possível.

Além desse imenso transtorno emocional, tendo em vista que a origem da filiação é uma verdade que interessa ao sujeito, tal situação implicaria ainda reflexos patrimoniais e de direito sucessório.

Em breve análise, poderíamos dizer que, possivelmente, temos aqui a situação mais prejudicial dentre todas as formas de filiação, a do pai tão somente registral. Note que essa criança desconhece a sua origem, ela também não estabeleceu vínculo de afetividade com outro indivíduo e, caso encontre o seu pai biológico, deverá acionar o judiciário para resolver essa inautêntica situação.

Por derradeiro, caso não regularize o status de sua paternidade, poderá ainda, em caso de premoriência, ter aquele sujeito, estranho à sua vida, herdando os seus bens sozinho, ou em igualdade de condições com outros herdeiros.

2.2.4. Filiação Socioafetiva.

Após entendido que paternidade e vínculo biológico, não se confundem, que são valores absolutamente distintos, fica mais fácil entender a socioafetividade.

Com fundamento nos laços afetivos construídos cotidianamente, pelo relacionamento de carinho e atenção, o vínculo do coração é reconhecido por grande parte dos Estados, independentemente da existência de vínculo sanguíneo, consagrando assim a chamada paternidade socioafetiva.

Desembargador do TJPE, Jones Figueiredo Alves, descreve a paternidade socioafetiva como triunfo do afeto sobre os modelos clássicos da lei.

A paternidade ou maternidade socioafetiva constitui um direito parental novo, amplamente divulgado e tratado pelos mais diversos doutrinadores e juristas. O direito é

cancelado. 433 2. O disposto no número anterior não invalida a perfilhação feita por algumas das formas mencionadas nas alíneas b), c) e d) do artigo 1853º, embora ela não produza efeitos enquanto não puder ser registada.

novo, mas a parentalidade socioafetiva sempre existiu, respeitando a convicção de que a lei surge para resguardar situações preexistentes.

A condição de mãe ou de pai, vai muito além do que a simples situação de genitores biológicos, com um significado emocional profundo e significativo.

É reconhecida, ainda a chamada posse do estado de filho, também como mecanismo de estabelecimento de filiação, figurando ao lado das demais hipóteses previstas em lei de estabelecimento do estado de filho. Três elementos fáticos devem estar presentes para a sua caracterização. A pessoa deve receber tratamento de filho, apresentar-se como filho e utilizar-se do nome de família.

Nas palavras de Flávio Tartuce, nada mais é, que o outro lado da moeda da paternidade socioafetiva. Assim, a figura da posse do estado de filho, exterioriza-se pela convivência familiar e a afetividade, admitindo, por isso, o reconhecimento da filiação. “Trata-se do mesmo fenômeno, visto na perspectiva do filho”.²⁹

E Cristiano Chaves completa “O papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao direito”.³⁰

No Brasil, diante da ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial que contemplam o princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63, em 14 de Novembro de 2017, que facilitou e unificou o procedimento de reconhecimento voluntário de paternidade e maternidade socioafetiva diretamente perante os oficiais de registro civil das pessoas, sem qualquer intervenção judicial.

O Provimento visa conferir segurança jurídica no estabelecimento da maternidade e da paternidade, inclusive no que diz respeito aos aspectos sucessórios e patrimoniais, possibilitando expressamente o reconhecimento concomitante do vínculo biológico e socioafetivo, em conformidade com o julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE nº 898.060/SC.

A facilidade assenta na possibilidade de se realizar o reconhecimento administrativamente, isto é, perante qualquer Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do Brasil, sem necessidade de homologação judicial. Tal permissão em seu texto original poderia ser aplicada a pessoa de qualquer idade, mas, posteriormente, o Provimento 83 trouxe alguns

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. p.182-183

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias**. p. 575.

limitadores e, dentre eles, o limite etário, sendo permitido o reconhecimento apenas de criança maiores de 12 anos, que deverão consentir com o reconhecimento.

Desde o princípio, alguns parâmetros relativos ao requerente foram estabelecidos. Assim, o pretense pai ou pretense mãe, deve ter mais de 18 anos para requer, independentemente do seu estado civil, e ser ao menos 16 anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Foram estabelecidas também algumas vedações relacionadas a vínculos familiares já existentes, como, por exemplo, a vedação do reconhecimento de parentalidade entre irmãos ou entre outros ascendentes.

O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva, por intermédio da verificação de elementos concretos. É primordial, portanto, que o Oficial Registrador haja com cautela neste reconhecimento, fazendo entrevistas pessoais e solicitando apresentação de documentos, a fim de verificar se de fato existe uma relação de afetividade conhecida publicamente e, se aquela relação é estável.

Ademais, visando coibir uma eventual adoção ilícita, o art. 14 do Provimento estabelece que: “O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”.³¹

E por último, e não menos importante, as partes envolvidas devem estar firmes no propósito do ato, cientes de que o reconhecimento é irrevogável e que somente poderá ser desconstituído em casos de vício de vontade, fraude ou simulação, e mesmo nestes casos, perante a via judicial.

Em falar em desconstituição de paternidade, cabe lembrar que a socioafetividade tem tanta força que, vínculos advindos da obscuridade como, por exemplo, a traição com falsa atribuição de paternidade biológica e até mesmo o ato ilícito da adoção a brasileira, por vezes prevalecem, não com fundamento na imprecisão inicial, mas pela construção de uma socioafetividade a partir dali. Todavia, para que isso aconteça, tem prevalecido que deve ser vontade livre dos envolvidos em manter aquele vínculo, agora com base na socioafetividade.

Assim, diante da natureza genuína da relação de socioafetividade, ela não poderia ser imposta, é o que entendeu a 3ª Turma do STJ no julgado REsp. 1.330.404-RS, optando por

³¹ https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>

não manter o registro, mesmo que baseado numa paternidade socioafetiva. Defendeu o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze que:

O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança.” Para o Ministro relator “não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos.³²

Situações como essas não poderiam ser interpretadas de maneira diversa. Caso não fosse assim tratado, estaríamos desconstruindo a essência de uma relação tão graciosa que é a socioafetividade.

Estudos de Psicanálise concluem que a parentalidade é, acima de tudo, uma função. Por isso, somente são construídos laços familiares quando aquele pai, de fato, exerce a função da paternidade.

O pai afetivo é aquele que, na vida do filho, ocupa o lugar, a função de pai. Nada mais é do que uma adoção de fato e, como toda adoção, precisa ser querida, desejada.

2.2.5. Filiação por Adoção.

Não há como tratar da parentalidade, principalmente diante de tópico próprio para a adoção, sem utilizar da introdução realizada pelo Jurista Brasileiro e Professor da Universidade Federal de Minas Geral, no texto, antes mencionado, sobre a “Desbiologização da Paternidade”. João Baptista Villela possuía estreita relação com outros países, era professor visitante da Universidade de Munster na Alemanha, da Universidade de Lisboa e da Universidade de Salamanca, sendo forte influência no direito privado.

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e

³² **Superior Tribunal de Justiça.** <https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.330.404-RS.pdf>

companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente na ideia de liberdade.³³

Tratar a adoção como uma relação eletiva é simples e ao mesmo tempo suficiente para descrever a razão de ser desse instituto.

Mas é preciso esclarecer que, historicamente, a adoção tem origem numa necessidade dos pais, e não na necessidade de filhos que não possuem pais. Origina-se, portanto, na carência, de pessoas que não puderam ter seus próprios filhos, em dar continuidade a família.

Tradicionalmente, a adoção era a única e exclusiva forma de parentesco civil. Entretanto, com o desenvolvimento da medicina e o avanço das técnicas de reprodução assistida, o parentesco civil passou a ser toda parentalidade resultante de qualquer origem que não seja a biológica.

Naquele tempo, os filhos adotados, também tidos como ilegítimos, eram absolutamente discriminados, sendo-lhes negado inclusive os direitos sucessórios em relação aos filhos classificados como legítimos.

Utilizando da conceituação de adoção utilizada por Jorge Augusto Pais de Amaral:

O artigo 60º a ela se refere sob o título de filiação adotiva. Por sua vez o artigo 1586º define a adoção como sendo um vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece entre duas pessoas.³⁴

Expressão da autonomia, a paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe, ao contrário, ela suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação.³⁵

Trata-se de ato jurídico solene, que necessariamente passa por um complexo e moroso procedimento.

É justamente diante dessa complexidade, das dificuldades enfrentadas e da morosidade na condução desse procedimento, que acabam surgindo figuras ilegítimas, ilegais e obscuras, que, no Brasil, recebe o nome pejorativo de “adoção à brasileira”.

³³ <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/viewFile/1156/1089>

³⁴ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da Família e das Sucessões**. p. 207

³⁵ **Desbiologização da Paternidade**. João Baptista Villela. p. 416.
file:///Users/fernandagimenez/Downloads/1156-Texto%20do%20Artigo-2181-2-10-20140919%20(6).pdf

Caracteriza-se quando o homem, a mulher ou ambos declaram, para fins de registro, que aquela criança é seu filho biológico, sem que isso represente a verdade. Conscientes de que estão faltando com a verdade.

Forma frequente de “adoção” no Brasil e em outras partes do mundo, em situações como, por exemplo, de uma mulher grávida solteira que começa a namorar e, este namorado, assume aquele filho como se dele fosse. Ou, situação ainda mais comum, quando os pais da gestante, isto é, os avós do registrando, registram a criança como se fosse filho deles.

O instituto recebe esse nome por ser realizado do “jeitinho brasileiro” sem observância do procedimento legal.

Além de imoral, o parto suposto, ou seja, a supressão ou alteração de direito inerente ao estado de filho recém nascido é conduta prevista como crime, tipificada no art. 242 do Código Penal brasileiro:

Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de 2 a 6 anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de 1 a 2 anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.³⁶

³⁶ Código Penal Brasileiro, artigo 242. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Capítulo III

3. A interferência do Estado no desejo de ser mãe.

Durante toda a história, vimos os Estados deliberando sobre o correto ou aceitável no Direito de Família. Embora pertencente ao ramo do Direito Privado, o que se observa é uma interferência exacerbada na vida privada familiar.

Ainda que diversas constituições estabeleçam a não ingerência do Estado no Direito de Família, definitivamente, não é o que ocorre na prática. Vejamos o que diz o artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 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. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.³⁷

Observe que o texto constitucional nos oferece uma lista de reconhecimentos: reconheço o casamento, a união estável, a entidade familiar, reconheço até mesmo o divórcio. Parecem inapropriadas certas colocações.

Trata-se de verdadeira chancela do Estado a questões de foro tão íntimo. Aparenta mais próximo de um direito público do que privado. “O Direito de Família não pode ser excluído do conjunto do todo do direito privado, onde se concentram os fenômenos jurídicos da vida privada”.³⁸

A família, o casamento e a filiação, estão previstos no art. 36 da Constituição Portuguesa³⁹, enquanto a reserva da intimidade da vida privada e familiar encontra-se prevista no art. 26:

³⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. p. 100. .

³⁹ Artigo 36.º Família, casamento e filiação. 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por

Artigo 26.º- Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.
3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.
4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.⁴⁰

Como será em capítulo próprio, estamos diante de Direitos Fundamentais, de considerável importância na ordem interna e Internacional.

Além do status de direitos fundamentais, o direito à privacidade e a vida privada é considerado tipificado também nos chamados direitos da personalidade, intrínsecos ao homem desde o nascimento. Surgem como uma reação à teoria estatal e encontram-se determinados em diversos documentos internacionais – Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948⁴¹, IX Conferência Internacional Americana de 1948⁴², Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950⁴³, Conferência Nórdica sobre o Direito a Intimidade de 1967⁴⁴, dentre tantos outros.

morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respetiva tramitação. <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁴⁰ <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁴¹ Artigo 12 - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

⁴² Artigo V. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.

⁴³ Artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar). 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

⁴⁴ "(...) o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia".

Em breves considerações, poderíamos dizer que a privacidade comporta um sentimento ainda mais intrínseco, ainda mais restrito, que seria a intimidade, por vezes, invadida pelo Estado, mesmo diante de sua inviolabilidade.

A parentalidade afigura-se tanto no plano da vida privada da família, como no plano da intimidade do indivíduo.

A procriação, bem como a responsabilidade pessoal e social que ela revela, é o ponto central e principal instituto do Direito de Família. Entretanto, ela não pode ser vista apenas como um dever, mas também como um direito.

O famoso caso *Roe vs. Wade*⁴⁵ perante a Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1970, resultou no reconhecimento ao direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez.

Esta decisão do Supremo Tribunal de Justiça foi interpretada como a 1ª despenalização do aborto para os 50 Estados da União.

A decisão histórica teve como principal fundamento o direito à privacidade, considerado direito fundamental e, portanto, nenhum Estado poderia contra ele legislar.

O caso virou um documentário que mostra a perturbação mental e emocional vivida por aquelas mulheres, em especial “Jane Roe”, que deu à luz a sua filha enquanto o caso ainda não havia sido decidido. O bebê foi encaminhado para adoção.

Conta ainda sobre uma pesquisa da Gallup realizada no verão de 1972, que fez esta pergunta para as pessoas: “O aborto deve ser decidido entre a mulher e o seu médico?”. Cerca de 2/3 dos Republicanos responderam sim, isto é, dos entrevistados, 68% entende que o aborto é uma questão entre a mulher e o médico, deve ser decidido por eles e não pelo Governo.

A questão moral mais importante do debate sobre o aborto é: “O que está no útero?”. “É uma pessoa e, por isso, merece nossa atenção moral e proteção ou, não é?” à época, o Movimento Pro Vida se mostrou indignado, pois acreditavam que o aborto eletivo era o mesmo que retirar a vida humana de um inocente. Tratavam como um ato de injustiça que poderia e precisava ser impedida. As agressões feitas às clínicas e aos médicos, mostradas no documentário, são impressionantes.

De fato, todo o debate se assenta na questão “O que está no útero?”. À despeito das inúmeras correntes sobre o início da personalidade, há três teorias fundamentais: Teoria Natalista (não é pessoa), Teoria Concepcionista (já é pessoa), Teoria Condicional (já é pessoa, se nascer com vida).

⁴⁵ <http://landmarkcases.c-span.org/Case/12/Roe-V-Wade>

O Brasil adota a Teoria Natalista, que defende que a personalidade apenas se dá a partir do nascimento com vida, conforme determina o artigo 2º do Código Civil Brasileiro/2002.

Não obstante, mesmo adotando a Teoria Natalista, que não considera o nascituro como pessoa, o aborto é, e sempre foi, proibido no Brasil.

Nestes termos, tentando justificar a proteção dada ao nascituro, mesmo diante de sua carência de personalidade jurídica, a doutrina inclinou-se pela cisão da personalidade em duas partes. Num primeiro momento, o nascituro já teria uma personalidade formal ou constitucional, tendo, portanto, uma série de direitos assegurados como, por exemplo, o direito à vida. Não tem, entretanto, a personalidade material ou econômica, razão pela qual não tem direitos patrimoniais, não podendo receber e transmitir bens⁴⁶.

Em Portugal, por sua vez, a interrupção voluntária da gravidez foi legalizada por referendo realizado no ano de 2007, sendo permitido o aborto até a 10ª semana de gravidez, se assim quiser a mulher, independentemente dos motivos (intimidade).

A Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, que exclui a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, indica em seu artigo 2º⁴⁷, que é obrigatório um período mínimo de reflexão de três dias e que tem que ser garantido à mulher a disponibilidade de acompanhamento psicológico durante esse período de reflexão, quer em estabelecimentos públicos ou em clínicas particulares, sendo obrigatório ainda o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar.

Trata-se de uma perfeita abordagem do Estado na vida privada, sem ferir a privacidade e garantindo efetivamente meios de auxílio psicológico, dignidade e planeamento familiar.

⁴⁶ KUMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral. Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais**. p. 114.

⁴⁷ Artigo 2º - Consulta, informação e acompanhamento.

1 - Compete ao estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantir, em tempo útil, a realização da consulta obrigatória prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal e dela guardar registo no processo próprio. 2 - A informação a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal é definida por portaria, em termos a definir pelo Governo, devendo proporcionar o conhecimento sobre: a) As condições de efectuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher; b) As condições de apoio que o Estado e as IPSS podem dar à prossecução da gravidez e à maternidade; c) A obrigatoriedade de acompanhamento psicológico, durante o período de reflexão; d) A obrigatoriedade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão. 3 - Para efeitos de garantir, em tempo útil, o acesso efetivo à informação e ao acompanhamento obrigatório referido nas alíneas c) e d) do número anterior, os estabelecimentos de saúde, oficiais ou oficialmente reconhecidos, para além de consultas de ginecologia e obstetrícia, devem dispor de serviços de apoio psicológico e de assistência social dirigidos às mulheres grávidas. 4 - Os estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantem às mulheres grávidas que solicitem aquela interrupção o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar, com carácter obrigatório.

Uma razão muito comum para o aborto em Portugal, é o aborto praticado em razão da Trissomia 21, com taxas próximas a 100%, o que tem levantado questões éticas e religiosas em todo o mundo.

Quando do 15º Dia Internacional da Síndrome de Down, o Presidente da Associação Portuguesa de Bioética e Professor da Faculdade de Medicina de Porto, Rui Nunes, fala sobre os principais problemas enfrentados e considera que a tendência é que o número de abortos continue aumentando:

A evolução da ciência e da tecnologia no domínio da análise do genoma humano aliada à maior liberalização da interrupção voluntária da gravidez (IVG) por motivos eugénicos tem causado este aumento, pois para algumas pessoas ter um filho portador de deficiência é uma sobrecarga muito elevada.⁴⁸

Essa questão, como tantas outras, implica profundas reflexões, que serão feitas ao longo da presente pesquisa.

3.1. Gestação de substituição legal.

A gestação por substituição representa uma das modalidades de reprodução medicamente assistida, que viabiliza a maternidade àquelas pessoas as quais a procriação natural não se mostra viável.

Talvez seja a forma de reprodução assistida mais polêmica, sendo proibida em diversos países (Suíça, França, Itália, Espanha), e admitida em outros (Brasil, Portugal, Holanda), tão somente em caráter excepcional.

O caráter comercial ou econômico dessa gestação de substituição, vulgarmente chamada no Brasil de “Barriga de Aluguel”, denominada pelos ingleses de “*Surrogate Mother*”, é absolutamente proibido.

A noção apresentada por Marcelo Benacchio e Marcos Benacchio, em obra de Direito Notarial e Registral, muito esclarece o procedimento.

Uma mulher, mediante consentimento expreso e esclarecido, autoriza que seja implantado, em seu útero, embrião, fruto de fertilização in vitro, a fim de beneficiar pessoa impossibilitada de conceber ou de gestar naturalmente, obrigando-se ao final da gestação, a entregar a pessoa nascida à beneficiária do procedimento médico para que registre como filho próprio pessoa gestada por outrem.⁴⁹

⁴⁸ <https://www.jpn.up.pt/2020/03/21/sindrome-de-down-nao-e-preciso-abdicar-da-vida-para-lhes-dar-uma-vida/>

⁴⁹ AHUALLI, Tânia; BENACCHIO, Marcelo. **Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo**. p.601.

Conforme mencionado por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, há quem diga ser retrógrado e, até mesmo, uma conduta “desumanizante” a utilização de útero alheio. Verdadeiro abuso e humilhação que remete à “Lei do Ventre Livre”, Lei nº 2.040/1871, ideia com a qual, ousado dissentir.

Embora censurada mundialmente, a gestação por substituição é uma realidade fática em todas as sociedades. Historicamente é sabido que a mulher que deseja ter um filho e que, por motivos de saúde, não consegue, irá buscar meios de realizar seu desejo de ser mãe, ainda que, para isso, precise de uma terceira pessoa.

Diante de tantas lacunas existentes neste tema, é imperioso regulamentação, especialmente em relação as formas do cumprimento dos deveres advindos desse tipo de filiação. Ou seja, devem existir meios de compelir a mulher que aceita gestar o filho, a entregá-lo, e, da mesma forma, meios de compulsar a mulher que requer tal maternidade, o dever de aceitá-la, com base numa vontade inicialmente pretendida e expressa de forma clara e livre de qualquer coação.

Atualmente, as legislações existentes não vão muito além de dizer sobre a possibilidade ou não de realização da gestação por substituição e seus requisitos. É diante dessas lacunas que inúmeros doutrinadores e juristas trazem soluções propostas, como o da Ilustre Prof. Doutora Stela Barbas:

Defendo que deve ser aplicado o critério de que a mãe será sempre a que forneceu o elemento genético fundamental para a determinação do patrimônio genético da criança. Deste modo, entendo que a regra clássica de que mãe é aquela que gera e dá à luz teria de ser substituída pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética. Sustentar que a portadora seria sempre a mãe legal acarretaria necessariamente uma contradição na medida em que seria extraordinariamente difícil conceber que a mãe genética tivesse que recorrer à adoção para poder estabelecer a filiação com o seu próprio descendente genético. A portadora que contribuiu com o óvulo deve ser considerada a mãe legal. Foi ela que cedeu o material hereditário, a carga genética que acompanhará o ser humano durante toda a sua vida. A individualidade ficou definida a partir do momento da combinação do genoma do pai com o da mãe. O estabelecimento da filiação é e será sempre objeto de opções fundamentais em função de valores considerados preponderantes no tempo e no espaço. O primeiro dos quais, o direito da criança, em que a verdade genética assume um lugar de destaque. Contudo, defendo que não pode ser, logicamente, o único dado a ter em conta. O balanço ou, se preferível, a correta concatenação dos valores sociais e culturais de cada sociedade está sempre em permanente construção; não está ainda construído, está-se construindo dia a dia. Porém, reconheço que a problemática reside, por vezes, não tanto na opção da filiação certa do ponto de vista científico, mas na que se configura como sendo a melhor para a criança.⁵⁰

⁵⁰ https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/6419/1/jurismatesp_71-78.pdf.

Em Portugal, pela redação original da Lei n.º 32/2006 a prática da gestação de substituição era absolutamente proibida, sendo considerados nulos todos os negócios jurídicos, sejam gratuitos ou onerosos, da maternidade de substituição. Atribuindo, por conseguinte, a maternidade para a mulher que suportou a gravidez.

Em sentido oposto, a redação atual do art. 8º da Legislação Portuguesa permite a prática da substituição de forma excepcional e gratuita, em casos específicos de ausência, lesão ou doença de útero que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.⁵¹

No Brasil, tudo indica, que o judiciário não se preocupa com essa realidade social, tanto o é que a regulamentação veio tão somente no ano 1992 e por meio do Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.358/1992.

Posteriormente, a Resolução nº 2.013/13 ainda do Conselho Federal de Medicina revogou a resolução anterior e passou a permitir, em restritas situações, a gestação de substituição, também denominada doação temporária de útero. É isso que temos de regulamentação sobre o tema em nosso território.

⁵¹ REDACAO ATUAL - Artigo 8.º Gestação de substituição. 1 - Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. 3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante. 4 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2. 5 - É proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio. 6 - Não é permitida a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas. 7 - A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários. 8 - No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, bem como à intervenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º da presente lei. 9 - Os direitos e os deveres previstos nos artigos 12.º e 13.º são aplicáveis em casos de gestação de substituição, com as devidas adaptações, aos beneficiários e à gestante de substituição. 10 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez. 11 - O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. 12 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores.

De acordo com a referida Resolução, o método poderia ser utilizado desde que diante de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou, ainda, em caso de união homoafetiva.

O que parecia ser um feliz avanço, nada mais é do que letra morta da lei, pois aplicável a um número extremamente restrito de pessoas. A resolução trouxe um dificultador considerável para a realização do procedimento, requisitos especiais insuperáveis referentes às doadoras temporárias do útero, vejamos: Devem pertencer à família de um dos parceiros, num parentesco limitado ao quarto grau, isto é, mãe, avó, irmã, tia ou prima, passando ainda por um segundo filtro, dessa vez etário, limitado a idade de 50 anos.

Significa dizer que se o casal não possuir irmãs ou primas, deverão socorrer as suas mães, tias ou avó, que deverão ter menos de 50 anos, o que parece pouco provável. Não parece nada razoável a aplicação de tais critérios.

Diante desse cenário, temos uma infinidade de mulheres excluídas da possibilidade de realização do procedimento, ou melhor dizendo, excluídas da possibilidade de realizar legalmente o procedimento.

Se o sistema brasileiro não adotar requisitos mais inclusivos, infelizmente, tais situações continuarão a existir a margem da lei. A maternidade por substituição é realidade concreta no Brasil e no mundo, inclusive com negociações econômicas em torno dessas gestações, por isso se clama por uma resposta do ordenamento.

3.2. Laqueadura Forçada.

O aumento da população é problema enfrentando em vários países. Para lidar com as questões relativas à densidade populacional, alguns países adotam a famosa política de controle.

A China é mundialmente conhecida pela política do filho único, introduzida no ano de 1978. O governo chinês defende que a família não deve ter mais de um filho, aplicando multas e punições para quem descumprir essa regra.

Caminhando em sentido contrário, na Austrália, há um incentivo, em forma de subsídios, para que as famílias tenham mais filhos e evitem a diminuição da população ocorrida ano após ano.

Mas, saindo da esfera da quantidade, passando à qualidade, enfrentar o problema da natalidade irresponsável é tarefa ainda mais difícil para os Estados. E a resposta, não pode ser

resumida à vulgar solução de controle ou limitação forçada da natalidade, por meio da laqueadura, já declarada em todo o mundo como algo violador da dignidade humana.

É preciso esclarecer que a laqueadura, também denominada de ligadura tubária, é um método contraceptivo invasivo, cirúrgico, realizado na mulher por médico devidamente habilitado. O método consiste em cortar, amarrar ou colocar um anel nas trompas de Falópio, interrompendo com isso a comunicação existente entre o ovário e o útero, impedindo a fecundação e, conseqüentemente, o desenvolvimento da gravidez. Trata-se, em regra, de procedimento irreversível, mas em algumas situações, haveria chances, ainda que mínimas, de reversibilidade.

O propósito do planejamento familiar é evitar a formação de núcleos familiares desequilibrados, sem condições de sustento, evitando ainda problemas decorrentes de um crescimento demográfico desordenado. Para isso, compete ao Poder Público propiciar recursos educacionais e científicos em busca da implementação de um planejamento familiar consciente.

No Brasil, o “Caso Janaína” ganhou as telas dos noticiários. Um promotor de justiça ingressou com diversas ações para esterilizar mulheres pobres mesmo contra a vontade destas.

Em um destes processos a justiça foi conivente, determinando a laqueadura forçada de Janaína. Assim, logo após dar à luz a seu filho, a mulher foi submetida a uma laqueadura, um procedimento de esterilização, sem o seu consentimento.

No processo o promotor justificou seu ato na proteção da vida da mulher e dos filhos que poderiam nascer, que seriam colocados em risco em virtude do comportamento destrutivo da mãe, que era moradora de rua e viciada em drogas.

O caso remete ainda à CPI ocorrida nos anos 1990. Naquela época, diante do escasso acesso aos métodos contraceptivos, principalmente nas áreas mais vulneráveis do País, a laqueadura era oferecida como escambo eleitoral. Uma Pesquisa Nacional de Demografia em Saúde, feita pelo Ministério da Saúde em 1996, mostrava a triste realidade de que 45% das brasileiras em uniões estáveis estavam laqueada, sendo que $\frac{1}{5}$ delas tinha menos de 25 anos.

Posteriormente, por maioria dos votos (24 a 7), o Órgão Especial do Colégio de Procuradores decidiu que o referido promotor infringiu a Lei Orgânica do Ministério Público ao não “desempenhar com zelo e presteza as suas atribuições”.

Ainda que presente justa preocupação com a situação social de Janaina e de seus filhos já nascidos, a imposição da laqueadura sem nenhuma outra medida que a retirasse daquele cenário, demonstra uma preocupação exclusivamente social e uma nítida desconsideração pessoal.

Todos sabemos da ineficiência do Estado nos cuidados com a infância e adolescência, falhas até aqui políticas públicas capazes de enfrentar este enorme desafio de criar condições concretas para prover educação e assistência aos que se encontram desamparados. Mas isso não significa alijar do cenário a responsabilidade dos pais, embora em muitas circunstâncias seja-lhes difícil dispor de meios para tanto. 4. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp 768572-RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10.8.2006, v.u., DJ 2.10.2006, p. 26.⁵²

No tema do planejamento familiar, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery, em sua obra sobre as Instituições de Direito Civil, propõe uma série de questionamentos sobre as políticas-públicas que envolvem a família. As políticas públicas estão umbilicalmente ligadas aos deveres que o Estado tem com a família.

Assim, primeiramente, sob o aspecto ético, existe um direito fundamental das pessoas, de não serem alvos, por parte de organismos públicos ou privados, de manobras políticas de controle populacional; Há também um direito que as pessoas têm de procriar, ainda que por meio artificial e/ou em ambientes em que ainda não se vê uma comunidade familiar já formada; Por fim, ainda ligado ao fato de que muitos desejam não ter os filhos que naturalmente lhes adviriam, caso não fosse – como pretendem ser – esterilizados e, por essa razão, reivindicam do Estado a prestação de serviços que possa lhes oferecer a possibilidade de ter acesso, gratuito, aos serviços de educação familiar, ou, até mesmo, de esterilização voluntária. Veja que tudo depende do Estado e de sua organização e compromisso com a família.⁵³

Independentemente da situação em que aplicada, é inegável que a laqueadora forçada é algo absolutamente invasivo, destrutivo e que representa uma violação não apenas à intimidade e à vida privada, como também uma violação ao corpo, à integridade física, mental e dignidade da pessoa humana.

Não se esperava outro posicionamento do Órgão do Ministério Público que não fosse a reprovação da conduta do referido promotor, até mesmo por uma questão de coerência. Ora, a lei nº 9.263/93 que regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal Brasileira e que trata do planejamento familiar, não admite nem mesmo a esterilização de criminosos sexuais, por atentar contra a dignidade do estupro, ainda que a origem do delito seja justamente o desvio de sexualidade.

⁵²<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9dc65e3f96d6f8528025859d00353c2f?OpenDocument&Highlight=0,maternidade>

⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. p. 102 - 103.

Nestes casos, em havendo esterilização não autorizada, os agentes do ilícito ficarão obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes, razão pela qual, no “Caso Janaína”, não se esperava menos que a repreensão da conduta por parte do Órgão Ministerial.

Mas, mesmo diante de tais evidências, alguns ainda defendem que o problema da limitação da natalidade foi enfrentado no Brasil pelo disposto no §7º, do art. 226 da Constituição Federal de 1988, ao mencionar que o planejamento familiar é de livre decisão do casal. Seria mesmo?

Apenas para dar realce prático a este ponto, diante da situação fática acima narrada e a disparidade causada pela própria lei, ao proteger mais o criminoso do que os vulneráveis, parece que há algo errado ou incongruente entre o legislador e a ordem constitucional.

Fica então a pergunta: Até onde pode ir a intervenção estatal? Até onde somos livres?

Capítulo IV

4. Da análise de casos nas Jurisprudências dos Tribunais.

a) ADOÇÃO - A criança, sempre que possível, deve ser preservada no seio de sua família biológica. Este é o preceito seguido, prioritariamente, por qualquer ordenamento jurídico.

É direito não apenas dos pais, mas também da criança e do adolescente, permanecer em seu ambiente familiar, cujos vínculos devem ser protegidos e mantidos pelo Estado.

No entanto, diante de um ambiente familiar doente, as medidas protetivas em favor da criança e do adolescente devem ser adotadas, com o conseqüente afastamento dos seus genitores, visando o melhor interesse da criança ou adolescente.

Trata-se de medida absolutamente excepcional, que somente poderá ser adotada, após esgotadas todas as vias para a recomposição do vínculo familiar sadio. Somente então, é que se partirá para a forma excepcional da família substituta.

Cumpra esclarecer que, no caso de ruptura desse vínculo, será o Estado o responsável pela proteção dessa criança ou adolescente. Tal proteção inclui estratégias para que estas crianças ou adolescentes sejam colocados novamente em novos núcleos familiares, com a constituição de novos vínculos. Lembrando apenas que haverá sempre prioridade dos vínculos originários, de forma que a recolocação em sua família de origem será o objetivo primordial, quando assim for possível.

Fato é que a suspensão ou a extinção do poder familiar são medidas últimas e drásticas, sendo a mais grave entre todas as sanções impostas. Consiste em penalidade não apenas ao genitor, mas, conseqüentemente, para a criança e o adolescente, sendo, em alguns casos, a única solução encontrada quando não se tem amor. É o que veremos a seguir:

785/18.8T8VFX.L1-2

I -A intervenção para promoção e proteção da criança e do jovem em abrigo obedece, nos termos do art. 4º da LPCJP, aos princípios do interesse superior da criança e do jovem, da proporcionalidade e atualidade, do primado da continuidade das relações psicológicas profundas e da prevalência da família.
II – Um dos princípios a observar na intervenção a efetuar é o da prevalência da família, atento o direito e o dever dos pais constitucionalmente consagrado de educar e manter os filhos, não podendo de eles ser separados, exceto quando não cumpram os seus deveres fundamentais para com aqueles e sempre mediante decisão judicial. III – **Quando a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidades de tal ordem que comprometem o estabelecimento de uma relação afetiva gratificante e securizante para a criança é imperativo**

constitucional que seja salvaguardado o interesse desta, designadamente através da adoção, por ser esta a resposta mais adequada e que mais se aproxima da família natural. IV – O perigo exigido na alínea d), do n.º 1, do art. 1978.º, do CCivil é aquele que se apresenta descrito no art. 3.º, da LPCJP, conforme expressamente se remete no n.º 3, do art. 1978.º, do CCivil, sem que se pressuponha a efetiva lesão, bastando, assim, um perigo eminente ou provável. V – **A progenitora apesar do contacto periódico com o filho na instituição de acolhimento**, mas fazendo-o de uma forma maquinal e rotineira (os atrasos, e o encurtamento da duração das visitas, eram frequentes), **não se interessando pelo desenvolvimento da criança** (indagava insistentemente os Técnicos sobre questões processuais, em detrimento das questões relacionadas com a vivência institucional do filho, pouco perguntando sobre a sua evolução), **não mostrando alegria, entusiasmo, ansiedade ou euforia quando via o filho** (quando o A... entrava na sala para a visita a mãe não se levantava para o ir receber, ficava a aguardar que o Técnico lho trouxesse), não cuidando das suas necessidades (ao tomar conhecimento de que o A... integrou a creche, não questionou sobre como estava a correr o processo de integração), nem revelando ansiedade no fim das visitas (as visitas passaram a terminar habitualmente a pedido de A...), e nem esboçando sentimentos de angústia, ternura, nostalgia e tristeza quando de lá saía (despedia-se do filho de forma tranquila, sem angústia deste, e deixou a casa de acolhimento sem dar um beijo ao filho), **tal comportamento preenche o conceito de manifesto desinteresse** previsto na al. e), do n.º 1, do art. 1978.º, do CCivil.⁵⁴

b) SOCIOAFETIVIDADE - Importante questão ainda não mencionada, refere-se ao lapso temporal para a caracterização da socioafetividade. Existiria um prazo mínimo? Creio que não. É temerário estabelecer tal parâmetro objetivo para uma relação essencialmente subjetiva. A afetividade pode surgir ainda na gestação, razão pela qual, não seria justo que a lei fixasse um prazo mínimo para o seu estabelecimento.

Em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a questão foi levada a debate, não por existir um prazo mínimo para a sua caracterização, mas em virtude de uma idade mínima que foi posteriormente imposta no ordenamento como limite para a realização do procedimento na via extrajudicial, o que não impediria, por óbvio, que o reconhecimento se desse na via judicial.

Superada a questão temporal, trago o julgado 2ª Vara de Registros, pela grandiosidade de sua explanação, proferindo verdadeira aula no âmbito da parentalidade. Trata-se, então, de Processo Administrativo Disciplinar instaurado em face de Registro Civil da Capital, sob a alegação de ter sido realizado um procedimento irregular no reconhecimento de filiações socioafetivas. O caso envolve criança de menos de dez meses de vida. Processo Digital n.º: 1095260-83.2020.8.26.0100:

⁵⁴<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9dc65e3f96d6f8528025859d00353c2f?OpenDocument&Highlight=0,maternidade>

O artigo 1.593 do [Código Civil](#) tem a seguinte redação: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. (grifos meus). Essa previsão redundou na construção doutrinária e jurisprudencial dos institutos da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, em conformidade aos mandamentos e valores da Constituição Federal, como é difuso na doutrina e jurisprudência. Conforme Christiano Cassettari (Multiparentalidade e paternidade socioafetiva: efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16) a paternidade socioafetiva é compreendida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência de forte vínculo afetivo existente entre elas. **A aplicação concreta do Direito ocorre por meio de modelos científicos acolhidos como válidos pelos operadores do direito. Essas proposições a serem observadas são denominadas de paradigmas que são construídos e substituídos após longo trabalho da comunidade científica.** Thomas S. Kuhn (Estruturas das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 221) comenta essa situação nos seguintes termos: Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. **O sistema jurídico, apesar de dinâmico e aberto, deve obedecer a uma certa estrutura que lhe confere racionalidade, permitindo a adequada solução de casos concretos a partir de seus paradigmas.** No [Código Civil](#), há duas modalidades de filiação a biológica (ou natural) e a civil. A reprodução assistida, com previsão no artigo 1.597 do [Código Civil](#), é facilmente assimilada, por analogia, pelas prescrições do paradigma da filiação biológica. De outra parte, a filiação socioafetiva, também desenvolvida a partir da posse do estado de filho ([Código Civil](#), art. 1605), seguiria o paradigma da adoção. Comparando esses dois arquétipos de solução jurídica é patente a necessidade de maior demonstração probatória na modalidade do paradigma da adoção (filiação civil), o qual, inclusive, somente pode ser efetivado na via judicial nos termos dos artigos 1.618 e 1.619 do [Código Civil](#). Noutro giro, o paradigma da filiação biológica, ainda que na reprodução assistida, não necessita da prova do forte vínculo afetivo, na medida em que se funda em fatos biológicos; presumindo-se aquele. De outra parte, **na filiação socioafetiva, tal qual na adoção, haveria necessidade da demonstração do fato jurídico concernente ao vínculo afetivo que deve ser avaliado por meio das provas apresentadas pelos interessados no reconhecimento da filiação socioafetiva.** As profundas mudanças na sociedade ocidental desde os últimos anos século passado, como um processo em curso, implicaram, entre outras situações, na compreensão da família de forma plural por meio de conceitos amplos e flexíveis permitindo soluções específicas para os diversos modos de vida familiar desde a aplicação de modelos empíricos sem a preocupação com uma rígida estruturação científica, enfim, um método sem método ao menos no sentido compreendido pela razão iluminista. Ao tratar da influência do pós-modernismo na família, Semy Glanz (A família mutante: sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55) refletindo sobre o referido paradoxo, afirma: **O pós-modernismo não é um novo estágio do desenvolvimento da família, mas a descrença nos estágios ordenados. Um movimento de recuo e de avanço, em que as pessoas recebem padrões antigos e tentam outros novos, tornando as famílias mais democráticas, mas a instabilidade tem sido maior que a democracia.** É inegável a aproximação dos institutos jurídicos da família e do contrato no aspecto do **aumento da importância da autonomia privada no direito de família**, bem como, a introdução de um regramento institucional (heteronomia da vontade) no direito dos contratos. Portanto, houve o aumento da importância na utilização da autonomia privada no direito de família e a diminuição de seu espaço, outrora amplo (autonomia da vontade), no direito dos contratos. Esse fenômeno da contratualização da família tem implicado em modificações na aplicação e compreensão dos institutos do direito de família (nesse sentido, FENOUILLET, Dominique e VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. (coord). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001). **Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça editou regramentos administrativos**

regulamentando o reconhecimento da parentalidade socioafetiva perante as serventias extrajudiciais.⁵⁵ (grifo nosso).

c) NASCITURO - A importância da paternidade se afigura até mesmo antes do nascimento, conferindo direitos próprios ao nascituro. Assim, pelo fato de não ter podido conhecer o pai e de ter ficado prematuramente privado de sua companhia ao longo da vida, houve condenação pelos danos causados ao nascituro, conforme se extrai do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. 65/17.6GTALQ-5. RL. 30/06/2020:

Conforme propugna o douto Acórdão do STJ, de 03.04.2014, Processo n.º 436107.6TBVRL.P1.S1, Relator Conselheiro Álvaro Rodrigues, in www.dgsi.pt: (...) 1.– O nascituro tem um direito próprio a ser indemnizado pelo facto de não ter podido conhecer o pai, ou de ter ficado prematuramente privado da sua companhia ao longo da vida, já que isso representa uma grande privação, que se traduzirá numa constante mágoa, dor ou sofrimento. 2.– Quando a lei prevê casos específicos em que reconhece direitos aos nascituros, não está a afastar, por exclusão de partes, **a possibilidade de aplicação aos nascituros dos direitos que na lei surgem como próprios dos filhos**. Como se diz no Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 2000.03.20, **não há razão para criar distinções onde a lei não distingue**. (*Ubi lex non distinguit, necque nos distinguere licet*). 3.– Acresce que o art. 26.º da Constituição, reconhecendo a todos o direito à identidade pessoal, não estaria a ser cumprido, se se interpretasse o artigo 496º do CC de uma forma discriminativa e limitativa, atribuindo o direito de indemnização por danos não patrimoniais aos filhos que já tenham nascido e não reconhecendo esse mesmo direito a quem esteja apenas concebido (nem que seja com um dia ou meras horas de diferença) ainda que comungando da mesma fonte de identidade ou genética da personalidade progenitora. 4.– Violaria, por outro lado, também, o direito constitucional da igualdade em que seriam colocados os descendentes no mesmo grau, do mesmo progenitor, relativamente ao enunciado direito, sendo certo que tanto um como outro provêm das mesmas pessoas e que a identidade física do filho nascido é a mesma do filho nascituro enquanto encerrado no ventre materno, e que se desenvolve ininterruptamente desde a concepção. De trazer à colação os artºs. 24º, 25º e 13º da Constituição.⁵⁶ (grifo nosso)

d) LAQUEADURA - Vimos no Subitem 3.2. a questão da laqueadura forçada, com a qual, em regra, não concordamos, por, inegavelmente, infringir de maneira severa a intimidade da mulher. Assim de fato, a laqueadura não deve ser uma obrigação da mulher, mas deverá ser um direito garantido pelo Estado.

Venho, por isso, abordar a questão novamente, o que é forte indício de que, certamente, é situação corriqueira nos Tribunais, mas dessa vez, com ênfase na negativa do Município em realizar o procedimento.

55

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a6e9da27b1987898025859e003af66c?OpenDocument&Highlight=0,nascituro>

56

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a6e9da27b1987898025859e003af66c?OpenDocument&Highlight=0,nascituro>

Observe que a questão da laqueadura forçada, embora não ainda não superada no presente trabalho, não consistirá no foco principal de análise do julgado abaixo mencionado. A discussão aqui proposta deve se ater ao direito da mulher e dever do Estado em garantir a possibilidade de realização do procedimento.

Nos termos do artigo 127 da Constituição Federal Brasileira: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.⁵⁷ Entre tais direitos individuais indisponíveis insere-se justamente o direito à saúde, sem contar ainda com o direito ao planejamento familiar consagrado também na Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.15.009838-5/001, 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

(...) Pelo exposto, julgo procedentes os pedidos formulados na petição inicial **para autorizar a realização de esterilização através de laqueadura tubária pós-parto** junto à requerida Tatiana Aparecida Rodrigues dos Santos, ratificando a medida liminar concedida nos autos, fls. 159/159v, e, **ainda, impor a obrigação de fazer junto ao Município de Uberaba consistente na promoção de forma imediata e às suas expensas - todas as medidas necessárias a garantir a realização, por profissional de saúde, de esterilização através de laqueadura tubária pós-parto, pelo SUS ou contratando tal procedimento da iniciativa privada, sob pena de bloqueio do valor necessário ao custeio do aludido procedimento e, ainda, mantendo-se a requerida Tatiana em tratamento periódico que for necessário à sua recuperação**, nos moldes determinados pela legislação reguladora da matéria, determinando-se, após a realização da esterilização através da laqueadura tubária pós-parto, a continuidade do tratamento médico e o fornecimento de medicamentos ou insumos, por tempo indeterminado. (...) Nas razões recursais (fls. 274/297), **a Municipalidade sustenta, em síntese, que o tratamento pleiteado não está incluído no âmbito da responsabilidade dos entes municipais**, além de que se encontra submetida a uma excepcional situação de calamidade financeira, formalmente declarada, impondo-se a observância dos princípios da reserva do possível, da universalidade e da isonomia. (...) **Na eventualidade, pugna pela dilação do prazo para cumprimento da medida** e pela exclusão da multa cominatória fixada, defendendo, ainda, a impossibilidade de bloqueio de verbas públicas em razão do rito específico previsto para execuções contra a Fazenda Pública. (...) Em sede de contestação, **o Município de Uberaba suscitou preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, eis que o presente feito tutela interesse individual, não sendo função ministerial "advogar em favor dos necessitados".** (...) "Data vênica", razão não lhe assiste. **No caso em apreço, o bem ameaçado de lesão é o direito à saúde da particular, garantido constitucionalmente, pelo que o dispositivo supra confere ao Ministério Público legitimidade ativa para resguardar direitos individuais indisponíveis.** (...) O Município de Uberaba **arguiu, em contestação, preliminar de falta de interesse de agir, sob o fundamento de que não houve resistência à pretensão do Parquet, sendo desnecessária a tutela jurisdicional.** (...) De início, salienta-se que o interesse de agir surge diante de lesão ou ameaça a direito do indivíduo, pelo que a providência extrajudicial no intuito de ser realizado o procedimento em questão não seria

⁵⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

condição necessária e essencial à propositura da ação judicial. **Não bastasse isso, verifica-se que o pleito ora analisado envolve a realização de "laqueadura tubária pós-parto", procedimento este que, conforme legislação específica a ser tratada no mérito, demanda autorização judicial prévia.** Desse modo, plenamente possível e, frisa-se, necessário o ajuizamento da presente ação judicial. Por tais razões, REJEITO A PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. (...) MÉRITO. Infere-se dos autos que a **Sra. Tatiana Aparecida Rodrigues dos Santos, interditada judicialmente, apresenta deficiência mental moderada (CID 10 F70.1) e faz uso desmedido de drogas ilícitas e lícitas (CID 10 F19.2), razão pela qual o Ministério Público Estadual ajuizou a presente demanda no intuito de que fosse a particular submetida a procedimento de esterilização por meio "laqueadura tubária pós-parto",** com os devidos cuidados médicos necessários. Na decisão de fl. 159, o MM. Juiz deferiu o pedido liminar para autorizar a esterilização da ré, Sra. Tatiana Aparecida Rodrigues dos Santos. Citado, o Município de Uberaba apresentou contestação às fls. 175/217. (...) Após a instrução do feito, foi proferida a sentença, a qual julgou procedente o pedido inicial. (...) Na espécie, pelo que consta dos petítórios apresentados por ambas as partes, **verifica-se que a lide tem enfoque na responsabilidade municipal em garantir o então suscitado direito à saúde, na medida em que a ré Tatiana Aparecida Rodrigues dos Santos, interditada judicialmente e usuária imoderada de drogas, "não possui condições de determinar-se regularmente quanto à sua liberdade sexual, não discernindo de maneira correta e preventiva para evitar gravidez indesejada" (fl. 04).** (...) Em análise estrita das matérias em debate, impõe-se reconhecer que a tutela consistiria em medida protetiva à saúde, que constitui Direito Fundamental de eficácia imediata, amparada no art. 196 da Constituição da República.⁵⁸ (...) No mesmo sentido, a Lei Federal 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, em seu art. 2º.⁵⁹ (...) Nesse sentido, **em razão de sua natureza, a Administração Pública não poderia eximir-se do cumprimento de seu dever constitucional de prestar saúde,** o qual engloba tanto o fornecimento de medicamentos e a realização de procedimentos cirúrgicos, quanto os demais meios necessários à manutenção da vida digna, sobrepondo-se a demais interesses públicos, notadamente diante de questões de caráter patrimonial. (...) Ademais, não se pode olvidar que o Sistema Único de Saúde se funda no **princípio da cogestão, mediante cooperação simultânea dos entes federativos, pelo que compete a todos estes a garantia à saúde,** constituindo obrigação conjunta e solidária de viabilizar todas as providências cabíveis à eficácia do preceito fundamental, a teor do já citado art. 23, II, CF/88. (...) Nesse sentido, **embora a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes ainda careça de regulamentação,** valioso reconhecer que a irreversibilidade da medida autorizada **repercutirá de modo gravoso e perene na vida da jovem, aos 19 anos à época do ajuizamento da demanda,** ainda que interditada judicialmente e dependente química, eis que obsta a fruição de direitos garantidos constitucionalmente, notadamente ao preterir métodos contraceptivos prévios menos agressivos, vislumbrando, sobretudo, que mesmo prevendo a legislação específica **gama de requisitos indispensáveis à autorização judicial para a hipótese voluntária,** estes sequer foram atendidos no caso dos autos. (...) Com pesar, **sendo tal discussão alheia aos autos** e verificada a realização da "laqueadura tubária pós-parto" - medida esta irreversível -, necessário atentar-se aos limites da lide para, quanto ao direito à saúde, **manter a sentença que determinou que a**

⁵⁸ **Constituição Federal Brasileira**, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵⁹ **Lei Federal Brasileira nº 8.080/90**, Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas.

municipalidade providenciasse a realização do procedimento indicado por médico responsável.⁶⁰ (grifo nosso).

e) INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA – A inseminação artificial caseira, como o próprio nome indica, é feita fora do ambiente hospitalar ou de clínicas especializadas. Realizadas por leigos, geralmente pela própria pessoa que quer se beneficiar, consiste na coleta, em ambiente doméstico, do sêmen de um doador e a sua inseminação imediata no corpo da mulher, com o uso de uma seringa ou de outros instrumentos como um canudo ou um cateter.

A inseminação artificial caseira existe como prova de que as dificuldades impostas pela lei não mudam a realidade fática social, muito antes pelo contrário, acaba por fomentar práticas obscuras ou ilícitas.

Tal método atenta contra a saúde da mulher, podendo deixá-la exposta, inclusive, a doenças sexualmente transmissíveis. Além de criar situações jurídicas ao desamparo da lei.

Feita essa breve introdução, o julgado não traz como núcleo da questão a inseminação artificial caseira, que é apenas o seu coadjuvante. O intuito da alusão a este julgado foi o de demonstrar que, uma vez pretendida aquela relação de parentalidade, não mais é possível rechaçá-la.

A manifestação do desejo de ser pai ou mãe, deve ser uma manifestação certa e responsável, seja este vínculo biológico, afetivo ou decorrente de método de reprodução assistida. Portanto, não é possível desistir do ato.

Uma vez formado o vínculo, seus efeitos irão repercutir no mundo jurídico independentemente da vontade dos envolvidos. A manifestação de vontade, se deu em momento anterior e não precisa ser confirmado, conforme se observa no julgado de 19/11/2020 do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Trata-se de **ação de alimentos gravídicos** na qual a autora assevera que **manteve relacionamento amoroso com a requerida por sete meses, caracterizado como união estável, por ser público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir família.** Afirmar a autora que a requerida sempre expressou o seu desejo de ser mãe e então **ambas elegeram o método de inseminação artificial caseira, tendo a requerida feito todo o trâmite e achado um doador após postagem no Facebook em grupo específico de doação de material genético.** Como consequência do resultado frutífero da inseminação a **autora narra que engravidou em abril de 2.020,** mas semanas posteriores à gravidez começou a notar uma mudança no comportamento da requerida, que passou, algumas vezes, a deixar a residência para depois voltar, até sua saída

60

<https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/9221/Esteriliza%C3%A7%C3%A3o%20Feminina.%20Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde.%20Obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20fazer>

definitiva, com o bloqueio dela, autora, das redes sociais e aplicativos de conversa. (...) **Diante do projeto conjunto que a autora sustenta ter existido com a requerida visando a gravidez e a maternidade de ambas, pleiteia a fixação dos alimentos gravídicos por analogia**, com a aplicação da Lei 11.804/2008, fundada nos indícios da maternidade e dificuldades financeiras pelo seu desemprego e gastos com a gravidez devido a alguns sangramentos significativos. O valor pleiteado é de 60% do salário-mínimo. O Ministério Público opinou pela fixação de 25% dos rendimentos líquidos ou 35% do salário-mínimo (fls. 72). É o breve relatório. Decido. Dispõe a Lei 11.804/2008, no seu art. 6º, que: "**convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré**". **No caso em tela, referido artigo deve ser aplicado por analogia** por existirem indícios da existência de um relacionamento homoafetivo entre as partes, bem como de que **a gravidez, comprovada às fls. 33/36, resultou de decisão de ambas**, tendo a requerida tomado todas as providências para a realização da inseminação artificial caseira na autora. **Com o rompimento do relacionamento, deve a requerida também arcar com os custos da gestação da autora e, posteriormente, pagar alimentos ao filho resultante da vontade de ambas de exercício da maternidade**. Não há comprovação da capacidade financeira da requerida que, segundo a autora, trabalha na empresa AGV, localizada em Cajamar/SP. Assim, razoável quem em termos de tutela de urgência seja fixado como alimentos gravídicos provisórios o percentual de 20% dos rendimentos líquidos da requerida, incluindo férias, 13º salário, horas extras, verbas rescisórias, exceto FGTS e eventual multa sobre ele incidente, em caso de trabalho com vínculo empregatício, e 40% do salário-mínimo em caso de trabalho sem vínculo empregatício, devidos todo dia 10 de cada mês. Oficie-se à empregadora da requerida AGV Logística, para o desconto dos alimentos gravídicos ora fixados e depósito na conta bancária da autora, a ser indicada no prazo de 5 (cinco) dias. Referido ofício será disponibilizado pelo Sistema SAJ para o seu devido encaminhamento pela autora. Cite-se a requerida, pelo correio bem como pelos endereços eletrônicos indicados às fls. 68, para apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de revelia. São Paulo, 13 de novembro de 2020.⁶¹

f) ADOÇÃO À BRASILEIRA – Vale lembrar que a adoção a brasileira consiste em um modo simulado de atribuição de parentalidade. Assim, os pais biológicos, ou um deles, entrega a criança para outra pessoa, escolhida por ela, à margem dos tramites legais. Essa terceira pessoa, em regra, irá registrar o filho como se dela fosse. Caso já exista registro, teremos ou uma parentalidade de fato ou uma multiparentalidade com o reconhecimento socioafetivo.

Como visto, a adoção à brasileira constitui crime, tipificado pelo Código Penal Brasileiro. Entretanto, embora negada por nosso ordenamento, pelo poder que teria de ocultar as mais diversas situações, vez ou outra se mostra a solução que atende ao melhor interesse da criança, como pode se observar no julgado abaixo. Nestes casos, a relação sai da ilegalidade, para ganhar amparo legal

⁶¹<https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/12865/%20Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial%20caseira.%20Relacionamento%20homoafetivo.%20Ex%20companheira.%20Dever%20de%20pagar%20alimentos%20grav%C3%ADdicos>

Ainda que ilegal a conduta dos “pais”, não haveria qualquer razoabilidade em punir também a criança. Veja que em tais casos, a punição é indissociável, a punição de um, reflete no outro.

Nesta feita, muito além do mero intuito punitivo dos pais com a imediata destituição do poder familiar, repousa a sublime atitude de resguardar o melhor interesse da criança, que ficou claramente demonstrado no caso em questão.

Trata-se o caso de uma ação de destituição do poder familiar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 0900779-66.2017.8.24.0073. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato:

INFÂNCIA E JUVENTUDE. **AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO, ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL, INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.** SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO PAI REGISTRAL E DE SUA COMPANHEIRA, OS QUAIS DETÊM A GUARDA DO INFANTE. CASO CONCRETO. ALEGAÇÃO DE QUE O MENOR DE IDADE (2 ANOS) É FRUTO DA BREVE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL HAVIDA ENTRE O PAI REGISTRAL E A MÃE BIOLÓGICA. GENITORA QUE ENTREGOU O MENINO EM VIRTUDE DE O RÉU APRESENTAR MELHOR CONDIÇÃO FINANCEIRA PARA CRIÁ-LO. VERSÃO DOS FATOS CONTRÁRIA À PROVA CONTIDA NOS AUTOS. **FORTES INDÍCIOS DE ADOÇÃO À BRASILEIRA.** RECUSA DO PAI REGISTRAL EM REALIZAR O EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE RELUTÂNCIA DE SUA COMPANHEIRA EM CRIAR O ENTEADO. **GUARDIÃ QUE, AINDA, AVERIGUOU EM SEU TRABALHO OS TRÂMITES PARA A OBTENÇÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE EM CASO DE ADOÇÃO E AFIRMOU A UMA AGENTE DE SAÚDE QUE ESTAVA GRÁVIDA ANTES DE LEVÁ-LO PARA CASA. FRAUDE E ILEGALIDADE MANIFESTAS. BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO.** DETERMINAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO, DE CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DO INFANTE. RÉUS QUE IMPETRARAM HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OBTIVERAM SUCESSO NO DESABIGRAMENTO DO MENINO. **CRIANÇA QUE JÁ SE ENCONTRA COM OS RÉUS HÁ 2 (DOIS) ANOS. RECONHECIMENTO DA CONSOLIDAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PROCEDIMENTO LEGAL DE ADOÇÃO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR.** SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1. "Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção". (STJ, *Habeas Corpus* n. 385.507 - PR (2017/0007772-9), rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, j. 27.02.2018). 2. "[...] I - Em respeito à doutrina da proteção integral (art. 227 da CF e art. 1º do ECA) e do **princípio do melhor interesse da criança, ainda que haja suspeitas de "adoção à brasileira", não é aconselhável retirar o infante que vive em um ambiente familiar saudável e estável** para colocá-lo em abrigo ou outra entidade de proteção ao menor, sendo que a medida de acolhimento institucional é aplicável, apenas, em casos excepcionais elencados no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. II - In casu, **não estando caracterizada a situação de risco necessária a justificar a retirada da criança da família para a colocação em abrigo protetivo para**

posterior encaminhamento à adoção, mas, pelo contrário, havendo informações de que o Apelante é um pai dedicado e desde o nascimento do infante tem lhe proporcionado todas as condições de um lar condigno, além de existir vínculo afetivo entre eles, o recurso merece ser provido para que seja mantido o poder familiar do pai registral e revogados o mandado de busca e apreensão e a ordem de acolhimento institucional do menor para posterior encaminhamento para adoção". (TJSC, Apelação Cível n. 0901708-71.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 29.06.2017).⁶²

g) EXCLUSÃO DO CASAL DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO – Para ser pai, não basta quer. A paternidade ou maternidade não serve apenas para satisfazer aos desejos dos pais, mas também para satisfazer os anseios dos filhos. Como bem dizia João Baptista Villela, paternidade é função.

Nosso País é apenas um dos países que sofre com as milhões de crianças e adolescentes abandonados, em seus diferentes graus e espécies. “A consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e precisam receber”.⁶³

A paternidade, leia-se aqui também maternidade, não é apenas dever ou direito, mas por vezes, um ato gratuito de amor.

A parentalidade exige entrega, deveres, responsabilidades e não se aperfeiçoa somente com o título de pai (ou mãe), não basta dizer que é, é necessário ser.

O julgado, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70074769159, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, (Nº CNJ: 0241030-31.2017.8.21.7000), veio apenas confirmar o que já dizíamos, que a parentalidade não pode ser apenas um desejo repentino ou passageiro.

Não se recebe como filho, para depois destituí-lo desse posto. Toda ação reporta uma consequência. A imaturidade, ou talvez vaidade, de querer e depois desquerer não se coaduna com o desejo de ser pai. Pai é. Diante de muitas ou de todas as dificuldades, pai continua sendo, porque paternidade é entrega, paternidade é função.

A parentalidade deve ser responsável e só deve ser requerida a partir de uma decisão segura quanto ao desejo de adotar.

⁶² [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJ-SC_AC_09007796620178240073_88bad%20\(1\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJ-SC_AC_09007796620178240073_88bad%20(1).pdf)

⁶³ **Desbiologização da Paternidade.** João Baptista Villela. p. 416
file:///Users/fernandagimenez/Downloads/1156-Texto%20do%20Artigo-2181-2-10-20140919%20(6).pdf

A sentença que determinou a exclusão do casal do Cadastro Nacional de Adoção, levou em consideração a instabilidade do desejo de adotar e, ainda, o aparente desejo apenas da esposa, sem o real interesse do marido naquela adoção.

O laudo social demonstrou que, no dia do processo o casal manifestou-se seguro no desejo de adotar, mas, no dia seguinte, compareceram no Serviço Social para manifestar a intenção em desistir do processo. Tal situação se deu por duas vezes, ostentando comportamento inseguro dos pretendidos pais.

Decido. (...). **A dificuldade de lidar com a infante e a instabilidade constatada em relação ao efetivo desejo e aptidão para atual adoção (fls.53-56), são suficientes para julgar inadequada a manutenção da habilitação, tudo em atenção ao princípio do melhor interesse das crianças.** Digo das crianças, tendo presente o fato de exercer os habilitados os cuidados em relação a dois filhos, em favor dos quais, devem buscar o apoio e entendimento necessários para zelar pelo seu pleno desenvolvimento, antes mesmo de decidir de forma efetiva sobre acolher ou não novo protegido. Por tais razões, atendo a integral proteção das crianças e adolescente e seu melhor interesse, balizadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, acolho as manifestações de exclusão do cadastro e determino seja realizada a INATIVAÇÃO no CNA. Transitada em julgado, baixem-se e arquivem-se, este e o apenso. No presente apelo, os autores alegaram possuir todas as condições para a manutenção no cadastro nacional da adoção, tanto que ingressaram na lista nacional em dezembro de 2010. **Disseram que o insucesso da experiência com a menina ME não pode servir para afastá-los da lista de adoção, pois ambos mantêm a intenção de adotar.** Aduziram que possuem maturidade e condições financeiras e psicológicas suficientes para adotar um novo filho. **Sustentaram que tomaram uma decisão equivocada ao devolver a menina ME e que estavam em adaptação.** Por fim, disseram que são casados há mais de 20 anos; mantêm uma relação conjugal sólida e têm dois filhos (um biológico com 04 anos e outro adotivo com 15 anos). Pediram o provimento ao apelo para que sejam mantidos na lista de adoção. Adianto que estou negando provimento ao apelo. Convém começar transcrevendo o inteiro teor do laudo social realizado (...) **Relataram que, na noite anterior, em que ME pernoitou novamente na companhia da família, sentiram-na agitada, muito chorosa e com claros sinais de estranhamento.** Disseram que ao acalmá-la ambos iniciaram uma discussão em que foi evidenciado por LEC que não tinha desejo pela adoção da criança, e que teria concordado com o processo de aproximação **para atender aos interesses e desejos da esposa.** Em face de tal manifestação LN **compreendera não ser correto levar adiante a adoção, pois entendia que a menina precisava ser desejada por toda a família.** Por LEC também foi utilizado o argumento de que o filho M., de 15 anos, embora tenha manifestado na avaliação realizada estar confortável com a chegada de uma irmã, lidaria mal com esta questão, e que T., 4 anos, estaria claramente em processo de regressão, inclusive "fazendo xixi na cama". Ainda, no dia anterior, LN havia feito contato com o Serviço Social Judiciário **solicitando intervenção para conseguir vaga em escola de educação infantil para ME.** Questionada sobre tal interesse, **manifestou que embora fosse encaminhar a licença maternidade, havia feito um combinado com seu empregador que somente desfrutaria de um turno para este fim, permanecendo a trabalhar no turno da tarde.** Buscou-se refletir com LN sobre o significado de tal condição, **alertando para a importância da presença física da mãe para promover a vinculação afetiva entre ela e a criança, sendo o período de licença maternidade fundamental para esse fim.** LN disse compreender, mas manteve sua posição, o que seria retomado no dia seguinte, antes da assinatura do termo de guarda pelo casal. **Tais elementos sinalizam claramente que LEC e LN, atualmente não estão preparados para a**

adoção de uma criança. Observa-se que embora o discurso formal do casal tenha indicado tal interesse, o processo de aproximação possibilitou verificar não haver real disponibilidade de ambos para acolherem uma criança adotiva neste momento. (...) LN fez visita à criança na casa da família acolhedora, tendo sido relatado pela Sra. Carmem Beatriz uma postura bastante estranha por parte da mesma, sinalizando evidente **desequilíbrio e instabilidade emocional**. Teria relatado inclusive estar em processo de separação conjugal em face do que havia ocorrido. No dia 16/06, agendou-se novo atendimento com o casal, momento em que ambos insistiram em dar prosseguimento ao processo de adoção de ME, **afirmando que a ausência dela nesses últimos dois dias teria despertado o desejo de LEC pela adoção**, bem como teria evidenciado que já estavam muito vinculados afetivamente a ela. Buscou-se refletir com o casal o contexto no qual tal decisão estava sendo pensada, bem como as manifestações anteriores de **clara divergência de interesse entre eles em relação a adoção**, fatos importantes que careceriam de melhor reflexão por parte de ambos, inclusive com ajuda profissional adequada. LN e LEC também **foram orientados a não mais procurar pela criança na família acolhedora, estabelecendo o distanciamento necessário para a elaboração da situação por parte de todos, sobretudo resguardando a saúde emocional da criança**. Diante de tais circunstâncias descritas, desfez-se o vínculo entre o casal LN e LEC e a criança ME no CNA, e deu-se início a busca dos próximos habilitados da lista que atendam ao perfil da criança, com a finalidade de colocação da mesma em família substituta adotiva. Sugere-se a exclusão do casal LEC e LN do Cadastro Nacional de Adoção. [...]. Diante do contexto em que atualmente encontram-se os apelantes, o melhor mesmo é a exclusão do cadastros de adoção. O futuro poderá dizer se os apelantes poderão habilitar-se novamente, caso eles resolvam submeter-se a novo procedimento de habilitação. Mas essa é outra questão para outro momento. Por agora, a sentença vai mantida. ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao apelo. DES. RUI PORTANOVA - Presidente - Apelação Cível nº 70074769159, Comarca de Carazinho: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME." Julgador (a) de 1º Grau: ROSSANA GELAIN".⁶⁴

Observe que diante análise de cada um dos casos supradescritos, que se manifestam em variadas formas de filiação, em todas elas, os requisitos são os mesmos.

Por vezes as pessoas querem a igualdade entre filhos, mas não tratam aquela situação em igualdade. Durante a gestação de um filho biológico, há como desistir daquele bebê/? Não.

Então, por que razão haveria tal prerrogativa, no caso da inseminação artificial caseira, ou no caso da paternidade socioafetiva ou, ainda, no caso da adoção? Perceba que os filhos devem ser tratados em igualdade de condições, sem diferenciação ou discriminação, razão pela qual, a igualdade deve ocorrer, desde a concepção, seja ela natural, artificial ou civil.

64

<https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/8358/Apela%C3%A7%C3%A3o%20c%C3%ADvel%20.%20Habilita%C3%A7%C3%A3o%20pra%20a%20ado%C3%A7%C3%A3o%20.%20Exclus%C3%A3o%20do%20casal%20do%20registro%20nacional%20de%20ado%C3%A7%C3%A3o>.

Capítulo V

5. Direitos da Personalidade X Direitos Fundamentais

Para uma boa análise da intimidade, vida privada e o poder de intervenção do Estado, importante examinar, ainda que brevemente, as diferenças existentes entre os Direitos da Personalidade e os Direitos Fundamentais.

Os direitos da personalidade são direitos inerentes e inseparáveis do ser humano, que ele tem pelo simples fato de nascer e viver. Assim, a aquisição da personalidade é despida de qualquer requisito básico, se dá independentemente da viabilidade do ser nascido, razão pela qual independem também de qualquer reconhecimento por parte do Estado.

São, portanto, direitos subjetivos, absolutos, oponíveis erga omnes, e encontram-se previstos atualmente como forma de defesa dos valores inatos ao ser humano, mas antecederam a própria criação de um ordenamento jurídico, por isso tratado por alguns como um direito natural.

O objeto dos direitos da personalidade são faculdades jurídicas que se situam no âmbito da própria pessoa, basicamente os aspectos físico, intelectual e moral.⁶⁵ Revelam o conteúdo necessário da personalidade.⁶⁶

Tais direitos são dotados de particularidades que lhes confere uma posição privilegiada no direito privado, a qual delimita as próprias ações de seu titular.

Numa interação entre Direito Civil e Direito Constitucional, quando os direitos da personalidade são projetados pelo ordenamento constitucional, recebem o nome de direitos fundamentais.

Tanto Brasil como Portugal adotam a Teoria Positivista, reconhecendo em seu ordenamento jurídico a existência de direitos da personalidade como instituto independente dos direitos fundamentais, cada um positivado em seu respectivo diploma, Civil e Constitucional, respectivamente.

Como bem menciona Jorge Miranda, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, não obstante as largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis e, para chegar a tal conclusão, basta pensar nos demais direitos inseridos no texto constitucional

⁶⁵ PELUSO, Cezar. **Direitos Fundamentais**. p.29

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. p.85

que extravasam dali como, por exemplo, o direito de acesso aos tribunais (art. 20º, n.º 1) ou a liberdade de imprensa (art. 38).⁶⁷

Mas, sobretudo são distintos o sentido, a projeção, a perspectiva de uns e outros direitos. Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relação de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre particulares (art. 18, no 1); os direitos da personalidade uma incidência privalística, ainda quando sobre ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos da personalidade ao do Direito Civil.⁶⁸

Mesmo diante de tais diferenças, certos direitos da personalidade são considerados também como direitos fundamentais, mas o contrário não é pode prevalecer. Assim, um mesmo direito fundamental pode se apresentar ora como direito fundamental, ora como direito da personalidade.

Como exemplo, o direito à saúde, que desempenha um papel de destaque em ambos os Ordenamentos Jurídicos. Sua análise pode passar tanto por uma perspectiva de direito público, em que é tratado como direito fundamental social (e do qual se pode extrair diversos desdobramentos, como o dever do Estado de prestar medicamentos); quanto sob o prisma de direito privado, assumindo as nuances de direito da personalidade (podendo se valer de tutelas em face de outros indivíduos).

A mesma reflexão pode ser aplicada a tantos outros direitos como, ao direito à vida, ao direito à intimidade, ao direito à vida privada, direitos que ora assumem a função de direito da personalidade, ora de direito fundamental.

Observe, portanto, que os direitos da personalidade surgiram com o objetivo de defender os direitos dos indivíduos entre si, perante a sociedade, entre os próprios particulares. Enquanto os direitos fundamentais foram desenvolvidos para resguardar o cidadão dos abusos cometidos pelo Estado.

Dessa maneira, os direitos da personalidade estariam ligados ao direito privado, enquanto os direitos fundamentais ao direito público.

Tais direitos não se confundem ainda com os chamados Direitos Humanos. Enquanto os direitos fundamentais são positivados na Constituição, os direitos humanos estão positivados no Plano Internacional.

Sobretudo aqui, é possível perceber a harmonia entre Brasil e Portugal. Que desde as Ordenações, o Brasil sofre influência do Direito Portugal, não é nenhuma surpresa. Mas, o

⁶⁷ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. p.85

⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. p.85

estudo do Direito Comparado entre Brasil e Portugal, principalmente nos campos do Direito Civil e Constitucional, surpreende por tantas semelhanças.

Assim, o Código Civil Brasileiro dispõe de Capítulo próprio para os Direitos da Personalidade⁶⁹, enquanto os Direitos Fundamentais estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil nos arts. 5º a 17 e art. 1º.

O Código Civil Português, por sua vez, de forma mais resumida, traz os Direitos da Personalidade de forma esparsa⁷⁰, nos artigos 27.º, 70.º, 71.º e 81.º e, na Constituição da República traz os Direitos Fundamentais em várias passagens como, na Parte I - Direitos e

⁶⁹ **Código Civil Brasileiro.** Art. 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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. Parágrafo Único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo Único: O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo Único: O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17: O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18: Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19: O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20: Salvo as autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo Único: Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁷⁰ **Código Civil Português** - Art. 27.º (Direitos da personalidade): 1. Aos direitos de personalidade, no que respeita à sua existência e tutela e às restrições impostas ao seu exercício, é também aplicável a lei pessoal. 2. O estrangeiro ou apátrida não goza, porém, de qualquer forma de tutela jurídica que não seja reconhecida na lei portuguesa. Art. 70.º (Tutela geral da personalidade): 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. Art. 71.º (Ofensa às pessoas já falecidas): 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere. Art. 81.º (Limitação voluntária dos direitos da personalidade): 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

Deveres Fundamentais, Título II - Direitos, Liberdades e Garantias, Capítulo I do art. 24.º ao 47.º.

Portanto, voltando ao nosso exemplo do direito à saúde, importante direito que compõe a dignidade da pessoa humana e abrange a integridade física, mental e social do ser humano, e de importantíssima incidência em nosso trabalho. Temos que o direito a saúde ora será visto sob o prisma público, ora sob o prisma particular.

No caso da laqueadura, a constituição deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há um dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado.

Dessa forma, direitos da personalidade e direitos fundamentais estão sistematizados no ordenamento luso-brasileiro, de forma que a cada situação concreta corresponda uma forma de incidência.

Capítulo VI

6. Questão de Ordem Pública ou Direito Fundamental? Os Limites da Atuação do Estado no Direito de Família.

Ramo do Direito Privado, o Direito de Família é o responsável por regulamentar as relações intersubjetivas mais valiosas do ordenamento jurídico, sendo permeado por uma série de normas de ordem pública.

As normas de ordem pública são aquelas fundadas na realização de interesses sociais, gerais, público, razão pela qual, são inafastáveis por vontade das partes, possuindo aplicação obrigatória. Também definidas como normas cogentes, em contraposição às normas dispositivas.

Normas constitucionais são sempre normas de ordem pública. Toda regra de Direito Público é também uma regra de ordem pública, mas nem toda regra de ordem pública é de direito público.

Nessa conjuntura, a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como partícipe do contexto social e ainda como integrante do vínculo familiar.

À família incumbem funções e responsabilidades que a própria Constituição lhes dá, mas tem características de direito extrapatrimonial ou personalíssimo que não podem ser esquecidas. Família é sujeito de direitos.

Perante tantas normas cogentes, não podemos estruturar a família e o indivíduo como sujeito só de obrigações. É muito comum que se falem dos deveres dos pais, sem nunca lembrar que eles possuem também direitos.

A afirmação do planejamento familiar como obrigação positiva imposta ao Estado traz consigo, como corolário, o reconhecimento de um direito (constitucional) à concepção. Um direito de ser pai ou mãe, seja através de um critério natural ou por meio de técnicas artificiais. Neste sentido, Ana Claudia Brandao de Barros Correia Ferraz (p.157, apud FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 588):

assim como a contracepção, o direito à concepção, seja natural ou artificial, encontra-se inserido no direito ao planejamento familiar, do qual toda as famílias podem se valer.⁷¹

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. p. 309.

Mas, como compatibilizar os direitos fundamentais e as normas de ordem pública dentro do Direito de Família?

Para responder a tal pergunta é necessário entender primeiro qual seria a natureza jurídica das normas privadas de ordem pública? A maioria da doutrina irá sempre apontar para algo que se liga exclusivamente ao Direito Público, ao interesse público ou, até mesmo, ao interesse do poder público.⁷²

Todavia, essa compreensão não é correta, nem adequada e conveniente. Não é compatível com o princípio da legalidade, além de permitir um olhar improprio e desconfortante do poder público na vida das relações privadas, o que não se afigura nem um pouco democrático.⁷³

Rosa Maria Nery menciona que tal dificuldade não passou despercebida por Clóvis Beviláqua, que afirmou que a noção de ordem pública contribui para obscurecer a distinção entre Direito Público e Direito Privado.⁷⁴

A doutrina afirma que, *a priori*, não seria possível determinar qual conteúdo de valor deve prevalecer. E nessa encruzilhada, a Família, o Estado, num sistema repleto de normas cogentes, que precisa conciliar os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade.

⁷² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. p. 153.

⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. p. 153.

⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. p. 100. .

CONCLUSÃO

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. Constitui dever do Estado preservar a família e seus membros, não permitindo que seja cerceada a liberdade que permite a cada um conduzir-se como lhe apraz, no exercício do direito à vida privada, sem a ninguém ofender. Isso é consequência lógica da efetivação dos princípios da dignidade e isonomia.⁷⁵

O Direito de Família, por sua própria natureza e grandiosidade, e importância social acaba por sofrer forte intervenção estatal.

O direito é a mais eficaz técnica para o Estado cumprir sua importante função de organizar a vida em sociedade. Para isso impõe pautas de condutas, nada mais que regras de comportamento a serem respeitadas por todos nós. O ordenamento jurídico – verdadeiramente interdito proibitório dos impulsos que podem inviabilizar o convívio social – possibilita então a vida em sociedade.⁷⁶

O cidadão, por sua vez, não vai deixar de buscar seu direito à reserva da intimidade e da vida privada familiar, conforme garantia prevista no artigo 26, Título II, Capítulo I, da Constituição da República Portuguesa.⁷⁷

Ciente, no entanto, que poderá nunca encontrá-lo. Afinal, o conceito de privado pode ou não estar ligado ao conceito de privacidade. Conforme assevera Victor Correia ao tratar Da Privacidade: Significado e Valor:

Nenhum espaço é totalmente privado no sentido de ficar completamente, sob todos os pontos de vista, em relação a todos os outros indivíduos, em todos os momentos, e para todo o sempre, fora do alcance da autoridade pública, ou fora do olhar público, ou fora do uso público.⁷⁸

⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de Direito Civil**. p. 107.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 18

⁷⁷ **Constituição Republicana Portuguesa**, Artigo 26.º Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

⁷⁸ CORREIA, Victor. **Da Privacidade: Significado e Valor**. p. 25

Deste modo, ainda que o Estado tenha o dever de regular, não apenas a sociedade, mas também as relações interpessoais, deverá respeitar, perpetuamente, a dignidade, liberdade e privacidade de cada um.

O Estado deverá garantir não apenas o direito à vida ou o direito à família, mas sim o direito adjetivado de: Uma vida em família, digna e feliz.

O ordenamento jurídico tem como uma de suas funções precípuas a busca pelo desenvolvimento social e, para tanto, precisará acompanhar os fatos da vida, primordialmente no que tange ao Direito de Família e as suas diversas formas de Parentalidade, cada vez mais indissociável do conceito de Felicidade.

Assim, como foi possível observar durante todo o desenvolvimento deste trabalho, a norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias e as emoções do ser humano, sobretudo se diante de seu maior valor, que é a Família.

Referências Bibliográficas

- AHUASLLI, Tânia Mara; BENACCHIO, Marcelo (Coord.) - **Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. ISBN 85-7674-840-1
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de - **Direito da Família e das Sucessões**. 3.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5
- CORREIA, Victor – **Da Privacidade: Significado e Valor**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7744-4
- DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson - **Curso de Direito Civil, v.6: Famílias**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. ISBN 857761897-8
- DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 11.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6711-7
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-85-472-2970
- GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 6. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 978-85-536-1415-8
- KUMPEL, Vítor Frederico; FERRARI, Carla Modina - **Tratado Notarial e Registral. Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais**. Vol. II. São Paulo: YK Editora, 2017. ISBN 978-85-68215-13-5
- MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019. ISBN 978-972-40- 7217-3
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson - **Instituições de Direito Civil. Família e Sucessões**. Vol. IV. 2.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. ISBN 978-85-5321-356-6

- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson – **Código Civil Comentado** 13.^a ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-356-6
- NETO, Abílio - **Código Civil Anotado**. 20.^a ed. Lisboa: Ediforum, 2019. ISBN 978-989-8438-19-5
- PELUSO, Cezar (Coord.) - **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri, SP: Manoele, 2021. ISBN 978-65-5576-378-2
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN não localizado.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. ISBN 8573083050
- SALAROLI, Marcelo; CAMARGO NETO, Mário de Carvalho - **Registro Civil das Pessoas Naturais**. 2^a ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. ISBN 978-85-82-42-000-1
- TARTUCE, Flávio - **Direito Civil. Direito de Família. Vol. 5**. 12^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7402-2
- TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil: volume único**. 6.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6764-2

Legislação:

Código Civil Brasileiro - Lei Ordinária n.º 10.406/2002. Diário Oficial da União, Seção I. Site do Planalto [Em linha] Brasília, 10 de janeiro de 2002. [Consult. durante toda elaboração do trabalho científico, conferido em data atual]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

Código Civil Português - Decreto-Lei n.º 47.344/1966. [Em linha] [Consult. durante toda elaboração do trabalho científico, conferido em data atual]. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>

Conselho Nacional de Justiça. [Em linha] Provimento 63 de 14 de Novembro de 2017 [Consult. 15/02/2021]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf

Conselho Nacional de Justiça. [Em linha] Provimento 83 de 14 de Agosto de 2019 [Consult. 15/02/2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>

Constituição da República Federativa do Brasil. Site do Planalto [Em linha] Brasília, 05 de outubro de 1988. [Consult. durante toda elaboração do trabalho científico, conferido em data atual]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Constituição da República Portuguesa. Site da Assembleia da República [Em linha] Lisboa, 02 de abril de 1976. [Consult. durante toda elaboração do trabalho científico, conferido em data atual]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Convenção Europeia de Direitos Humanos. Site OEA [Em linha] Roma, 04 de Novembro de 1950. [Consult. 15/02/2021]. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>

Diário da República Eletrónico. [Em linha]. Assembleia da República [Consult. 09/02/2021]. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1>

Declaração Internacional dos Direitos Humanos. [Em linha]. USP [Consult. 15/02/2021]. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>

Decreto n.º 678/1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Publicado em 09/11/1992 no Diário Oficial da União e no Site do Planalto [Em linha] Brasília, 06 de Novembro de 1992. [Consult. 12/10/2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. IX Conferência Internacional Americana. [Em linha]. Convenção Interamericana de Direitos Humanos [Consult. 15/02/2021]. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm

Lei n.º 883/1949. Lei Revogada. Publicada em 26/10/1979 no Diário Oficial da União e no Site do Planalto [Em linha] Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1949. [Consult. 12/10/2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/10883.htm

Lei n.º 9.263/1996. Publicada em 15/01/1996 no Diário Oficial da União e no Site do Planalto [Em linha] Brasília, 12 de Janeiro de 1996. [Consult. 23/10/2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm

Lei n.º 11.105/2005. Publicada em 26/10/1979 no Diário Oficial da União e no Site do Planalto em 28/03/2005 [Em linha] Brasília, 24 de Março de 2005. [Consult. 12/10/2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/10883.htm

Lei n.º 16/2007. Promulgada em 10/04/2007 [Em linha]. [Consult. 27/12/2020]. Disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=913A0008&nid=913&nversao=&tabela=leis

Resolução CFM n.º 2.013/13. Publicada em 16/04/2013 no Portal do Conselho Federal de Medicina [Em linha] Brasília, 16 de abril de 2013. [Consult. 27/12/2020]. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>

Documentos consultados de forma eletrônica:

Artigo: Síndrome de Down: “Não é preciso abdicar da vida” para lhes dar uma vida. [Em linha]. Jornalismo Porto Net. [Consult. 11/08/2020]. Disponível em <https://www.jpn.up.pt/2020/03/21/sindrome-de-down-nao-e-preciso-abdicar-da-vida-para-lhes-dar-uma-vida/>

Base Jurídico Documentais IGFEJ. [Em linha]. Lisboa: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 2020. [Consult. 09/01/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8a6e9da27b1987898025859e003af66c?OpenDocument&Highlight=0,nascituro>

Desbiologização da Paternidade. João Baptista Villela. [Em linha]. Minas Gerais: Revista de Direito da UFMG, 1979. [Consult. 30/08/2020]. Disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/viewFile/1156/1089> download em [file:///Users/fernandagimenez/Downloads/1156-Texto%20do%20Artigo-2181-2-10-20140919%20\(4\).pdf](file:///Users/fernandagimenez/Downloads/1156-Texto%20do%20Artigo-2181-2-10-20140919%20(4).pdf)

Instituto Brasileiro de Direito de Família [Em linha]. 30/08/2018 [Consult. 15/01/2021]. Disponível em <https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/9221/Esteriliza%C3%A7%C3%A3o%20Feminina.%20Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde.%20Obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20fazer>

Instituto Brasileiro de Direito de Família [Em linha]. Jurisprudência. [Consult. 15/01/2021]. Disponível em

<https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/12865/%20Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial%20caseira.%20Relacionamento%20homoafetivo.%20Ex%20companheira.%20Dever%20de%20pagar%20alimentos%20grav%C3%ADdicos>

Instituto Brasileiro de Direito de Família [Em linha]. TJSC. [Consult. 15/01/2021]. Disponível em

[https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJSC_AC_09007796620178240073_88bad%20\(1\).pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/TJSC_AC_09007796620178240073_88bad%20(1).pdf)

Instituto Brasileiro de Direito de Família [Em linha]. [Consult. 16/01/2021]. Disponível em

<https://ibdfam.org.br/jurisprudencia/8358/Apela%C3%A7%C3%A3o%20c%C3%ADvel%20.%20Habilita%C3%A7%C3%A3o%20pra%20a%20ado%C3%A7%C3%A3o%20.%20Exclus%C3%A3o%20do%20casal%20do%20registro%20nacional%20de%20ado%C3%A7%C3%A3o>.

Landmark Cases. [Em linha]. *Historic Supreme Court Decisions* [Consult. 13/06/2021]. Disponível em <http://landmarkcases.c-span.org/Case/12/Roe-V-Wade>

Multiparentalidade. Site Migalhas [Em linha]. 14 de fevereiro de 2020 [Consult. 28/02/2021]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/320507/exame-de-dna-positivo-nao-garante-reconhecimento-de-paternidade-biologica>

Superior Tribunal de Justiça. República Federativa do Brasil [Em linha]. [Consult. 09/12/2020]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

Superior Tribunal de Justiça. República Federativa do Brasil [Em linha]. DJE 19/02/2015. [Consult. 09/12/2020]. Disponível em <https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/REsp-1.330.404-RS.pdf>

Supremo Tribunal de Justiça. Portugal. [Em linha]. [Consult. 10/12/2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6127be61d57a7578802583430055941f?OpenDocument>

Supremo Tribunal de Justiça. Portugal. [Em linha]. [Consult. 10/12/2020]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9dc65e3f96d6f8528025859d00353c2f?OpenDocument&Highlight=0,maternidade>

Supremo Tribunal Federal. Brasília [Em linha]. [Consult. 09/12/2020]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

Supremo Tribunal Federal. Brasília [Em linha]. Tema 622 da Repercussão Geral [Consult. 12/08/2020]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>