

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

Faculdade de Direito

Programa de Pós – Graduação em Direito

PODER FAMILIAR: INSTITUTO DE PROTEÇÃO AO MENOR

Andresa Minatel

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

PIRACICABA
2007

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Ao orientador desta dissertação, Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida, por seu apoio, paciência e preciosa orientação.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, pela atenção e eficiência no cumprimento de suas atribuições.

Agradeço, em particular, ao Dr. José Roberto Cicolin, pelas lições jurídicas e de vida, no decorrer destes anos.

Às minhas amigas Sueli Ap. De Pieri e Marlene Elizabeth Rossi Pelegrina, pela contribuição e incentivo no desenvolvimento deste trabalho.

De modo especial, aos meus pais, Vladimir Francisco Minatel e Maria Zoraide Celotti Minatel, pelo exemplo vida e apoio incondicional aos estudos. À minha irmã Aline pelo incentivo em todas as horas.

Ao meu marido Eduardo Alberto Manfredini, companheiro constante nesta jornada e grande incentivador deste trabalho.

RESUMO

Trata o presente estudo da análise e interpretação ocorridas no instituto do poder familiar, mais especificamente, no que se refere aos aspectos pessoais, determinados pelo Código Civil Brasileiro.

Tomou-se, como objeto central do estudo, as características que determinam o instituto como meio de proteção aos menores, tendo como titulares os pais, cuja responsabilidade na criação e educação dos filhos se impõe, mas não de maneira absoluta.

No contexto das questões analisadas, observou-se que o poder familiar não é absoluto, pois se de um lado os responsáveis são livres para educar os filhos da maneira que lhes convier e de acordo com suas possibilidades, por outro lado, o abuso deste instituto, por vezes, é capaz de acarretar a suspensão ou destituição do mesmo.

Dentro da proposta de estudos, chegou-se a caracterização para determinar o princípio desta responsabilidade dos pais sobre os filhos, bem como, a problemática das técnicas de reprodução assistidas.

Focaram-se ainda nestas interpretações, de modo especial, a fecundação *in vitro*, de onde se originam problemas sérios, como os embriões excedentes, a possibilidade de mulher solteira produzir a maternidade independente, bem como, os questionamentos acerca da terapia eugênica, que possibilita a escolha do sexo da criança e também suas características genéticas.

A abordagem principal do trabalho se apoiou, deste modo, à elucidação, em forma de contribuição, no estudo do instituto do poder familiar, do papel dos pais diante das escolhas com relação aos filhos, sem perder de vista o elemento central

desta questão em que se concentra sua existência como instrumento de proteção ao menor.

Palavras-chaves: poder familiar, aspectos pessoais do poder familiar, titularidade.

ABSTRACT

The present study concerns the analysis and interpretation occurred in the inner part of the familiar force, specifically the personal aspects determined for the Brazilian Civil Law.

The characteristics that determine the family as a mean of protection for minors were chosen as central subject of the study, having the parents holding the main role, whose responsibility in raising and educating their children is imposed but not in an absolute way.

In the context of the studied question, it was observed that the familiar force is not absolute, therefore the responsables are free to raise their children according to their convenience and according to their possibilities, on the other hand, the breach of this privilege may cause the suspension or even the loss of it.

Inside the proposal of studies, the characterization was reached to determine the principle of that responsibility of parents over their children, as well as the matter of the followed up reproduction techniques.

The in vitro fertilization was focused in a special way in these interpretations. The in vitro fertilization may cause serious problems, such as the surplus embryos, the possibility of a single woman to produce the maternity independent, as well as the questionings concerning the eugenic therapy, which makes possible the choice of the chind's gender as well as his/her genetic features.

The main approach to the topic was based in the elucidation, in the form of contribution to the studies of the inner part of familiar force, the role of parents

concerning their choice regarding their children, focusing on the main subject of the matter which is its existence as an instrument of protection to the minor.

Key words: familiar force, personal aspects and the main role.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO I	
CONCEITO DE PODER FAMILIAR	14
 CAPÍTULO II	
CARACTERÍSTICAS GERAIS	22
 CAPITULO III	
EFEITOS PESSOAIS	26
3.1. CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO	28
3.2. GUARDA	34
3.3. CONSENTIMENTO PARA CASAR	39
3.4. NOMEAÇÃO DE TUTOR	40
3.5. DEVER DE REPRESENTAÇÃO	41
3.6. DIREITO DE RECLAMAR OS FILHOS DE QUEM ILEGALMENTE OS DETENHA	42
3.7. DIREITO DE EXIGIR OBEDIÊNCIA E OS SERVIÇOS PRÓPRIOS DE SUA IDADE E CONDIÇÃO	43
 CAPÍTULO IV	
EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR.....	45

CAPÍTULO V**TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR49**

5.1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PODER FAMILIAR, TUTELA E CURATELA....52

CAPÍTULO VI**QUESTÕES DECORRENTES58**

6.1. DIREITO À VIDA60

6.2. NASCITURO62

6.3. O PODER FAMILIAR FACE ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA68

6.3.1. Embriões Excedentes70

6.3.2. Terapia Eugênica80

6.3.3. Inseminação Artificial em Mulheres Solteiras91

CONSIDERAÇÕES FINAIS94**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS100****ANEXOS103**

INTRODUÇÃO

Dentro do Direito de Família, de maneira especial, são protegidas as crianças e adolescentes, pelo artigo 227 da Constituição Federal, pelo Código Civil e também por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Nesta proteção integral, deve-se entender tudo aquilo que é necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade.

Entre os vários direitos concedidos à criança e ao adolescente, sobressai o de ser criado e educado num ambiente familiar. Desta maneira, todo filho que tiver a sua paternidade reconhecida, de forma voluntária ou não, é submetido ao poder familiar, o qual tem por finalidade propiciar condições adequadas ao pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e do bem estar físico e emocional.

Maria Helena Diniz define Poder Familiar como:

[...] um conjunto de direitos e obrigações quanto a pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido por ambos os pais para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.¹

O poder familiar, portanto, advém de uma necessidade natural, uma vez que todas as pessoas necessitam, durante a infância, de alguém que garanta a sua criação, educação, amparo e defesa.

É também importante salientar que o poder dos pais sobre os filhos, anteriormente chamado de pátrio poder, e pelo novo Código Civil denominado “poder familiar”, alterou-se com a evolução da família, bem como, com a emancipação da mulher, existindo nas leis mais antigas uma preocupação apenas

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 447.

em garantir o direito do pai, mas atualmente, procura dar proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

Pode ser observado na redação do Código Civil de 2002 que houve poucas alterações no que se refere ao instituto. Apenas ajustes quanto à nova nomenclatura e adaptações por força da Constituição Federal de 1988. Porém, apesar destas restritas modificações, torna-se interessante questionar quais as novas situações surgidas, de acordo com as alterações sociais, desde 1916 até a presente data, e não abrangidas pelo novo Código.

A estrutura familiar alterou-se com o passar do tempo com o surgimento das uniões estáveis e das famílias monoparentais, ambas protegidas pela Constituição Federal, bem como das chamadas famílias reconstruídas.

Privilegiou-se, deste modo, a liberdade das pessoas para a formação da família, que pode ser por meio do casamento ou não, ou ainda, pela filiação sócio-afetiva. É importante salientar que todas essas alterações sociais influenciaram a relação entre pais e filhos, alterando o conceito de poder familiar e sua aplicação.

Será demonstrado, no decorrer deste trabalho, o poder familiar como meio de proteção aos menores, as questões da titularidade deste poder, face às novas relações sociais estabelecidas, como por exemplo, no caso das famílias reconstruídas. Assim, o estudo aqui apresentado analisará os aspectos pessoais, e não os patrimoniais. Quanto à questão da extinção do instituto por decisão judicial, será abordado se os pais podem reaver os filhos ou não, cessados os motivos que deram margem à destituição.

Cabe também ressaltar que estando pacificada na doutrina, na jurisprudência e na lei, a questão da igualdade da filiação, em que se proíbe a discriminação dos filhos nascidos ou não em decorrência do casamento, tendo, portanto, todos os

mesmos direitos e sendo possível definir com exatidão a paternidade biológica, surgem novos problemas e desafios para a comunidade jurídica, frente às técnicas de reprodução humana assistida.

Assim, serão analisadas as técnicas de reprodução humana assistida, em especial a fecundação *in vitro*, de onde se originam problemas como: os embriões excedentes, a possibilidade da mulher solteira produzir a maternidade de maneira independente, bem como, os questionamentos sobre a terapia eugênica, aquela que possibilita a escolha do sexo da criança e também suas características genéticas. O enfoque principal, face ao contexto aqui apresentado, será sempre a elucidação do papel legal dos pais diante dessas escolhas, lembrando que o poder familiar existe como instituto de proteção ao menor.

Verifica-se deste modo que a representação do nascituro, a escolha dos pais em relação aos filhos, a produção de embriões excedentes são problemas atuais que repercutem na vida familiar e social das pessoas, trazendo grandes questionamentos para o mundo jurídico, ante os avanços da medicina.

Para o estudo do tema, aqui apresentado, será examinado, no Capítulo I, o conceito de poder familiar, com um breve esboço histórico do instituto para bem defini-lo como “dever” dos pais de criar os filhos de maneira saudável.

O Capítulo II traz as características do poder familiar e o princípio da afetividade que deve sempre gerir as relações entre pais e filhos. No Capítulo III, busca-se distinguir os efeitos pessoais, e no Capítulo IV, as formas de extinção, pois, tendo o poder familiar seus atributos de ordem pessoal sujeitos ao controle do Estado, o mesmo não é absoluto, podendo os pais serem suspensos ou destituídos caso venham abusar do poder sobre os filhos.

No que se refere a titularidade do instituto, será analisado se somente os pais podem exercê-lo, e sua diferenciação com a tutela e curatela, objeto de estudo do Capítulo V.

Por fim, no Capítulo VI, será comentado quando o poder familiar tem início, se coincide com o início da vida da criança, ou se ocorre somente após seu nascimento.

Dentro dessa problemática, serão levantadas também as questões do início da vida, e da representação do nascituro e do poder familiar, face às técnicas de Reprodução Humana Assistida.

A metodologia aplicada baseou-se em pesquisa bibliográfica, levantada por intermédio da análise de bibliografia atualizada, pesquisada e coletada em livros, jornais, periódicos científicos, simpósios, congressos e eventos relacionados ao assunto, bem como em buscas de informações eletrônicas *on line*.

Diante do exposto, justifica-se o tema deste trabalho, pautado na relevância política, econômica e social das questões relativas à vida e aos Direitos Humanos no presente momento da sociedade humana, tornando-se fundamental o questionamento acerca da responsabilidade dos pais sobre os filhos, uma vez que, estes só vêm a existir por vontade daqueles.

Apoiado nestas considerações, este estudo tem por objetivo contribuir para descrever e procurar elucidar determinadas questões relevantes sobre o instituto do poder familiar sem perder de vista os temas atuais que o norteiam.

CAPÍTULO I

CONCEITO DE PODER FAMILIAR

Pontes de Miranda² ensina que “o Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta que o colonizador português trouxe e enxertou no novo continente”.

O poder familiar está inserido dentro do Direito de Família, portanto, juntamente com esta instituição, sofreu inúmeras transformações com o passar do tempo.

Necessário ressaltar que o Direito de Família estuda as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como, daquelas que convivem em uniões sem casamento, dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela. Há leis que tratam das relações pessoais entre os familiares, e outras, das relações patrimoniais. O Direito de Família possui forte conteúdo moral e ético, sendo que as relações patrimoniais, aí inseridas, estão em segundo plano, pois são dependentes da moral familiar.

Caio Mario da Silva Pereira³ ressalta que, não obstante o conceito jurídico da família, não se pode pensá-la na realidade material de um simples agrupamento biológico como ocorrem com os animais, mas sim, prevalecem as relações de carinho e afeto.

² **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

³ **Direito Civil – alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 170.

A família é o berço no qual se forma a personalidade, podendo a pessoa humana desenvolver-se plenamente ou não, dependendo das informações que recebe.

No decorrer da menoridade, a pessoa humana não tem capacidade suficiente para se proteger, bem como, prover suas necessidades básicas. Assim, é fundamental que alguém a proteja, cuide, alimente e defenda seus interesses.

Diante da incapacidade da criança, os pais que a geraram, têm obrigação de cuidar dela até que obtenha sua independência. A este conjunto de direitos e obrigações dos pais para com seus filhos, o direito dá o nome, atualmente, de poder familiar.

O fundamento deste instituto é, portanto, a incapacidade da criança, tendo os pais obrigação de criá-la, educá-la e de prepará-la para a vida.

Este “poder” dos pais sobre os filhos sempre existiu de maneira natural. Como ensina Fustel de Coulanges⁴, a natureza quer que a criança tenha um protetor, sendo que no rigor do direito primitivo, entendido este, antes do cristianismo, os filhos permanecem ligados ao lar do pai e, assim, estão submetidos à sua autoridade, pois enquanto este viver, aqueles são considerados sempre menores.

Caio Mario da Silva Pereira ensina que o instituto, objeto deste estudo, sofreu grande evolução, relativamente à fonte romana primitiva, que somente a título de ilustração pelo contraste, se rememora hoje em dia:

O *pater familias*, era soberano absoluto no lar, aonde não chegavam quaisquer abrandamentos do direito da cidade; podia dispor do filho, vendê-lo, matá-lo, direito que nem o Cristianismo conseguiu abolir, porque foi tolerado pelo imperador cristão Constantino, num preceito da maior rudeza: se alguém, em extrema pobreza, necessitado de alimentos, vende seu filho recém-nascido, a venda é válida, só se podendo restabelecer o vendido à sua ingenuidade, mediante resgate pelo preço, ou substituição pessoal⁵.

⁴ **A cidade antiga**. 10^a. Ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971. p. 102

⁵ **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 198.

Mais tarde a *patria potestas* foi-se alterando à medida que a autonomia do filho ia crescendo. Conclui o referido autor que bem diferente é o conceito moderno, do qual desapareceu, realmente, a *potestas*, cedendo as prerrogativas do pai lugar aos interesses do filho.

Observa Pontes de Miranda⁶ que o pátrio poder perdeu a “fereza romana, com que fora transplantada para Portugal e depois para o Brasil”, pois naquela o instituto durava toda vida e era exercido somente pelo pai. No Brasil, já em 1890, concedeu-se à mulher viúva, enquanto não passasse a novas núpcias, o direito de exercer o poder familiar. Ensina o mesmo autor que desde a República era concedida a extinção do instituto ora citado, além da morte, pela maioria, emancipação, casamento, colação de graus em cursos superiores ou sentença judicial.

Com a promulgação do Código Civil em 1916, o “pátrio poder” foi assim denominado, pois cabia ao marido, como chefe da família, seu exercício sobre os filhos menores. Somente na falta ou impedimento do pai, tal incumbência passava a ser atribuída à mulher, nos casos em que ela exercia a chefia da sociedade conjugal, conforme dispunha a redação original do artigo 380⁷.

A urbanização e a industrialização trouxeram nova posição social a ser assumida pela mulher no mercado de trabalho e, com o avanço das telecomunicações, modificou-se irremediavelmente a realidade brasileira e as inúmeras transformações comportamentais puseram fim à instituição familiar em seus moldes patriarcais, fazendo realçar no chamado pátrio poder, os deveres dos pais com relação aos filhos, colocando em plano secundário os direitos daqueles.

⁶ **Tratado de Direito de Família**. Vol. III. Campinas: Bookseller, 2001. p. 142

⁷ Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família e na falta ou impedimento seu, a mulher.

Com a Lei nº 4.121, de 27/08/1962, emancipou-se a mulher casada e reconheceu-se a igualdade dos cônjuges, modificando assim o citado artigo 380 do Código Civil que ganhou nova redação⁸. O pátrio poder passou a ser exercido pelo marido com a colaboração da mulher.

Nova mudança ocorreu, em 1988, com a Constituição Federal que concedeu o pátrio poder ao casal, em igualdade de condições, sendo isso reafirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, vigente a partir de 1990, pela Lei nº 8.069.

Verifica-se assim que, à medida que se deu a emancipação da mulher casada, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento de igualdade, independentemente de sua origem, foram restringidos os poderes parentais.

No dizer de Paulo Luiz Netto Lobo⁹, no Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher deixar de ser relativamente incapaz, e com o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, passou a participar do poder familiar. Também foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família com a Constituição Federal de 1988, pondo fim ao pátrio poder e ao poder marital.

Lafayette Rodrigues Pereira¹⁰ define pátrio poder como o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e sobre os bens do filho.

O conceito de poder familiar sofreu grande modificação, sendo que na atualidade são ressaltados mais os deveres do que os direitos, ou seja, o instituto hoje visa à garantia e ao bem estar dos menores, e não aos dos pais.

⁸ Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo Único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

Argumenta-se nos meios jurídicos e acadêmicos sobre a denominação “poder familiar”, justificando que esta ainda não é a nomenclatura mais adequada, porque mantém a ênfase no “poder”. Mas, sem dúvida, é melhor definição que “pátrio poder”.

Fato é que poder familiar é menos poder e mais dever. O artigo 227¹¹ da Constituição Federal dispõe sobre o conjunto mínimo de deveres da família em benefício do filho. A família recebe a proteção estatal, tendo o dever juntamente com a sociedade e o Estado de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Já o artigo 229¹² da Constituição Federal prevê o conteúdo constitucional da autoridade parental, a quem atribui um *múnus* de criar, assistir e educar os filhos, enquanto menores.

O atual Código Civil, nos artigos 1.630 e 1.638, manteve a disciplina do código anterior adaptando-se aos princípios da Constituição Federal, principalmente ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, também trata do poder familiar nos artigos 21 e 24, quando dispõe do direito à convivência familiar e comunitária, bem como, da perda e suspensão do poder familiar, nos artigos 155 a 163.

O referido Código não utiliza os termos “criança” e “adolescente”, presentes na Constituição Federal, no capítulo dedicado à família, porém “menor”. Mais uma vez, em conformidade com a Constituição Federal, a palavra “menor” deve ser

⁹ DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 155.

¹⁰ **Direito de família**. Campinas: Russell, 2003. p. 252.

¹¹ Art. 227. É dever de família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluto prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

entendida como criança e adolescente, segundo a distinção feita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Necessário destacar que, muito embora nas relações pessoais do Direito de Família, impere um direito subjetivo, principalmente no que diz respeito à educação dos filhos, o Estado intervém neste liame. Enquanto direito dos pais sobre os filhos, é um instituto relativo, pois se leva em conta principalmente o interesse do filho. Por isso o poder familiar não é para sempre, mas termina com a maioridade.

Interessante citar a lição de Guilherme A. Borba:

La patria potestad, no es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de deberes Y derechos. Se la legisla teniendo en mira al hijo y al padre, a la familia y a la sociedad. Las normas que a ella se refieren son, pues, de orden público¹³.

O autor também salienta que a autoridade paterna, na Argentina chamado de “patria potestad”, primitivamente, era absoluta, hoje é concebida como dever, que é preciso cumprir levando-se em conta principalmente o interesse do menor. Assim, a intervenção estatal nas relações entre pais e filhos existe quando há abuso do exercício ou por omissão do poder familiar. Nestes casos, o Estado intervém para por fim a estas falhas ou para preveni-las.

Caio Mario da Silva Pereira, já em 1972, claramente define a importância que se dá ao menor, quando explica:

A idéia predominante é que a *potestas* deixou de ser uma prerrogativa do pai, para se afirmar como a fixação jurídica dos interesses do filho. Não se visa a beneficiar quem o exerce, mas proteger o menor. Na falta de um critério pré-ordenado, entende-se que ao pai cumpre preparar o filho para a vida, proporcionando-lhe obrigatoriamente a instrução primária, e ministrando-lhe ainda a educação compatível com a sua posição social e seus recursos¹⁴.

¹² Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹³ **Tratado de derecho civil II**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993. p. 136.

¹⁴ **Instituições de direito civil**. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 269-271.

Dessa maneira, cada vez mais, a obrigação dos pais é de bem cuidar dos filhos, pois isto é também interesse social.

Importante ressaltar que, na família moderna, desaparece a autoridade paterna e surge o relacionamento familiar entre pais e filhos, estruturado na afetividade, pouco importando como a família é formada. Daí o poder familiar ser conceituado como “dever” dos pais com relação aos filhos e não “poder”.

A Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁵, destaca que os filhos não são propriedade dos pais, ainda que estejam sob sua autoridade, e que na concepção da relação entre ambos, sempre haverá uma responsabilidade dos pais em relação às necessidades dos filhos. Dessa maneira, a autora questiona qual o fundamento da existência do poder familiar, desta autoridade dos pais sobre os filhos, garantida pelo Estado, e que permite aqueles determinar a vida destes.

O fundamento a que chega, está na noção da natureza, uma vez que, os filhos vêm ao mundo na dependência completa dos pais, e esta dependência natural existe, primeiro porque os pais são causa dos filhos, e depois porque os filhos, para se manterem, precisam do auxílio dos adultos, bem como, só existem porque seus pais os deram à existência, sendo estes então os responsáveis pela subsistência dos filhos até a maioridade ou emancipação dos mesmos.

A referida autora vai mais longe, analisando os critérios para definição da autoridade parental que entende sejam: o fundamento, a titularidade e a extensão.

A fundamentação seria como dito, a própria natureza. A titularidade seria de maneira igualitária entre o pai e a mãe, noção esta que se alterou com o passar do tempo, sendo que a titularidade de nada vale se não for exercida como cumprimento de certa finalidade, que seria primordialmente a educação dos filhos. No que se

¹⁵ **Direito e Responsabilidade.** In: Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. Belo Horizonte: 2002. p. 1-33.

refere à extensão, seria a definição de até quando a autoridade parental se impõe sobre os filhos, o que segundo a autora ocorre até que se complete o processo de formação, ou seja, até que os mesmos sejam dotados de experiência suficiente para sozinhos manterem suas próprias vidas.

Heloísa Helena Barboza¹⁶ ensina que os pais são titulares de um poder jurídico que se revela um conjunto de deveres. As faculdades sobre os filhos, que lhes são legalmente atribuídas, têm o fim exclusivo de permitir ou facilitar o cumprimento desses deveres e dessa forma, os pais devem exercer o poder familiar exclusivamente no interesse do filho.

Pontes de Miranda¹⁷ define poder familiar como conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e sobre os bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse; e de deveres em relação aos filhos.

Este autor ressalta que o poder familiar não advém somente de fatores biológicos, mencionando que o pressuposto essencial do instituto não é o nascimento, a filiação, mas a lei ou o acordo legal que em tal sentido disponha. Daí serem submetidos ao poder familiar, não só os filhos concebidos na constância da sociedade conjugal, sendo a adoção considerada uma das fontes deste poder. E concluí que a família é, assim, uma sociedade psicológica e que a identidade de origem ancestral, se é o seu fundamento remoto, não representa, todavia, seu requisito essencial.

Atualmente entende-se o poder familiar como função de ordem pública, da qual não se podem furtar os pais, no interesse do filho, da própria sociedade e do Estado, já que a família é considerada a base da sociedade.

¹⁶ **Poder familiar em face das práticas médicas.** Revista do advogado. Ano XXIV, junho de 2004, nº 76 p. 40/46.

CAPÍTULO II

CARACTERÍSTICAS GERAIS

Desde o Código Civil de 1916, os doutrinadores pátrios já defendiam algumas características do chamado pátrio poder, que também podem ser utilizadas atualmente como características do poder familiar.

Segundo Roberto João Elias¹⁸, as principais características do poder familiar são: irrenunciabilidade, indisponibilidade ou inalienabilidade, imprescritibilidade, proteção e temporariedade.

No que se refere a irrenunciabilidade, este autor entende que os pais não podem abrir mão do poder familiar. Sendo uma das bases da família, a irrenunciabilidade é fundamental, e assim os pais não podem subtrair-se ao dever de proteção dos filhos.

Por outro lado, o filho tem direito a uma família, que é uma situação subjetiva em uma relação pessoal por sua natureza não temporária, fonte de direitos, deveres e poderes que não dependem da mera vontade do sujeito. Porém, em certos casos a renúncia ocorre, ainda que se evite o termo “renúncia”, como no caso da adoção ou quando os pais aderem ao pedido de colocar o menor em família substituta.

O poder familiar é indisponível para o menor, uma vez que, é imprescindível, pois dele depende para crescer e se desenvolver. Nem os pais podem dispor da relação que tem com o filho, porque lhe é necessária; nem este pode prescindir do

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Vol III. Campinas: Bookseller, 2001. p. 143-144.

¹⁸ **Pátrio poder**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

poder familiar. Os pais não podem transferir o poder familiar a outra pessoa, a título gratuito ou oneroso.

Roberto João Elias¹⁹ destaca ainda que, por qualquer circunstância, na qual o poder familiar não seja exercido por seus titulares, é um direito imprescritível. Porém, nada impede que os pais percam o poder familiar temporária ou definitivamente, como será adiante analisado. O estado de filiação é imprescritível, podendo ser exercido contra os pais sem restrição. Destarte, ainda que contrariamente à sua vontade, o que ocorre quando há uma ação de investigação de paternidade, o pai deve assumir o poder familiar e os atributos que lhe são inerentes.

O poder familiar deve ser exercido em prol do menor com intuito de protegê-lo, em todos os sentidos, propiciando o seu pleno desenvolvimento. O poder concedido aos pais tem a finalidade de propiciar ao filho um desenvolvimento completo.

Como instituto protetivo, só existe enquanto durar a incapacidade para o exercício dos atos na vida civil. Assim, é temporário e exercido somente enquanto os filhos são menores, nos termos do artigo 1.630 do Código Civil.

Portanto, terminada a incapacidade, extingue-se o poder familiar. Conforme dispõe o artigo 5º do Código Civil, cessa a incapacidade quando o filho atinge a maioridade, pela emancipação, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau científico em curso de ensino superior e pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. E também, se o filho ou um dos pais falecer, pela emancipação, adoção e destituição do poder familiar por decisão judicial, conforme dispõe o artigo 1.635 do Código Civil.

¹⁹ **Pátrio poder.** São Paulo: Saraiva, 1999. p. 31.

Recentemente veio a surgir o princípio da afetividade como o grande norteador da paternidade sócio-afetiva, podendo assim também ser incluído como característica do poder familiar.

O princípio da afetividade poderia ser incluído como característica, pois as relações entre pais e filhos devem ser sempre baseadas no afeto. Porém, na prática é sabido que muitos pais e mães não têm uma relação sadia com os filhos.

Sendo assim, o princípio da afetividade poderia estar incluso como característica, mas não seria o mais apropriado, uma vez que, tem caráter subjetivo e não obrigatório.

As relações familiares antes pautadas no poder, hoje o são pelo afeto. No âmbito de uma família solidária, o autoritarismo cedeu à afetividade e, a autoridade é exercida com carinho e amor.

Paulo Luiz Netto Lobo, ensina:

A evolução do direito conduz à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor, Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família [...]. A norma sob comento faz emergir outro princípio fundamental que a informa, a saber, o princípio da afetividade, que toma a primazia da origem biológica ou genética como diretriz para o estado de filiação, para a maternidade e para a paternidade jurídica. Se os filhos biológicos e adotados são juridicamente iguais, não pode a origem genética ser determinante para a filiação. A relação de afeto que se constrói na convivência entre pais e filhos sejam eles biológicos ou não, é o que importa para o direito brasileiro, na atualidade²⁰.

A igualdade entre filhos biológicos e adotivos acabou com o fundamento da filiação na origem genética.

Este princípio se impõe uma vez que, os filhos são conquistados pelo coração, pois a maternidade e paternidade constituem obra de uma relação de afeto construída a cada dia. Assim, deve se revelar o exercício do poder familiar, para o

²⁰ **Código Civil Comentado**. Vol XVI. São Paulo: Atlas, 2003. p. 42

pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, independentemente do tipo de filiação se biológica, socioafetiva, oriunda de inseminação artificial heteróloga ou de adoção.

Concluí-se, deste modo, que o princípio da afetividade é norteador para o poder familiar à medida que os laços de afeto nascem da convivência harmoniosa e não da lei. A afetividade assim deixou de ser objeto de estudo somente da pedagogia, psicologia e sociologia, para pertencer também ao mundo jurídico.

CAPÍTULO III

EFEITOS PESSOAIS

Sendo o poder familiar instituto de proteção do incapaz, que pela pouca idade não tem condições de reger a si próprio e a seus interesses, a lei estabelece quais as funções que os pais devem desempenhar no mister de dirigir a pessoa dos filhos menores.

Comparando o Código Civil de 1916 e a atual legislação em vigor desde 2003, conclui-se que no capítulo de poder familiar, a estrutura permanece intacta. A ordem, a seqüência e o conteúdo dos artigos foram inalterados, como se a mudança de nome fosse suficiente.

Conforme estipulado no artigo 1.634²¹, compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casar; nomear-lhes tutor por testamento ou documentos autêntico; se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente

²¹ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhe a criação e educação;

II – tê-los em sua companhia e guarda;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V – representa-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e, assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI – reclama-los de quem ilegalmente os detenha;

VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A responsabilidade dos pais sobre os bens dos filhos também existe, mas é tratada em título separado no Código Civil, do Direito Patrimonial, e não será objeto deste estudo.

É importante salientar que o novo Código revogou a norma contida no artigo 10²² da Lei 6515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Conseqüentemente, agora o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando-se a regra da culpa do pai ou da mãe, conforme dispõe o artigo 1.584²³ do Código Civil.

Vale também lembrar que o direito de emancipar, não está elencado no rol do artigo 1.634 do Código Civil, mas poderia estar, pois configura um poder dos pais quanto à pessoa dos filhos, derivado do poder familiar, uma vez que, só os pais podem fazê-lo.

Outro ponto a ser considerado, não incluído no rol do artigo 1.634, é o consentimento para adoção, que tem o mesmo fundamento da emancipação, sendo que a concordância traz em si o caráter de renúncia, lembrando que nem a morte do adotante restabelece o poder familiar dos pais naturais. Por ser um aspecto pessoal da vida do menor, interessante também a inclusão deste instituto no rol do artigo 1.634.

Assim, pode-se concluir que as hipóteses elencadas no rol do artigo supra mencionado, devam ser entendidas como exemplificativas e não absolutas.

²² Art. 10. Na separação judicial fundada no artigo 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.

²³ Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Considerando, portanto, as explicações supracitadas, serão analisados em seqüência, os efeitos do poder familiar, conforme disposto no Código Civil.

3.1. CRIAÇÃO E EDUCAÇÃO

Pelo antigo pátrio poder, os pais tinham como principal atribuição à gerência do patrimônio dos filhos, além dos aspectos formais da representação e assistência dos filhos menores. A educação não tinha tanta importância, pois para a satisfação do “poder” dos pais, bastava a obediência dos filhos.

Hoje em dia, este conteúdo não mais prevalece, ao contrário, em lugar da obediência na relação parental o que predomina é o afeto.

A atual Constituição Federal impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, como também o faz o artigo 1.634, I do atual Código Civil. Assim, entende-se que compete aos pais prover com os meios materiais a subsistência do menor, de acordo com os recursos e posição social, preparando-os para a vida.

O dever de criar começa com a concepção até que o filho obtenha a maioridade, item este que será analisado com mais detalhe adiante.

Por criação, considera-se a obrigação de garantir o bem estar físico, propiciando sustento, saúde, habitação e vestuário. Importante citar que a falta de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, conforme dispõe do artigo 23²⁴ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O dever de criar é da essência do poder familiar e função precípua dos pais. Sendo os pais que dão vida ao filho, incumbe-lhes assegurar o desenvolvimento e

²⁴ Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

boa formação dele, desde a concepção até a maioridade. O dever de criar implica em assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, direitos esses que estão elencados no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal e repetidos no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Incluem-se também na criação, além do suprimento material, os cuidados na enfermidade, a orientação moral e religiosa, o apoio psicológico, as demonstrações de carinho e afeto, enfim, tudo o que é necessário para o pleno desenvolvimento físico e mental da criança.

Cabe também salientar a importância da opinião dos filhos no processo educacional à medida que estes forem adquirindo e demonstrando maturidade. O papel ativo dos filhos dentro da família aumenta quando conseguem discernir entre liberdade e responsabilidade.

Deste modo, pode ser entendida por educação as necessidades intelectuais incluindo-se aqui o desenvolvimento da personalidade a fim de preparar a criança para o trabalho e independência financeira.

A educação acontece de duas maneiras: a formal e a informal. Informalmente, a educação acontecerá mediante atuação direta e permanente dos pais na vida do filho, no contato diário que mantém com ele. Essa forma de educação é extremamente importante à boa formação da criança, além de determinante ao desenvolvimento da personalidade. É dessa maneira que os pais transmitirão os valores que têm como importantes na vida, além de virtudes e habilidades. A educação informal reveste-se de significativo conteúdo afetivo e emocional, pois acontece espontaneamente na convivência diária.

A educação formal consiste na escolarização que se realiza em estabelecimento oficial de ensino, com programa e conteúdo previamente instituídos.

No processo educacional brasileiro, o ensino fundamental é obrigatório e gratuito por força do artigo 208, I da Constituição Federal e cometem falta grave os genitores que não dão aos filhos, condições de acesso à escola. Lembrando que o dever de educar não é constituído somente da obrigação dos pais em colocar a criança na escola, mas exige também o dever de orientação, transmitindo experiências, ensinamentos e fiscalizando a conduta do filho.

Camila Renault Prades de Faria²⁵ explica que é por meio dos chamados “direitos sociais”, que a Constituição Federal impôs ao Poder Público a prestação de diversas atividades visando o bem estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e por isso tem menos possibilidade de conquistá-los. Inclui-se aqui o dever de assistir à infância.

Referida autora citando Orlando Soares destaca que:

Entende-se por educação a influência intencional e sistemática sobre o ser juvenil, com o propósito de formá-lo e desenvolvê-lo. Em sentido amplo, consiste na ação genérica de uma sociedade sobre as gerações jovens, com fim de conservar e transmitir a existência coletiva. Tecnicamente, educação é o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando a sua melhor integração individual e social²⁶.

A autora²⁷ conclui que dentre as inovações trazidas pela Constituição Federal, merece destaque à iniciativa de se estabelecer os princípios de igualdade de

²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. In: Faria, Camila Renault Prades, Educação como direito fundamental: sua estrutura política e econômica em face das novas regras constitucionais e legais. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 211

²⁶ Ibid., p 215

²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. In: Faria, Camila Frades, Educação como direito fundamental: sua estrutura política e econômica em face das novas regras constitucionais e legais. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 217.

condições, não apenas de acesso, mas também, de permanência na escola: a valorização do professor, a gestão democrática do ensino público; o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas e a garantia do padrão de qualidade. Desta forma, surge o princípio de igualdade de condições de acesso e permanência na escola, para que se assegure o direito à educação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece em seu artigo 55, que é dever dos pais e responsáveis, quanto à educação dos filhos ou pupilos, a matrícula dos mesmos em estabelecimento de ensino.

Embora se processe na escola e sob responsabilidade dela, os pais permanecem com o dever constante de acompanhar o processo educativo ao qual o filho está sendo submetido, como está ocorrendo a aprendizagem e o relacionamento do filho com os professores e colegas. Assim, à medida que o filho vai concluindo os primeiros estudos, incumbe aos pais auxiliá-lo na escolha da profissão e facilitar o acesso até que obtenha a formação necessária para ingressar no mercado de trabalho e tenha com isto, condições de se sustentar.

Cabe ainda aos pais dirigir espiritual e moralmente os filhos, formando o espírito e o caráter deles. Fica a critério dos pais a orientação religiosa dos filhos, uma vez que, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, VI, existe a liberdade de culto.

Quanto à opção religiosa, os adolescentes podem tomar a posição que preferirem.

Portanto, o menor, com mais de doze anos, tem o direito de escolher a religião que quer adotar, ainda que divergente da de seus pais, o que lhe é garantido também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 16, III, que

enumera o direito à crença e culto religioso como um dos aspectos do direito à liberdade.

Importa ressaltar que os pais têm o direito de educar livremente seus filhos de maneira saudável, porém esse direito não é absoluto, nem pode ser exercido com arbitrariedade ou excesso.

Assim, conclui-se que os filhos são os protagonistas do processo educacional, e os pais deste participam. Como os filhos se tornaram o foco da família, pois são pessoas em desenvolvimento, isto não significa dizer que os mesmos são detentores de liberdade sem limites. A liberdade, dentro desta relação entre pais e filhos, deve ser pensada com responsabilidade, firmeza e carinho.

Ana Carolina Brochado Teixeira²⁸ ensina que “é nessa colaboração mútua que brota a comunhão de vida no núcleo familiar e, por conseguinte, os sentimentos de colaboração, reciprocidade e solidariedade entre os membros da família, principalmente entre pais e filhos.”

É preciso refletir também sobre a questão da criação e educação dentro das famílias monoparentais; estas também protegidas pela Constituição Federal, em seu artigo 226 § 4º. As famílias monoparentais têm diversas origens, desde a mãe solteira que reside só com seus filhos, até a pessoa que adota sozinha uma criança, ou o parente que se vê incumbido de criar um menor. Pode se formar também, após o rompimento conjugal, com a separação ou morte de um dos cônjuges. Nestas famílias o detentor da guarda, quer seja solteiro, divorciado ou separado, vive apenas com a criança e exerce pessoalmente a grande maioria das atribuições parentais.

²⁸ **Família, Guarda e Autoridade Parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 102.

Existem também as famílias reconstruídas que se formam a partir de mais de uma família que se partiu em virtude da separação do casal, e posteriormente reagrupadas em novas e heterogêneas composições. Na família reconstruída, normalmente, o que se verá é a formação de uma nova família, mas não de novos vínculos parentais, uma vez que, os menores já têm um pai e uma mãe, e estes exercerão a sua função pessoalmente, ainda que ocasionalmente auxiliados pelos novos companheiros.

Cada vez mais, quando ocorre este tipo de situação, é comum o pai ou a mãe manter novo relacionamento com pessoas que podem já ter seus filhos próprios ou não, surgindo a questão se o novo marido da mãe ou esposa do pai podem opinar da educação dos filhos unilaterais.

Conforme já explanado no item 1, apenas os pais são titulares do poder familiar, diante das características da irrenunciabilidade, intransmissibilidade e, imprescritibilidade. Quando os pais biológicos são ativos na criação dos filhos, as funções dos pais afins são de complementariedade, pois o poder familiar só pode ser exercido pelos pais.

Importante citar que o artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 assegura à criança capaz de discernir e a formular a própria opinião o direito de expressá-la livremente no que tange a assuntos que lhe são relacionados. Deverão ser levadas em conta sua idade e sua maturidade. Também lhe deve ser garantido o direito de ser ouvida no processo judicial ou administrativo que tenha direta interferência em sua vida, de acordo com as diretrizes processuais da ordem jurídica pátria.

Deste modo, o que se percebe é a valorização da vontade dos menores, como consequência destes enquanto pessoa, que buscam, juntamente com os pais,

a realização da própria personalidade. Não é porque são incapazes de fato que o Direito suprime o valor jurídico de sua vontade, principalmente quando se refere ao exercício de direitos da personalidade, cujo escopo é o próprio desenvolvimento humano.

3.2. GUARDA

A função de ter os filhos em companhia e guarda é extensão tanto do dever constitucional de assistir o filho, quanto do dever de criação e educação, uma vez que, os pais só poderão criar e educar o filho se o tiverem consigo, vivendo em sua companhia. Por outro lado, o domicílio dos pais é o domicílio dos filhos.

O direito de guarda é um poder-dever dos titulares do poder familiar. Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento ou sua freqüência a determinados lugares que julgar inconvenientes ao menor.

Quando os pais não estiverem juntos, poderá ocorrer situação anômala, pois um deles, embora mantendo o poder familiar, ficará privado da guarda. Pode ser também que o juiz conceda a guarda para terceiro.

Sobre isto, José Antonio de Paula Santos Neto²⁹ menciona que o direito de guarda não é da essência, mas tão só da natureza do poder familiar. Assim pode a guarda ser dada a terceiro sem que isso importe ofensa ao instituto, uma vez que a guarda do menor, embora seja atributo do poder familiar, não é condição necessária para seu exercício.

²⁹ **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 105.

Segundo Yussef Said Cahali³⁰, citado por Waldyr Grisard Filho, há um símile entre a posse e o domínio e a guarda e o poder familiar. O referido autor define que a posse é o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde.

A guarda do menor também é o exercício de fato de um dos atributos inerentes ao poder familiar, mas não se confunde com este, podendo ambos, também aqui, serem exercidos concomitantemente por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, assim como a concessão da guarda a um dos genitores, ou terceiros, não extingue ou elimina o poder familiar do outro.

O direito de guarda tem profundas implicações, pois é por meio dele que vai ser conduzida a formação pessoal dos filhos. A estruturação e o desenvolvimento da personalidade dos filhos vão estar assentados sobre esse vital direito. Daí a necessidade de que o juiz somente defira a guarda à pessoa que não o pai ou a mãe, em último caso, observando para as circunstâncias de fato que revelem a inconveniência do deferimento desse direito a um dos ex-cônjuges.

Assim, quando a guarda é juridicamente definida, quem a detém fica à frente do outro na obrigação de determinar praticamente todas as funções e deveres inerentes ao poder familiar, em virtude da convivência que se estabelece com ele.

Porém, mesmo assim, a guarda e o exercício do poder familiar não se confundem, pois, enquanto a guarda se refere a funções que requerem o contato constante entre o adulto e o filho, o exercício refere-se ao poder de decisão sobre a vida dele, como a prerrogativa de autorizar a prática dos atos em que se exige a participação efetiva de ambos os pais, como para adoção, emancipação, autorização para casamento, para viajar para o exterior e nomeação de tutor.

³⁰ **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental** . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 58

O pai ou a mãe que não for nomeado guardião do filho, tem o direito de fiscalizar a manutenção e a educação do filho, no sentido de manter a participação na vida do filho, bem como, é uma forma de exercer parcela do poder familiar. Esta participação poderá ser maior ou menor dependendo de sua preocupação e engajamento pessoal nas questões do filho.

O interesse do menor é determinante para a atribuição da guarda. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança.

Já o direito de visitas cabe ao pai ou a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, segundo o que acordar com o outro cônjuge ou que for fixado pelo juiz. O direito de visita, deve ser considerado como um dever de visita, pois é concebido como extensão da função de ter o filho em companhia e adquire especial importância nos casos de não-convivência.

O direito de visita consiste tanto em encontro pessoais e regulares do filho com o pai que não possui a guarda, como também em qualquer forma de comunicação com ele, seja por carta, telefone, internet, com o objetivo de fortalecer os laços de afetividade, que devem sempre existir entre pais e filhos.

Diante dos inúmeros problemas que existem para determinação da guarda e dias de visitas entre os pais que não vivem juntos, ultimamente vem sendo discutido nos meios jurídicos sobre a utilização da chamada guarda compartilhada ou conjunta para os pais que desejam continuar a relação entre pais e filhos quando fragmentada a família; nesse caso, a responsabilidade da guarda será exercida conjuntamente por ambos os pais.

As justificativas encontram-se na continuidade do convívio da criança com ambos os pais para o desenvolvimento da mesma de forma saudável.

É preciso diferenciar os tipos de guarda para se evitar confusões na determinação daquela que possa ser a mais adequada para o casal e os filhos. São quatro os modelos de guarda de filhos: guarda alternada, guarda dividida, aninhamento ou nidacão e guarda compartilhada.

Na guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda dos filhos alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser de um ano, um mês, uma semana, ou uma repartição organizada dia a dia, e durante esse período de tempo deter de forma exclusiva a totalidade dos poderes e deveres que integram o poder familiar. Depois do período combinado os papéis se invertem.

Este é um tipo de guarda que se contrapõe à continuidade do lar, o que deve ser respeitado para o bem estar da criança, pois para a consolidação dos hábitos, dos valores, dos padrões e da formação da personalidade do menor, é necessária uma rotina de vida saudável, sendo que o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica.

A guarda dividida apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo e recebe visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. Muitas vezes propicia o afastamento lento e gradual entre pais e filhos.

O aninhamento ou nidacão é um tipo raro de guarda, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Este tipo de guarda é pouco utilizado.

Na guarda compartilhada, os pais compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. Neste caso, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou mãe que não tem a guarda física

não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim dela participará efetivamente como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente sobre educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos e tudo o que envolve a vida do filho.

A guarda compartilhada ainda é pouco utilizada no país por trazer alguns inconvenientes, como a idade dos filhos, que deve ser sempre para crianças maiores e adolescentes, e principalmente deve-se considerar o tipo de relacionamento que os pais mantêm depois da separação, se faltar diálogo, a guarda compartilhada será ineficaz.

Os institutos da guarda e da visita devem ser efetivamente cumpridos pelos pais, pois por meio deles é que se outorga à criança o direito à convivência familiar, concretizando-se assim, o respeito à dignidade humana dos mesmos como pessoas humanas.

Com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, ficou estabelecido como princípio norteador o “superior interesse da criança”. Trata-se de norma cogente, em decorrência da ratificação pelo Decreto nº 99.7810/90. Sendo assim, é um princípio de controle do exercício do poder familiar, da fixação da guarda e de visita em caso de pais separados, e da determinação da indenização por dano moral por descumprimento do dever de convivência familiar, por conter elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à formação educacional dos filhos.

Para que exista esta convivência familiar, conforme dito acima, ao genitor que não detém a guarda, deve ser assegurado o direito às visitas regulares, uma vez que, é por meio destas que se atenderá ao interesse dos filhos, no que tange aos dias e horários mais propícios para atendê-los. Pelas visitas freqüentes é que o

genitor não guardião demonstra interesse pela vida do filho, auxiliando-o na educação e formação moral.

Maria Helena Diniz³¹ entende que “se o dever de convivência familiar não for cumprido, ter-se-á um desequilíbrio emocional da prole, dando azo à perda do poder familiar.”

Esclarece também a autora, que os tribunais brasileiros, considerando o critério do melhor interesse da criança e do adolescente, estão condenando pais ao pagamento de indenização por dano moral a filho abandonado afetivamente, privado da convivência familiar, ou impedido de desfrutar a companhia paterna ou materna por ser vítima do descaso e da falta de responsabilidade dos pais, sendo que esta não se restringe ao pagamento dos alimentos.

3.3. CONSENTIMENTO PARA CASAR

O dever de conceder ou negar consentimento para o casamento faz parte do dever de representação e assistência do filho submetido ao poder familiar.

O consentimento para os filhos casarem ocorre quando esses são maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, sendo expressamente necessária a autorização de ambos os pais. Se houver divergência deve-se atentar para o melhor interesse da família a ser constituída, levando-se ao judiciário para resolver a falta de anuência, conforme regra do artigo 1.631, Parágrafo Único do Código Civil. O ato que autoriza o casamento é revogável até a celebração do casamento.

Apesar disso, há casos em que o consentimento pode ser dado por apenas um dos pais, nos casos em que o poder familiar está atribuído a apenas um deles,

³¹ TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo (coord.) **Direito Civil Direito patrimonial e Direito Existencial**. In: Diniz, Maria Helena. *Direito à convivência familiar*. São Paulo: Método, 2006. p. 809.

como na morte, perda, suspensão ou ausência ou, quando não reconhecida a paternidade relativamente a um dos pais, ato indispensável ao estabelecimento do vínculo da filiação e, com isso, do poder familiar. Nessas hipóteses, o poder concentra-se unicamente em um dos pais, cuja manifestação individual de vontade é suficiente para os fins exigidos em lei.

A intervenção da vontade dos pais justifica-se na necessidade de proteger o filho da prática de ato de tamanha importância em sua vida. A pouca maturidade, propícia às paixões inconseqüentes, muitas vezes podem levar o jovem precipitadamente ao casamento sem que tenha condições de assumir adequadamente todos os encargos da vida matrimonial. Aos pais, então, atribui-se a função de consentir ou não com o casamento do filho, que, como todas as demais funções do poder familiar, deve ser exercida de modo fundado sempre no interesse do filho.

O exercício do poder familiar não pode ser arbitrário, por isso a denegação do consentimento, quando injusta, sem consistência, pode ser suprida pelo Poder Judiciário.

O emancipado pode casar sem autorização dos pais, pois a emancipação é causa de extinção do poder familiar.

3.4. NOMEAÇÃO DE TUTOR

O instituto da tutela existe onde não há poder familiar, ou seja, na falta dos pais, será nomeado um tutor para os filhos menores.

Pelo artigo 1.634, IV, é dado aos pais o direito de nomear tutor aos filhos por meio de testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não estiver vivo, ou se sobrevivente não puder exercer o poder familiar.

A nomeação não surtirá efeito caso sobreviva o outro genitor com o pleno exercício do poder familiar. A nomeação de tutor só prevalecerá caso tenha ficado expressamente condicionada à morte ou impedimento do genitor sobrevivente.

Se o falecido realizou a nomeação pura e simples, então não terá validade, pois se trataria de tutela para ser exercida de imediato, coisa incompatível com a existência do genitor vivo e no exercício do poder familiar.

José Antonio de Paula Santos Neto³² ensina que se ambos os pais falecerem, em datas diferentes, nomeando tutores diferentes, aquele dos pais que sobreviver por mais tempo, sem dúvida, saberá o que é melhor para o filho, devendo prevalecer a última indicação. Mas se o cônjuge sobrevivente não deixar tutor nomeado, então a primeira nomeação será válida.

Adiante também se verificará a tutela e suas diferenças com o poder familiar.

3.5. DEVER DE REPRESENTAÇÃO

Considerando a incapacidade da pessoa para exercer por si só os atos da vida civil, incapacidade essa que até os 16 (dezesesseis) anos de idade é absoluta, e, após, relativa, a lei confere aos pais a função de manifestar a vontade pelo filho, mediante a representação, nos termos do artigo 1.634, V, do Código Civil.

³² **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 107.

Heloísa Helena Barbosa³³, ensina que o instituto da incapacidade tem por fim a proteção dos incapazes. Esta é mais uma forma de os pais prestarem ao filho a assistência a que se refere a norma constitucional.

A representação abrange todos os direitos e interesses dos filhos, e pode ser exercida sem qualquer formalidade prévia ou autorização, pois existe por força de lei. Porém, não pode ser exercida ilimitadamente e de forma arbitrária, porque, como as demais funções do poder familiar, deve ser exercida sempre em benefício do filho e no seu interesse. Quando o indivíduo atinge a idade da plena capacidade civil se extingue o poder familiar.

A representação dos filhos faz parte da titularidade dos pais no exercício do poder familiar. As questões pertinentes à titularidade são muitas e algumas, até de difícil elucidação, assim serão tratadas mais adiante em item específico.

3.6. DIREITO DE RECLAMAR OS FILHOS DE QUEM ILEGALMENTE OS DETENHA

O artigo 1.634, VI, dispõe que os pais podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, como predisposto do inciso II do mesmo artigo, qual seja, ter os pais o direito de ter os filhos em sua companhia.

O instrumento processual para o exercício do direito de reclamação é a ação de busca e apreensão, devendo a petição inicial estar necessariamente instruída com a prova da paternidade do autor em relação ao filho e da menoridade deste.

³³ Poder Familiar em face das práticas médicas. Revista do Advogado: nº 76, junho de 2004. p. 41.

As defesas passíveis de constar da contestação são as alegações de que o autor não detém o poder familiar ou de que a detenção da pessoa reclamada se baseia em justo título.

3.7. DIREITO DE EXIGIR OBEDIÊNCIA E OS SERVIÇOS PRÓPRIOS DE SUA IDADE E CONDIÇÃO

O inciso VII, do artigo 1.634 do Código Civil, dispõe sobre o direito dos pais de exigir obediência, e que os filhos prestem serviços condizentes com a idade.

No que se refere à primeira parte do referido inciso, pode-se entender que já estaria inserido dentro do inciso I, pois o direito de exigir obediência faz parte da educação. O dever de educar inclui o dever de corrigir e de impor limites.

Acima, já foi conceituado o poder familiar como conjunto de deveres dos pais para bem cuidar dos filhos. Ocorre que o Código Civil também determina que os filhos obedeçam e respeitem os pais.

Na definição de José Antonio de Paula Santos³⁴, não poderia ser diferente, pois seria impossível imaginar o exercício saudável do poder familiar, sem a obediência e o respeito dos filhos para com os pais. O referido autor salienta que neste íterim estaria incluído o poder disciplinar dos pais sobre os filhos, pois repreender não é só direito, mas dever, sendo que o leve castigo corporal seria admitido.

O castigo moderado implica a reprimenda prudente, razoável, sem exageros e sempre em caráter educativo. É o castigo que não põe em perigo a saúde física ou mental do filho, podendo consistir em advertências, privações de regalias e, até

³⁴ **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.130.

correção física, embora esta seja bastante questionável, tanto no como violação da integridade física e psíquica do filho, quanto à sua eficiência pedagógica.

A questão do castigo corporal, modernamente vem sendo rechaçada, diante de tantas denúncias de maus tratos e castigos físicos exagerados.

Dessa maneira, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJ aprovou o Projeto de Lei 2.654/03 que proíbe qualquer forma de castigo físico em crianças e adolescentes.³⁵

A segunda parte do inciso determina que os pais possam exigir serviços condizentes com a idade e condição dos filhos menores. Entende-se aqui do trabalho a ser realizado no ambiente familiar, nos serviços domésticos. Consiste na realização de tarefas domésticas diversas, a serviço da família como um todo, da administração do lar, como por exemplo, lavar e secar louças, varrer o chão, arrumar o próprio quarto e brinquedos, auxiliar no preparo de refeições, pagar conta no banco, ajudar a cuidar dos irmãos menores. São tarefas realizadas com caráter educativo, com duração limitada e sem remuneração obrigatória, sem que implique sobrecarga ou prejuízos aos estudos e lazer do filho.

Dentro deste preceito deve imperar a moderação, e a lei é clara em apenas exigir serviços de acordo com a idade e condição da criança.

No que se refere à atividade laborativa remunerada, a idade mínima é catorze anos, conforme dispõe o artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, os artigos 7º XXIII, e, 227, § 3º, I da Constituição Federal.

³⁵ Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Em nome dos filhos**. Belo Horizonte: Síntese, nº 36, ano 6, janeiro/fevereiro 2006. p. 6.

CAPÍTULO IV

EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

Todos os atributos do poder familiar, expostos acima, são de ordem pessoal, e, sendo assim, estão sujeitos, para o seu exercício, ao controle do Estado. Isto tem por finalidade evitar o abuso por parte dos pais com relação aos filhos, limitando o poder familiar no tempo, restringindo-lhe o uso e dele suspendendo ou destituindo os pais negligentes.

Fala-se em *múnus* público, razão pela qual o Estado está legitimado a entrar no recesso da família a fim de defender os menores que aí vivem, fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o poder familiar absoluto.

Ordinariamente, o instituto se extingue pela morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação, pela maioridade ou pela adoção, nos termos do artigo 1.635 incisos I a IV do Código Civil.

Em certos casos em que a conduta dos pais os torna indignos dessa condição, por abuso de poder, faltando eles com seus deveres paternos, ou dilapidando os bens dos filhos, intervém o Estado para suspender temporariamente, no todo ou em parte, o exercício, com relação a um filho ou a todos, conforme dispõe os artigos 1.635, V e 1.637 do Código Civil.

A suspensão é temporária, e quando cessarem os motivos que a determinaram, o poder familiar é outorgado novamente aos pais. Ainda, embora não previsto expressamente, haverá suspensão do poder familiar nos casos de interdição e ausência, judicialmente decretadas.

Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos ou parte de seus atributos, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. Existe como medida de proteção aos interesses do filho ou como sanção aos pais por infração ao dever de exercer o poder familiar dentro dos ditames legais.

No *caput* do artigo 1.637 do Código Civil se encontra o primeiro dos motivos que enseja modificação no poder familiar, o abuso de autoridade. O legislador se refere agora à “autoridade” dos pais, e não, ao “poder” dos pais, como constava no artigo 394 do Código Civil anterior. A substituição de um vocábulo por outro melhorou a redação, demonstrando a intenção de adequar a norma à concepção mais atual das relações entre pais e filhos. A expressão “autoridade”, tem um significado mais ameno, no sentido de poder de decidir, de se fazer obedecer, que é mais compatível com a função paterna do que a expressão poder.

Ocorrerá abuso de autoridade quando o pai ou a mãe exorbitarem de suas atribuições, ou fizerem mau uso, ou uso injusto, excessivo das prerrogativas que a lei lhes confere no que respeita ao poder familiar.

O Parágrafo Único do artigo 1.637 do Código Civil dispõe da suspensão do poder familiar em virtude da sentença criminal condenatória transitada em julgado com pena privativa de liberdade superior a dois anos.

Citada regra presume a incompatibilidade do exercício do poder familiar pelo pai ou mãe condenado criminalmente, deixando a entender que neste caso a suspensão do poder familiar era tida como consequência necessária da sentença criminal, que ocorria de pleno direito, ainda que a sentença nada mencionasse a respeito.

Referido entendimento não é compatível com o princípio da proteção integral da criança, regra que determina a suspensão do poder familiar em todo e qualquer caso de condenação criminal com pena privativa de liberdade superior a dois anos.

Ocorre que, a apreciação de mérito que faz a justiça criminal é tão somente com relação ao fato criminoso, e não quanto à pessoa do condenado, não se julgando suas condições pessoais, e muito menos no que tange ao exercício do poder familiar. Se houver, por exemplo, condenação por crime culposo, ou mesmo por crime contra a administração pública, os mesmos podem não ter influência alguma sobre as condições pessoais do condenado no exercício do poder familiar.

Dessa maneira, mesmo que a conduta do condenado seja reprovável, não se pode considerar que sempre indicará falta de condições para se exercer o poder familiar, sendo que em cada caso específico deverá ser apreciado judicialmente e sempre no interesse do menor, para que então sejam tomadas as medidas cabíveis.

Os pais podem perder o poder familiar por castigos imoderados, abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes ou se repetirem os motivos que os levaram à suspensão. Trata-se de pena civil, e pode atingir a somente um dos pais.

De qualquer maneira, entende-se que as hipóteses do Código Civil são exaustivas e não permitem interpretação extensiva, uma vez que, a destituição do poder familiar é medida excepcional e deve visar, sempre, ao interesse do menor.

Na questão da destituição do poder familiar, alguns autores entendem ser reversível, e outros não.

Luiz Edson Fachin³⁶ entende que a suspensão é temporária, admitindo reintegração. A destituição é definitiva.

³⁶ **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 346

Já Roberto João Elias³⁷ distingue duas situações para estes casos. A primeira, para os casos de adoção, pois primeiramente há que se ter uma sentença destituindo o poder familiar dos pais, para depois, os filhos serem adotados por outra família. Nestes casos o restabelecimento é impossível, face à adoção.

Por outro lado, quando os filhos, cujos pais foram destituídos, e aqueles estão com famílias substitutas, ou sob tutela, ou em instituições, portanto, sem nenhum titular do poder familiar, o referido autor entende que é possível o restabelecimento. Neste caso, é necessária autorização judicial, com provas de que os motivos da destituição cessaram para que os pais reassumam a responsabilidade paterna.

Ora, se os motivos que levaram à destituição foram cessados, interessante que a criança volte ao convívio da família, prevalecendo assim o disposto no artigo 227 da Constituição Federal. A suspensão ou destituição do poder familiar é sempre analisada visando o bem estar do menor.

Por outro lado, os motivos que levam a destituição são sempre os mais graves possíveis, que um pai ou uma mãe, ou ambos podem cometer, e, se estes, com o passar do tempo, conseguem se livrar de tamanhos vícios, profissões ou atitudes indecorosas, porque não, permitir que voltem ao convívio com os filhos.

Se estes pais venceram as próprias barreiras, não seria forçoso reconhecer que teriam o direito de novamente ter os filhos em sua companhia. Prova disso é que ações de restituição de poder família são ínfimas, quase inexistentes em todas as comarcas.

Quando surge este tipo de ação, cabe ao juiz, analisando as provas, bem como, aproveitando-se dos estudos técnicos, tanto sociais, quanto psicológicos, decidir sobre o restabelecimento do poder familiar ou não.

³⁷ **Pátrio Poder**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 101

CAPÍTULO V

TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR

O Código Civil, em seu artigo 1.630, estabelece que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Mesma redação é dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21.

Já o artigo 1.631 do Código Civil refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas pela Constituição Federal.

Paulo Luiz Netto Lobo³⁸ menciona que a redação dada pelo Código Civil, no que se refere à titularidade do poder familiar, leva à interpretação de serem os pais únicos titulares, e os filhos os sujeitos passivos deles.

O autor também defende que, diante do princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, deve-se entender a norma como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o poder familiar de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência dos pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.

Paulo Luiz Netto Lobo analisa que também cabe o entendimento de que os filhos maiores interditos são submetidos ao poder familiar dos pais, e não somente os filhos menores.

³⁸ Dias, Maria Berenice e Pereira, Rodrigo da Cunha (coord) **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 153-165

Esta definição não é aceita por parte da doutrina nacional que entende que o poder familiar é um instituto que envolve apenas os pais e seus filhos conforme descrito na norma civil, bem como, historicamente, o instituto também refere-se somente a pais e filhos. Dentre os autores que entendem que o poder familiar deva ser exercido apenas pelos pais, interessante citar Caio Mario da Silva Pereira³⁹, Washington de Barros Monteiro⁴⁰, Maria Helena Diniz⁴¹ e Pontes de Miranda⁴².

A convivência dos pais entre si não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde por decisão judicial, pela morte dos pais ou dos filhos, e nos casos previstos em lei conforme descrito no item anterior.

O novo Código Civil estabelece que, havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro.

O artigo 1.589 quando trata da dissolução da sociedade conjugal, determina que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os filhos, mas tê-los em sua companhia, bem como, fiscalizar a manutenção e educação, que são características do poder familiar.

O vínculo conjugal também se dissolve pela morte de um dos cônjuges, caso em que o poder familiar competirá ao sobrevivente. Assim, se um dos cônjuges falecer, o supérstite assumirá sozinho o poder familiar e o conservará, ainda que venha a contrair novas núpcias ou viver em união estável, exercendo-o sem qualquer interferência do novo cônjuge ou convivente, conforme dispõe o artigo 1.636 do Código Civil.

Numa primeira análise é possível concluir que o Código Civil exige a atuação dos dois pais para o seu exercício do poder familiar, pois se a titularidade é de

³⁹ **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.335.

⁴⁰ **Curso de Direito Civil**. 34ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁴¹ **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 447

⁴² **Tratado de Direito de Família**. Vol 3. Campinas: Bookseller, 2001. p. 143

ambos, estes têm o exercício. O exercício do poder familiar se constitui em manifestação de vontade em relação aos interesses do filho, voltada para este ou para terceiros. Não havendo na lei regra específica de que a manifestação da vontade deva, para legitimar-se e para obrigar, assumir determinada forma especial, nada impede que possa ser expressa ou tácita, por ambos os pais, ou expressa para um e tácita para outro em relação à mesma decisão decorrente do exercício do poder familiar, o que não descaracteriza, o exercício do poder pelos dois.

Quer os pais residam ou não na mesma casa, o exercício do poder familiar implica no necessário compartilhamento da educação e cuidado aos filhos, exigindo uma relação de cooperação.

Ensina Pontes de Miranda⁴³ que o instituto não tem como pressuposto essencial o nascimento, a filiação, mas a lei ou o acordo legal que em tal sentido disponha, como nos casos de adoção, de inseminação artificial heteróloga, e, do reconhecimento da paternidade.

Assim, aos filhos menores e não emancipados, o instituto do poder familiar é exercido somente pelos pais. Verifica-se, entretanto, que para a condição de ser filho natural, não basta se ter o filho sujeito ao poder familiar, mas é necessário o regular registro da paternidade que se prova com o assento de nascimento.

Aos menores que não estejam sob a autoridade dos pais, a lei organiza a tutela. Por esta alguém é investido nos poderes necessários à proteção, assistência ou representação do menor, quando falecidos os pais, ou tendo eles perdido o direito sobre os filhos. Onde existe tutela, não existe poder familiar.

Outra questão que se coloca é: como fica a representação dos maiores incapazes? O poder familiar, neste caso, perdura pela vida toda, ou a curatela se

⁴³ **Tratado de Direito de Família**. Vol 3. Campinas: Bookseller, 2001. p. 143

impõe com a maioria das pessoas que, por si só, não têm condições físicas e psíquicas de reger sua vida, indagação esta que será objeto do próximo item.

5.1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE PODER FAMILIAR, TUTELA E CURATELA

A proteção dos incapazes em geral tem sede no sistema jurídico pátrio, nos institutos do poder familiar, tutela, curatela, adoção e guarda. Porém, será analisado neste trabalho, mais precisamente o, poder familiar, e como complementos, a tutela e a curatela. A adoção é um instituto que caminha ao lado do poder familiar, pois definida a paternidade e maternidade, o mesmo se estabelece.

A guarda é um dos requisitos do instituto em estudo. Assim, faz-se necessário diferenciar os institutos que se equivalem e jamais existirão juntos e ao mesmo tempo.

Durante a menoridade, conforme visto alhures, os filhos são representados pelos pais. Na falta destes, o Estado nomeia um representante, que também tem obrigação de cuidar e educar do menor. A este representante que pode ser um parente ou não, dá-se o nome de tutor, e ao instituto o nome de tutela.

Luiz Edson Fachin⁴⁴ entende que o tutor ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental e começa a existir diante da morte dos pais, ou na suspensão ou na destituição do poder familiar. Trata-se de um sujeito, titular de direitos e deveres, alçado à condição de assistência e representação do menor que não esteja sob a autoridade dos pais.

⁴⁴ **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 250.

No entendimento do mesmo autor, colocam-se sobre uma pessoa natural diversas incumbências: reger a pessoa do menor, administrar seus bens, representá-lo.

Silvio de Sávio Venosa⁴⁵ explica que o destinatário da tutela é o menor, e não o incapaz, pois somente o menor necessita do poder familiar. Para os maiores incapazes o ordenamento reserva o instituto da curatela, sendo que a extensão e o alcance da tutela são de âmbito mais amplo do que a guarda, porém, menor do que no poder familiar, pois a tutela é exercida sob supervisão do judiciário, sendo que o tutor não tem o usufruto dos bens do pupilo, como acontece com os pais, e a venda de bens dos menores está cercada de maiores cautelas, exigindo-se sempre hasta pública e não a mera autorização judicial. No exercício do poder familiar, poderá haver hasta pública para venda de bens imóveis, se o juiz assim entender, no caso de suspeito de simulação de preço, por exemplo.

Lafayette⁴⁶ ensina que, na tutela, alguns atributos do poder familiar podem ser exercidos por outra pessoa que não o pai ou a mãe e define o instituto como poder conferido a alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora da ação do poder familiar, pois em relação à pessoa do menor, consiste o poder do tutor no direito de promover-lhe a educação, e de representá-lo e assisti-lo nos atos da vida civil.

O governo da pessoa e dos bens dos menores pertence de direito aos pais. Na falta destes, é este dever devolvido ao Estado, o qual o desempenha por intermédio dos tutores.

A tutela é uma reunião de certas atribuições do poder familiar. Constitui, todavia, uma entidade distinta que pode coexistir com o poder familiar como

⁴⁵ **Direito Civil**. Vol. VI, 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 400

⁴⁶ Pereira, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Campinas: Russell, 2003. p. 252 e 313.

acontece quando se dá tutor ao filho menor por estarem os pais dementes. Nesta hipótese os pais conservam o poder familiar, se bem que suspenso, e em virtude dele, continua a ter o usufruto dos bens adventícios do menor, não obstante o filho permaneça sob a tutela de outro.

Conclui-se assim que se agasalham na tutela todos os menores que não têm os pais e aqueles fora da ação do poder familiar. O encargo da tutela deve ser exercido sempre pessoalmente pelo tutor.

A doutrina normalmente classifica a tutela em diversas espécies: testamentária, legítima, dativa e irregular.

Segundo Maria Helena Diniz⁴⁷, a tutela testamentária é a que se institui em virtude de nomeação de tutor aos menores, por ato de última vontade pelo pai ou pela mãe, desde que tenham o poder familiar. Esta nomeação só tem validade se feita pelos pais. Já a tutela legítima é a que se dá na falta da testamentária; é a deferida pela lei, na ordem que estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.731, I e II, qual seja, os ascendentes, os irmãos, os tios. Porém, esta ordem é falível quando o juiz entender que em benefício do menor outra pessoa for mais idônea e tiver maiores laços afetivos com a criança. Neste caso, quando a tutela é dada à pessoa estranha à relação elencada na lei, é denominada tutela dativa. Finalmente na tutela irregular, é aquela em que não há nomeação judicial, e sendo assim, não gera efeitos jurídicos.

As pessoas nomeadas à tutela podem recusar o encargo desde que justificadamente.

O juiz também responde pela tutela, nos termos do artigo 1.744 do Código Civil. A função do tutor é similar à do poder familiar, mas não idêntica, pois enquanto

⁴⁷ **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 505-517.

o poder familiar é exercido sem controle do Estado, a tutela é fiscalizada pelo juiz. A tutela é temporária, servindo o tutor por dois anos, prorrogáveis.

No poder familiar, o genitor tem o usufruto sobre os bens dos filhos, o que não ocorre na tutela. Na tutela, somente com autorização do juiz, o tutor pode emancipar o menor. Outra diferenciação é que a tutela é unipessoal, ao passo que o poder familiar é exercido conjuntamente pelos pais.

Para fiscalizar os atos do tutor, o Código Civil, em seu artigo 1.742, autoriza o juiz a nomear um protutor a quem cabe supervisionar a atuação do tutor. Ao protutor, incumbe auxiliar o juiz, fiscalizando a atuação do tutor e informando ao magistrado sobre qualquer descuido dos bens por parte dele.

No que tange à curatela, Fachin⁴⁸ ensina que a maioridade etária não prova por si só capacidade. Marcar esse modo de alcançar o *status* é uma das tarefas da norma jurídica, e o faz congruente com seu tempo e sua circunstância. Nessa acepção civil, a privação desse patamar abriga-se sob o manto da interdição.

No modelo do Código Civil, a curatela vem como encargo público, em favor dos que não se acham em condições de agir juridicamente por si próprios. Sempre deferida em processo judicial com poderes fixados de acordo com o caso concreto e suas respectivas necessidades, esse encargo protetivo e representativo destina-se a indivíduos maiores e não capazes. Foge a essa regra, entre outras, a hipótese da curatela do nascituro, que será objeto do item seguinte.

Silvio de Salvo Venosa⁴⁹ ensina que a capacidade se presume e a incapacidade deve ser comprovada. A tutela é sucedânea do poder familiar e a curatela constitui um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade.

⁴⁸ **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 260.

⁴⁹ **Direito Civil**. vol VI, 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 424.

Lafayette⁵⁰ estipula que a curatela difere da tutela nos pontos seguintes: a curatela é dada aos maiores e aos que são equiparados aos maiores; a curatela é sempre deferida pelo juiz; a tutela pode ser conferida em testamento ou codicilos; a curatela, às vezes, é dada somente aos bens; a tutela compreende sempre o governo da pessoa e a administração dos bens.

Com relação ao poder familiar e a curatela, são institutos muito diferentes, incidindo este quando aquele termina, no caso da maioridade.

Porém, interessante citar a posição de Denise Damo Comel⁵¹ que defende a “prorrogação do poder familiar” para os casos em que o filho padece de enfermidade ou deficiência física ou psíquica persistente que o impede de reger sua própria vida por si mesmo.

A mesma autora explica que a prorrogação do poder familiar é uma figura jurídica encontrada no direito comparado, criada para a proteção do maior incapaz, como alternativa para substituir o instituto da curatela. Por meio dela se estende a função paterna além da menoridade, para os filhos maiores incapacitados, basicamente nos mesmos moldes do poder familiar com relação aos filhos menores.

Dessa maneira, o poder familiar persiste ininterruptamente e assim que se alcança a maioridade, ou posteriormente, após ter sido extinto o poder familiar, bastando que o filho seja maior e incapaz, assim declarado por sentença judicial.

Trata-se de um instituto de grande interesse prático e que garante a proteção do maior incapaz.

Referido instituto não está previsto na legislação pátria, embora o Código Civil, em seu artigo 1.590, contenha norma parecida, dispondo que as regras

⁵⁰ **Direitos de Família**. Campinas: Russell, 2003. p. 357.

⁵¹ **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 310.

relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Trata-se de redação inovadora do Código Civil de 2002, em relação ao Código Civil Brasileiro de 1916.

CAPÍTULO VI

QUESTÕES DECORRENTES

A família é fundamental para o completo desenvolvimento do ser humano, independentemente se é formada por vínculos genéticos ou sócio-afetivos.

Assim, faz-se importante indagar quando se inicia o poder familiar, ou quando tem início à responsabilidade dos pais sobre os filhos. Considerando que o poder familiar tem como titulares os pais, quando devidamente reconhecidos os filhos, há que considerar que a responsabilidade parental inicia-se com a paternidade e maternidade propriamente dita. Diante desta certeza, outra dúvida reside em quando se inicia essa parentalidade, pois, desde então, inicia-se o poder familiar.

Amanda Zoe Morris, em sua tese de doutorado, defende que é a intenção que determina a parentalidade, uma vez que, “é só depois da vontade da aceitação que a autoridade parental se forma”⁵²

Este entendimento é compartilhado em alguns aspectos por Juliana Frozel de Camargo⁵³ quando explica que para a formação da família e a existência de filiação é fundamental que haja o consentimento dos cônjuges ou conviventes, para os casos de utilização de alguma técnica de inseminação artificial, e desde então, a maternidade e paternidade passaram a se fundar no ato de vontade. Conclui-se, assim, que atualmente encontra-se visível a valorização do elemento sócio-afetivo, ou seja, a maternidade e paternidade biológica são insuficientes se não tiverem relação com a maternidade e paternidade de afeto.

⁵² **A intenção na determinação da parentalidade.** 2006. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. p. 26

Talvez o entendimento mais correto possa ser no sentido de que há filiações que dependem única e exclusivamente da vontade dos pais, como nos casos de adoção e reprodução assistida.

Outras podem se estabelecer contra a vontade dos pais, como o reconhecimento forçado de filho ou de filiação imposta pela presunção de paternidade obtida pelo exame de DNA.

Tanto na adoção quanto no reconhecimento forçado da paternidade, a parentalidade entre pais e filhos inicia-se com a decisão judicial. A partir daí é que tem início o poder familiar.

Porém, diferentemente ocorre na filiação natural e na reprodução assistida quando o início do poder familiar coincide com o início da vida. Questão de difícil resposta é exatamente qual o início da vida humana.

Ana Carolina Brochado Teixeira ensina que:

O dever de criar começa com a concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança; a partir daí, dura enquanto obrigação jurídica até que o filho alcance a maioridade. Com as modernas técnicas de reprodução *in vitro*, que possibilitam a efetivação da reprodução heteróloga – na qual se utiliza material genético de terceiro – o dever de criar também começa com a concepção, pois é a decisão exteriorizada pela assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que define a paternidade. Está embutido no dever de assistência o dever de sustento, sendo este, portanto, inerente ao poder familiar⁵⁴.

Esta indagação é importante, pois se o início da vida for considerado desde a concepção, a responsabilidade dos pais já começa aí. Porém, questão inclusive discutida em muitos ramos das ciências é exatamente qual o início da vida, pois desde quando se considerar que exista vida, já é considerada a responsabilidade dos pais sobre os filhos.

⁵³ **Reprodução humana**. Campinas: Edicamp, 2003. p. 207.

⁵⁴ **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 134.

O direito à vida é um direito fundamental. A vida deve ser protegida em sua totalidade, não importando o seu estágio de desenvolvimento. Assim, quanto maior a fragilidade do ser humano, maior deve ser a proteção jurídica ao mesmo. Dessa maneira, os sujeitos que, por impossibilidade biológica ou psicológica, como os menores e os incapazes, necessitam de auxílio de mecanismos de defesa. Referidos mecanismos para serem aplicados necessitam de representação legal.

Até agora, neste trabalho, foi ressaltado que os pais representam os filhos menores e por eles são responsáveis até a maioridade. Para os filhos nascidos a situação já é definida.

Porém, mais delicada é a questão dos filhos por nascer, os chamados nascituros, bem como, e mais delicada ainda, é a situação dos embriões, nos casos de reprodução assistida.

Desta maneira, para a satisfação da tutela dos direitos fundamentais dos incapazes é plenamente possível entender que exista o poder familiar desde que exista vida, inclusive e principalmente a dos embriões, sejam eles implantados ou pré-implantatários, como se verá adiante.

6.1. DIREITO À VIDA

O mais importante de todos os direitos do ser humano é o direito à vida.

Ives Gandra da Silva Martins ensina que o direito à vida não é lei criada pelo Estado, mas pelo Estado, apenas reconhecida, e que pertence ao ser humano pelo simples fato de ter sido concebido. Assim impõe-se o reconhecimento do Estado para que seja protegido, principalmente o direito à vida do insuficiente. Daí a

proibição ao aborto, por ser violação ao direito natural à vida, e, principalmente porque exercido contra quem não pode se defender por si só.

O referido autor, ao descrever o direito à vida, assim analisa a questão do aborto:

Os argumentos, que têm sido trazidos à discussão de que o aborto não é atentado ao direito à vida, mas o exercício de um direito ao corpo que a mulher o possui, não prevalecem, visto que, se a própria natureza feminina faz-lhe hospedeira do direito à vida de outrem, no momento em que a hospedagem se dá já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence também a seu filho. É o egoísmo que a leva a assassiná-lo, para fazer do corpo uso exclusivo de seus apetites, caprichos, conforto ou qualquer outro motivo, representa tirar o direito a outrem que também é titular do corpo materno. Desde a concepção o corpo feminino pertence a duas vidas e é dirigido por dois seres, a mãe e o filho, e a mãe não pode praticar homicídio para retirar do filho um direito que este possui ao corpo materno, qualquer que seja a conveniência ou o motivo. O corpo já não mais lhe pertence por inteiro, e o aborto, em tal caso, representa, em verdade, latrocínio, visto que ao assassinato do filho junta-se o roubo da parte do corpo materno que de direito ao filho gerado pertencia⁵⁵.

Maria Helena Diniz⁵⁶ ensina que, por meio do poder familiar, os pais representam os filhos menores, desde antes do nascimento com vida, quando já concebidos e ainda no ventre materno. Como o primeiro direito que se garante é o direito à vida, aos pais não compete outra função senão garantir os interesses do representado, pois a representação é um dos atributos do poder familiar, sendo assim um instituto de proteção.

Por esta razão é que o ordenamento jurídico pátrio proíbe o aborto, uma vez que, o poder familiar é um instituto de proteção ao ser humano, já na sua forma mais indefesa, que é quando nascituro.

Liberar o aborto seria utilizar um instituto de proteção ao contrário, uma vez que, os pais que devem proteger os filhos, poderiam matá-los.

⁵⁵ Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 623, p. 27-30. setembro de 1987.

⁵⁶ **O estado atual do biodireito**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113

Recusar o direito à vida ao nascituro seria o mesmo que recusar-lhe qualquer outro direito.

José Carlos Barboza Moreira⁵⁷ define o direito à vida como o direito de não tê-la abreviada por ato voluntário de outrem, ou seja, o direito de alguém à vida resolve-se num direito à abstenção, por qualquer outra pessoa, de comportamento voluntário que causa a morte desse alguém. O referido autor conclui que, dessa maneira, não produz efeito declaração da gestante, nem a do pai, nem a de ambos, nem a do curador, no sentido de autorizar a interrupção da gravidez.

Assim, o direito à vida, deve ser respeitado incondicionalmente, e principalmente por quem tem o dever jurídico e natural de amparar os mais frágeis, no caso, o ser humano em formação, por seus pais. O poder familiar é um instituto jurídico que existe para defender e proteger os menores e deve ser utilizado pelos pais apenas e tão somente para tal objetivo.

6.2. NASCITURO

Silmara J. A. Chinelato e Almeida⁵⁸ cita Francisco da Silveira Bueno para explicar que a palavra nascituro deriva do latim *nasciturus* e significa “que deverá nascer, que está por nascer” e conclui que o “ser humano vivo que ainda não nasceu já é ser humano; o que é indeterminado é o sujeito de direito.”⁵⁹

A referida autora entende que o problema jurídico da filiação acha-se intimamente ligado ao fato da concepção, já que as relações de parentesco se estabelecem nesse momento e não ao tempo do nascimento. Desse fato de ordem

⁵⁷ O direito do nascituro à vida. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 340, p. 11-19, fevereiro de 2006.

⁵⁸ **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6

⁵⁹ *Ibid.*, p. 136

fisiológica que determinou a geração de um novo ser surge também o elo jurídico que permanecerá por toda a vida unindo os pais ao filho.

Dessa maneira, o nascituro deve ser considerado como filho desde o momento da concepção, por conseguinte, deve ter todos os direitos normalmente concedidos aos filhos.

Por outro lado, conhecida é a discussão sobre a personalidade jurídica do nascituro, pela interpretação do artigo 4º do antigo Código Civil Brasileiro, redação que vem praticamente repetida no artigo 2º do Código Civil⁶⁰, atualmente em vigor.

Três teorias existem sobre o assunto: a teoria natalista, pela qual o nascituro tem mera expectativa de direitos, pois a personalidade somente se adquiriria a partir do nascimento com vida. Existe também a teoria da personalidade condicional pela qual, o nascituro tem direitos, desde que haja o nascimento com vida. E finalmente a teoria concepcionista, que entende que o nascituro é sujeito de direitos desde o momento da concepção.

Reinaldo Pereira e Silva⁶¹ ensina que, historicamente, o “Esboço Teixeira de Freitas”, em 1858, já previa claramente a teoria concepcionista em seu artigo 221, dispondo que desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas.

Em 1878, na segunda iniciativa de codificação do direito civil no Brasil que coube ao jurista José Thomaz Naburo de Araújo, este autor também ampara a teoria concepcionista nos artigos 15 e 19 de seu projeto, declarando que a personalidade do homem inicia-se com a concepção e que, em razão da absoluta incapacidade, os

⁶⁰ Artigo 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁶¹ **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTR, 2002. p. 237.

seus correspondentes direitos são resguardados por representante legal. Mas o projeto restou inacabado quando do seu falecimento.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida⁶² também é adepta da doutrina concepcionista, entendendo que do ponto de vista biológico não há dúvida de que a vida se inicia com a concepção.

A sistemática adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente parece que também se envereda para a teoria concepcionista, pois dispõe em seus artigos 1º e 2º, sobre a proteção integral da criança e do adolescente, e determina que a criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos.

Assim, a lei refere ao termo limite máximo da idade da criança, quedando-se inerte sobre a idade mínima. Dessa maneira, deve-se interpretar o Estatuto da Criança e do Adolescente em conjunto com o artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, promulgada no Brasil por meio do Decreto 99.710 de 21/11/1990, pelo qual “entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade...” Dessa maneira, o conceito de criança engloba não apenas as pessoas já nascidas, mas todos os seres humanos, nascidos ou por nascer.

Independentemente da personalidade, fato é que o nascituro tem vida, e tendo vida humana deve ser representado.

O Código Civil ampara os nascituros, determina que são representados pelos pais, e na falta deste, outorga curador aos concebidos e ainda não nascidos, nos termos do artigo 1.779, bem como, pelo Código Penal que condena o aborto, pelos artigos 124 a 126.

Pode-se concluir que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas o nascituro já é um ser individual desde a sua concepção, pois caso

⁶² **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161

contrário o Direito não o teria colocado sob a tutela do Estado. A intenção do legislador, portanto, é proteger o nascituro, uma vida que já existe independentemente do grau de desenvolvimento.

Assim, o nascituro é representado por quem ostentar o poder familiar, ou ao menos a mãe, e no caso de conflitos de interesses, por curador designado.

A posição do nascituro é peculiar, pois já lhe é garantida proteção tanto pelo Código Civil, quanto pelo Código Penal, conforme acima mencionado, embora o mesmo não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Ainda assim, é sujeito de direitos, pois pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação⁶³, pode receber curador, ser beneficiário de doação feita pelos pais⁶⁴, adquirir bens por testamento⁶⁵.

José Luiz Gavião de Almeida⁶⁶ observa que, “aberta a sucessão as pessoas apenas concebidas poderão recolher a herança desde que venham a nascer com vida, pois a lei só põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro que nasça vivo.”

Assim, pode-se entender que os direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, pois só ganharão forma se houver nascimento com vida.

Eduardo dos Santos⁶⁷ ensina que no Direito Português, “são sujeitos do poder paternal os filhos menores não emancipados e os nascituros”. O referido autor entende que tanto os nascituros concebidos quanto os não concebidos carecem de representação e/ou administração dos seus bens. Conclui-se, portanto, que o poder paternal alcança também os nascituros.

⁶³ Código Civil. Artigo 1.609 - O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável.

⁶⁴ Código Civil. Artigo 542 – A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

⁶⁵ Código Civil Artigo 1798 – Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

⁶⁶ **Código Civil Comentado**. Vol. XVIII. Atlas: São Paulo, 2003. p. 103.

⁶⁷ **Direito da Família**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 512-513.

Dessa maneira, o poder familiar alcança o filho desde a fase da concepção, apesar de lhe faltar personalidade jurídica.

Representando o nascituro, e existindo o poder familiar já nesta qualidade inicial de ser humano, os pais podem pedir indenização por erro médico ou prejuízos causados ao nascituro, bem como, serem responsáveis criminalmente por danos à saúde do mesmo, razão pela qual, poderão perder o poder familiar ou ficarem suspensos do mesmo, quando do nascimento do filho.

A lei brasileira admite o exercício do poder familiar em relação ao nascituro concebido, uma vez que, se este existe é por vontade dos pais.

O artigo 2º do Código Civil reconhece ao nascituro a titularidade de direitos e não de meras expectativas, pois em vários outros artigos reconhece esses direitos em seu favor, como ocorre na curatela, no direito à representação que será exercido exclusivamente pela mãe se o filho não for reconhecido pelo pai⁶⁸, no direito de poder ser adotado⁶⁹ e principalmente terá direito aos alimentos.

Os direitos do nascituro previstos expressamente no Código Civil não são considerados *numerus clausus*, mas podem ir além dos elencados, sempre que existir necessidade de proteger o nascituro.

Faz-se necessário diferenciar os bens patrimoniais dos não patrimoniais. Os bens não patrimoniais na lição de Reinaldo Pereira e Silva⁷⁰ correspondem aos direitos que envolvem a própria pessoa, a exemplo dos direitos da personalidade. Já os direitos e deveres cujos bens correspondentes alcançam “coisas exteriores” são chamados patrimoniais.

⁶⁸ Código Civil. Artigo 1.633 - O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

⁶⁹ Código Civil. Artigo 1.621 - A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

⁷⁰ **Introdução ao Biodireito**. LTR: São Paulo, 2002. p. 232.

Para esclarecer o que são os direitos da personalidade, ensina Carlos Alberto Bittar⁷¹, que referidos direitos são os reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros.

Assim, dentre os direitos da personalidade do nascituro, apesar deste ainda não ter personalidade, o ordenamento jurídico já lhe garante os direitos dela decorrentes, como o resguardo à integridade física, justificando assim o direito aos alimentos, assistência pré-natal e despesas com o nascimento. Daí a responsabilidade dos pais, com os direitos da personalidade do nascituro desde a concepção.

Portanto, entendendo que os direitos do nascituro devam ser considerados sob o ponto de vista patrimonial, torna viável a interpretação de que aqueles dependem do nascimento com vida e os não patrimoniais são garantidos desde a concepção. Os deveres de criação e representação dos pais para com os filhos, estipulados no artigo 1.631 do Código Civil, já se iniciam desde a concepção.

Na falta dos pais, ou não tendo a genitora o poder familiar, será nomeado curador ao ventre para velar pelos interesses do nascituro, ressaltando assim que trata-se de um instituto de proteção, cabendo ao curador, assim como aos pais, apenas proteger e jamais prejudicar o que está por nascer. Nascendo com vida, a curatela dá lugar à tutela, conforme visto acima.

Parte dos autores pátrios entende que o nascituro já é um ente com vida, e os pais já o representam. Porém, faz-se necessário questionar se os embriões, formados fora do ventre materno, já têm vida e quem responde pelos mesmos.

⁷¹ **Os direitos da personalidade.** 7^a. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 1.

6.3. O PODER FAMILIAR FACE AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução humana assistida, conforme definição de Andréa Aldrovandi e Danielle Galvão de França⁷² é a intervenção do homem no processo de procriação natural com o objetivo de possibilitar que pessoas inférteis ou estéreis satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

A esterilidade e a infertilidade são doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças pela OMS e, como tal podem ser tratadas.

As principais técnicas de reprodução assistida são a inseminação artificial homóloga, *post mortem*, ou heteróloga, a fertilização *in vitro* - FIV e as chamadas mães de substituição.

Dependendo da técnica aplicada, a fecundação poderá ocorrer *in vivo* ou *in vitro*. Na inseminação artificial, a fecundação ocorre *in vivo*, com procedimentos que consistem na introdução de gametas masculinos dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen.

Em se tratando da Fecundação *in vitro*, Juliana Frozel de Camargo⁷³ aborda que o processo é mais elaborado e a fecundação ocorre em laboratório de forma extra-uterina, na qual medicamentos hormonais superestimulam a liberação de óvulos, em média de 5 a 20 por ciclo, os quais quando amadurecem, são retirados da mulher. Então os óvulos são isolados e mantidos em estufa. Os espermatozoides que vão ser colocados junto aos óvulos podem ser do marido ou pertencerem a um banco de esperma de doadores anônimos.

Em ambos os casos os gametas masculinos são selecionados e em cada tubo com um óvulo são introduzidos cerca de 50.000 espermatozoides, que voltam à

⁷² A reprodução humana assistida. **Prática Jurídica**, Brasília, nº 7, p. 34-43, outubro de 2002.

⁷³ Reprodução humana. Campinas: Edicamp, 2004. p. 29.

estufa onde deverá ocorrer a fecundação. Após 24 horas surge o pré-embrião ou zigoto.

A partir desta ocorrência dependendo do número de embriões obtidos, pode-se colocá-los no útero, aguardando-se a confirmação da gravidez. Dessa maneira, é que surge a possibilidade de se congelarem embriões excedentes para uma posterior utilização.

Considerando a origem dos gametas, a inseminação ou fecundação será homóloga ou heteróloga. Homóloga ocorre quando a fecundação se der entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança. Heteróloga, quando o espermatozóide, ou o óvulo utilizado são de terceiros que não aqueles que serão os pais sócio-afetivos da criança.

Andréa Aldrovandi e Danielle Galvão de França⁷⁴ mencionam que há várias situações conflitantes que brotam da fecundação *in vitro* na forma heteróloga, visto que a filiação não corresponderá à verdade biológica.

No caso de doação de material genético, os doadores não poderão reivindicar a maternidade ou a paternidade em decorrência do sigilo exigido pelos laboratórios, e porque, no momento da doação, renunciaram ao parentesco voluntariamente, da mesma forma como quem entrega uma criança para adoção, renunciando ao direito de filiação.

Neste caso claramente se constata a intenção na definição da parentalidade, pois a paternidade recairá sobre o pai que consentiu fazer a fecundação, que afetivamente deseja o filho, ou seja, o pai sócio-afetivo.

As técnicas de reprodução humana assistida trazem inúmeros conflitos morais e jurídicos, pois desestruturam tudo aquilo que era tido como certo e

⁷⁴ A reprodução humana assistida. **Prática Jurídica**, Brasília, nº 7, p. 34-43, outubro de 2002.

absoluto, a paternidade e a maternidade. Problemas surgem com a utilização dessas técnicas, principalmente pela falta de regulamentação.

Algumas questões já foram resolvidas, como a de quem é a mãe diante da utilização de outro ventre que não o da pessoa que dá o material genético, mas outras indagações muito sérias ainda permanecem sem resposta.

A questão da titularidade do poder familiar neste caso é simples, resolvida a paternidade e maternidade da criança gerada por inseminação artificial, àqueles caberá o poder familiar.

Porém dois problemas são levantados e analisados neste trabalho, no caso, da inseminação artificial *in vitro*, se são os pais que representam os embriões, e os problemas decorrentes dessa responsabilidade que a alguém pertence. Ademais, também será analisado se o poder familiar autoriza escolhas, como a destruição de embriões excedentes, a inseminação de mulher solteira, e a escolha de qualquer característica biológica da criança que irá nascer.

Por outro lado, da mesma maneira que existe a intenção de ser pai ou mãe, também pode haver a desistência desta intenção, motivada por alheios interesses, pois os pais podem se separar, haver óbito de um deles, já ter tido um filho e desistir de ter outros e assim será visto abaixo.

Assim, fecundação *in vitro* com transferência embrionária será mais discutida por trazer a problemática dos limites do alcance do poder familiar.

6.3.1. Embriões Excedentes

As técnicas citadas anteriormente que utilizam a fertilização *in vitro* – FIT, trazem em si grandes questionamentos de ordem moral e jurídica. Uma delas é

exatamente a superprodução de embriões que, por não serem todos utilizados, acabam congelados, aguardando uma solução jurídica.

A fecundação *in vitro*, conforme ensina Juliana Frozel de Camargo⁷⁵, necessita de um número superior de embriões daquele que será efetivamente transplantado no útero da mãe.

Dessa maneira, ocorre a super-ovulação, que é entendida pela classe médica como fundamental para garantir um mínimo de gravidezes.

Já a posição contrária entende ser inadmissível a produção deliberada de embriões que têm um potencial de vida humana, sabendo-se que tal potencial não será jamais realizado. Se o número de embriões criados é superior ao número que será transplantado, tem-se por moralmente inaceitável deixar morrer os embriões não utilizados.

A grande polêmica sobre a destruição do embrião é de saber se é ou não uma vida. Alguns sustentam que a origem da vida confunde-se com o instante em que o espermatozóide se une ao óvulo, o que naturalmente ocorre durante a concepção. Outros sustentam que a vida só se origina com a formação do sistema nervoso, ou seja, após o 14^o dia de gestação. Outra corrente considera que só se pode falar em individualidade humana quando o pré-embrião atinge o estágio de desenvolvimento de oito células. Há ainda, quem sustente haver vida e individualidade somente com a nidacão, ou seja, quando da fixação do embrião no útero materno.

Tem-se entendido que, se houver a destruição de embrião, não há que se falar em aborto ou qualquer figura penal, já que o aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção, ou seja, é necessária vida intra-uterina.

⁷⁵ Reprodução humana. Campinas: Edicamp, 2004. p. 82.

Para evitar o problema dos embriões excedentes, os especialistas têm trabalhado, cada vez mais, com um número reduzido de embriões a serem transferidos para o útero materno.

No ordenamento pátrio, a legislação sobre o assunto é escassa. Muito mencionada é a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.358/92 (Anexo A) que autoriza às clínicas, aos centros ou aos serviços a criopreservarem os embriões excedentes.

A Resolução determina que o número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes para que se decidam quantos pré-embriões serão transferidos. No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos e quando desejem doá-los.

Não pode o casal optar pelo descarte ou destruição nem cedê-los a pesquisa ou experimentação, mas apenas doá-los para satisfação do projeto parental de outro casal estéril ou utiliza-los novamente para outros filhos futuros, já que a legislação cível, assegura a filiação.

Verifica-se, assim, uma incongruência da redação da Resolução, com o que dispõe o Código Civil em seu artigo 1.631. Ora, se os pais têm o dever de criar os filhos e representá-los até a maioridade, não lhes pode ser dado o direito de decidir sobre o seu destino, por meio de uma simples declaração. Ademais, os embriões já são vidas humanas, sendo assim, os pais já são pais e já podem exercer o poder familiar, devendo também, sofrer as restrições que o mesmo impõe.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, proclama expressamente o direito do casal ao planejamento familiar com fundamento nos princípios da

dignidade humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos necessários ao absolutamente livre exercício desse direito.

O princípio da dignidade da pessoa leva a um irrestrito respeito à dignidade e à integridade de todo ser humano. Isso porque o homem é sujeito de direitos e jamais objeto de direitos e, muito menos, objeto mais ou menos livremente manipulável. Portanto, as técnicas de reprodução humana só se apresentam admissíveis se levarem em conta a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, se o embrião pertence à espécie humana, impõe-se sua proteção. É evidente que, como pessoa em potencial que é, encontra-se fora do comércio. Daí decorre que o direito dos responsáveis legais não lhes atribui poderes absolutos sobre esta “expectativa” de vida humana.

Clareia, assim, a idéia que de maneira alguma, o poder familiar é absoluto. Conforme já dito, os pais são livres para educar seus filhos da maneira como acharem melhor. Porém, esta liberdade não é irrestrita, uma vez que, quando os pais prejudicam os filhos menores, excedendo os poderes sobre os indefesos, o Estado intervém em proveito dos menos favorecidos, no caso o menor.

Da mesma maneira, o desejo de ter um filho não é algo absoluto, sendo necessário adequar os desejos e pretensões ao valor da pessoa.

Vale salientar que no Brasil o embrião fecundado *in vitro* e criopreservado não é alvo de qualquer tutela já que se encontra fora do corpo da mãe, condição essa para o reconhecimento e a proteção legal.

Segundo Maria Helena Machado⁷⁶, a definição de embrião varia de país para país. A palavra feto é utilizada para o concebido depois dos principais órgãos já se encontrarem formados o que ocorre após a oitava semana de gravidez.

Controvérsias muito sérias envolvem a definição de embrião, pois a resposta determinará a liceidade ou iliceidade das intervenções no embrião, além da manipulação, congelamento, eliminação e demais atos possíveis com o concebido por meio da fertilização *in vitro*.

Esta autora traz em sua obra que a questão sobre o início da vida humana levou o Conselho da Europa, por meio das Recomendações 1.046/86 e 1.100/89, a destacar a necessidade do estabelecimento do equilíbrio que deverá existir entre o princípio da liberdade de pesquisa e o respeito à dignidade humana, assegurando, como forma correta, a tutela jurídica do embrião desde o momento da fecundação.

Talvez a mais correta saída para o problema dos embriões excedentes seja evitá-los, como previsto na legislação alemã. André Luiz da Silva Mello⁷⁷ citando Andorno, informa que, em 13 de dezembro de 1990, a Alemanha adotou a “lei de proteção ao embrião”, que regulamenta a procriação assistida em forma indireta pela via do Direito Penal.

Pela mesma lei, a fecundação *in vitro* pode ter por finalidade provocar uma gravidez na mulher de quem provém o óvulo. Em concordância com esse princípio, se faz obrigatória a transferência à mãe de todos os embriões obtidos, que não podem ser mais de três em um ciclo.

Esta norma é de grande importância já que permite cortar a raiz do problema dos embriões excedentes. De fato, ela proíbe a prática de deixar alguns embriões em estoque.

⁷⁶ **Reprodução Humana Assistida.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 69.

Alijandro D. Bolzan⁷⁸ é enfático em dizer que, cientificamente falando, a vida humana tem início no próprio momento da concepção, argumentando ainda que a veracidade absoluta desta afirmação é de vital importância para a determinação da legitimidade ou ilegitimidade da manipulação de seres humanos, qualquer que seja seu estágio de desenvolvimento.

Ensina também, o referido autor que, uma vez produzida a união de gametas e a mistura de material genético contido em cada uma delas, fica formado o zigoto, que é o óvulo fertilizado, o qual possui uma dotação genética única e irrepetível que lhe confere identidade própria. Assim, o zigoto já é vida humana individual. Conclui-se que a genética e a embriologia afirmam que nenhum ser humano chega a sê-lo se não começar a existir já a partir da fecundação do óvulo com o espermatozóide. Dessa maneira, em se tratando de inseminação artificial, a implantação do embrião não acrescenta nada à programação do desenvolvimento do novo indivíduo pela constituição genética resultante da fusão dos gametas.

Maria Helena Machado⁷⁹ ensina que as leis brasileiras protegem apenas o nascituro como ser em vida intra-uterina, porém os embriões humanos existentes fora do corpo não podem ser tratados como coisas pela potencialidade de vida que contém. A vida humana pelo seu valor deve ser protegida constitucionalmente. Esta proteção não se deve dar ao nascituro somente pelo seu direito à vida, mas pelo valor de vida humana, independente se presente ou futura. Pelo seu caráter fundamental, a vida humana deve ser defendida por meio de um sistema legal com o objetivo primeiro de resguardar o princípio da dignidade humana em todas as etapas.

⁷⁷ Biodireito: Reprodução humana ética. 2001. Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. 2001. p. 220.

⁷⁸ **Reprodução Assistida e Dignidade Humana**. São Paulo: Paulinas, 1998. p. 11.

⁷⁹ **Reprodução Humana Assistida**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 78.

Entende-se, portanto, que o embrião é vida humana, porém a quem caberá representá-los.

Jussara Maria Leal de Meireles⁸⁰ menciona em sua obra que já se tem notícia também a respeito de discussão na área médica sobre a propriedade dos embriões: caberia aos pais, ao Estado ou à instituição onde foram obtidos?

Os embriões concebidos e mantidos em laboratório são uma realidade nova, pois não se trata de pessoa natural, não existente o nascimento com vida, não é nascituro, pois este se caracteriza como tal apenas o ser concebido e em desenvolvimento no ventre materno; tampouco, é prole eventual, posto que concepção já houve, o que parece afastar a eventualidade. Porém, desde o momento em que é concebido o nascituro é dotado de personalidade jurídica.

A mesma autora, citando Maria Dolores Vila-Coro⁸¹, categoricamente afirma que se biologicamente a fusão genética das células germinativas, masculina e feminina, constitui a primeira célula do novo ser que se forma, a proteção jurídica deve alcançar a fecundação extra-uterina, assim como se a fusão tivesse ocorrido no ventre materno. Assim, conclui referida autora: para proteger o embrião humano mantido em laboratório não há necessidade de se lhe outorgar personalidade jurídica, mas apenas entendê-lo como ser humano, dotado de individualidade e conseqüentemente de dignidade.

Apesar de todas as discussões sobre o início da vida, ninguém nega que o embrião *in vitro* seja propriamente humano, ainda que em sentido muito geral, nem mesmo a medicina nega ser o zigoto a primeira célula de um novo ser humano. A referida autora menciona também que a única diferença é a maior viabilidade que

⁸⁰ **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 27.

⁸¹ *Ibid.* p. 62-80.

tem aquele que se encontra alojado no útero, porquanto embrionariamente desde a concepção já representa tudo o que é homem.

A autora destaca ainda que, de modo geral, existem três teorias para explicar o início da vida. A teoria concepcionista que sustenta que o embrião humano caracteriza-se como pessoa a partir da concepção. Assim, o embrião ainda não transferido para o útero também é considerado uma pessoa.

Já a teoria genético-desenvolvimentista entende que no início do seu desenvolvimento o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto, e em cada uma dessas fases, o novo ente em formação apresenta características diversas, sendo que logo no início é comparável a um mero aglomerado de células. Por esta doutrina não se sabe ao certo quando um embrião se torna ser humano, demonstrando claramente um distanciamento biológico entre o ser embrionário em inicial fase de desenvolvimento e os seres humanos nascidos.

E, finalmente, para os defensores de uma posição eclética, esta corrente aponta ao embrião, desde o primeiro momento de sua existência, uma autonomia que não é humana, posto que esses se caracterizam por serem dotados de personalidade; como pretende a corrente concepcionista, nem biológica, como afirmam os desenvolvimentistas, mas uma autonomia embrionária. É a chamada teoria da potencialidade da pessoa humana.

Essa teoria assegura que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Sem afastar a importância biológica da evolução, a terceira corrente minoriza seus aspectos, responsabilizando a mãe, e de igual forma, o pai, pelas chamadas prestações múltiplas, imprescindíveis na formação do novo

ser, pois entendem que o embrião não é só humano, em virtude de um genoma específico, mas também em virtude de um projeto parental de procriar.

Tais prestações priorizam a gravidez como elemento determinante do caráter humano que se pretende imprimir ao ser que se forma. Nisso residem o papel e a responsabilidade dos genitores na gênese do ser que se forma, o que não se limita à mera concepção (como pretende a teoria concepcionista), nem tampouco se esgota no desenvolvimento biológico do novo ser humano (conforme a teoria genético-desenvolvimentista), mas se edifica no direito e no dever de gerar o embrião de forma absolutamente responsável.

Essa teoria também entende que os dois gametas fecundantes não se encontram por sua própria iniciativa, uma vez que, tanto na fecundação *in vivo*, quanto da fecundação *in vitro*, determinadas pessoas fizeram com que eles se encontrassem.

A referida autora conclui, no que diz respeito especificamente aos embriões obtidos a partir da reprodução medicamente assistida e mantidos em laboratório, ainda que não se lhe reconheça caracterização mais específica como pessoa, que não há como prescindir de sua vinculação com a natureza humana.

Sendo assim, seja pela extrema proximidade individual à pessoa humana que já existe e que se encontra apenas em fase inicial de seu desenvolvimento, seja pela necessidade de se respeitar igualmente os embriões humanos e as pessoas já nascidas, posto que essas também já foram embriões e, portanto, a elas se assemelham, o fato é que o “embrião tem o direito de ser tratado como pessoa e, desse modo merece respeito à dignidade.”

Dignidade esta garantida pela Constituição Federal, fixada como princípio e elevada à cláusula pétrea, que determina o respeito à dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal garante também a inviolabilidade do direito à vida, e a vida desde o seu início, uma vez que, não há como afastar a proteção aos embriões humanos obtidos e mantidos em laboratório, pois esta vida se assemelha à vida dos já nascidos.

No caso dos embriões implantados a tutela subjetiva de seus interesses será possível por meio da representação legal por quem obtiver o poder-paternal respectivo ou, no caso de conflitos de interesses por curador designado. O problema surge com a representação dos embriões que se encontram fora do ventre, os embriões de laboratório.

Juliana Frozel de Camargo⁸² entende que os embriões excedentes devam ser protegidos desde a definição do momento da sua personalidade, da sua significação como ser humano e na sua integridade física, ainda que gerado extracorporeamente, pois lacunas ou deficiências jurídicas colocarão em risco a vida e a dignidade humana.

A mesma autora ensina que para estes casos, cada vez mais comuns, existem três possibilidades: a doação para outro casal, alternativa eticamente mais aceitável e recomendada pelos médicos; a destruição dos embriões ou a doação dos mesmos para a pesquisa científica.

O Código Civil em seu artigo 1.597, IV, dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga. Com esta

⁸² Reprodução Humana. Campinas: Edicamp, 2004. p. 132.

disposição fica assegurada a filiação aos embriões excedentes criopreservados, resultante da fecundação homóloga, nascidos a qualquer momento por desejo do casal solicitante da fecundação.

A fecundação *post mortem* deveria ser proibida para evitar novos conflitos, conforme ensina Juliana Frozel de Camargo⁸³, visto que a reprodução assistida deve ser utilizada com o objetivo de realização de um projeto parental, e principalmente, deve resguardar os interesses da criança, o que não ocorre neste caso em que o interesse que prepondera é o da viúva, ou até do viúvo, e de seus familiares.

Já com relação à inseminação artificial heteróloga, o Código Civil autoriza a filiação desde que com prévia autorização do marido.

Dessa maneira, considerando que na inseminação artificial a parentalidade nasce com a intenção, os pais que desejaram ter este filho devem responder pelos seus atos e por este filho, sendo que jamais se poderia permitir que fossem descartados, por tratar-se de seres humanos, passíveis de dignidade garantida pela Constituição Federal.

6.3.2. Terapia Eugênica

O fundamento de validade das procriações assistidas sempre foi o de dar remédio à esterilidade do casal solicitante e nada mais.

Com a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, a engenharia genética pode detectar doenças tanto no feto quanto no próprio embrião, nos casos de fecundação *in vitro*. Ocorre que diante de tanta tecnologia muitos se aproveitam

⁸³ **Reprodução Humana**. Campinas: Edicamp, 2004. p . 117.

para satisfazer desejos pessoais, como a escolha do sexo do bebê, pouco se importando com o descarte dos embriões que não satisfazem o desejo dos pais, dando início, assim, a mais uma “seleção eugênica” na história da humanidade.

Maria Helena Diniz⁸⁴, em obra específica, cita Suzuki e Knudtson, que definem a engenharia genética como o emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação da constituição genética de células e organismos, mediante manipulação de genes.

A mesma autora analisa que o diagnóstico pré-natal visa a detecção de enfermidades geradas por alterações hereditárias, mediante o emprego de técnicas que incidem sobre a pessoa no seu estágio fetal, durante a vida intra-uterina, com o escopo de salvar sua vida, instaurando uma terapia gênica, respeitando sua integridade e dignidade e procurando eliminar ou diminuir os efeitos do gene anormal de que é portadora.

A diagnose pré-natal não pode ser imposta ao casal pelo médico geneticista ou pelo Estado. Os pais devem optar pela realização dos procedimentos diagnósticos após uma informação não só sobre a necessidade e as implicações desses exames, os riscos que o feto corre, a gravidade da moléstia e os possíveis diagnósticos e prognósticos, mas também da terapêutica a ser aplicada em benefício do nascituro.

Se diante da negativa dos pais, o médico entender ser imprescindível a implementação de uma terapia para salvar o feto, deverá obter autorização judicial para concretizar a técnica de diagnóstico necessária, porque, como a intervenção incide no corpo da gestante, haverá o conflito entre o direito do nascituro de nascer

⁸⁴ **O estado atual do biodireito.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 382

sadio e o direito à liberdade da mãe, fazendo com que prevaleça o do feto, ante a supremacia do direito à vida e o dever da mãe de zelar pela saúde do filho.

Maria Helena também salienta que qualquer modalidade de diagnóstico pré-natal somente poderá ser feita com o intento de tentar curar a enfermidade e não com a de eliminar o feto que sofre de defeito genético grave e fatal, pois não poderia ser uma sentença de condenação à morte.

Os pais não têm o direito de decidir o destino de seu feto defeituoso, fugindo da obrigação de cuidar dele quando nascer, pois não seria lícito corrigir um mal com outro mal.

A mesma autora⁸⁵ destaca que poderá haver, diante das novas técnicas de reprodução assistida *in vitro*, um diagnóstico pré-implantatório para detectar patologias genéticas no genoma do embrião, eliminando-se mediante terapia gênica, as suas deficiências, mas seria uma porta aberta para o eugenismo, destruindo-se aquele que apresentar anomalia e beneficiaria o dotado de melhor qualificação genética, e envolveria o risco de modificação da espécie humana. A técnica biópsia embrionária pode identificar doença genética e só é permitida pelo Conselho Federal de Medicina quando há forte suspeita de doença grave, como hemofilia.

Já a terapia gênica visa à transferência de informação genética, de genes de um organismo para outro para curar ou diminuir distúrbios, moléstias genéticas ou não genéticas. Para explicar melhor, a autora cita Jaime Espinosa⁸⁶ que ensina que a terapia genética de células germinativas (TGCG) realiza-se na fase pré-implantatória quando o zigoto apresenta algumas células, ou antes da fertilização, atuando sobre o espermatozóide, o óvulo ou o pré-embrião, que ainda não alcançou

⁸⁵ **O estado atual do biodireito.** 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 406/407

⁸⁶ **Ibid**, p. 407

uma fase de desenvolvimento celular diferenciado, com o objetivo de corrigir a anomalia genética que neles esteja configurada, mudando em definitivo o genoma.

Dessa maneira, a referida técnica terapêutica poderá afetar o embrião ou aquele que advier dessas células, bem como sua descendência, pois haverá risco de se criar nova anomalia hereditária ou cancerígena. Por isso, não tem sido recomendada pela Associação Médica Mundial nem aceita pela legislação de alguns países, mesmo porque a intervenção técnico-genética sobre o óvulo fecundado constitui alteração em sua identidade e eliminação radical da pessoa humana em potencial, e não uma terapia, e eugeniização, por buscar o melhoramento genético da espécie humana.

Portanto, seria inadmissível essa terapia, pelas modificações que realiza no código genético do embrião em seus primeiros estágios de evolução, atingindo-o em sua identidade e a toda sua eventual descendência.

Ora, se o genoma humano é patrimônio comum da humanidade, não seria possível admitir qualquer alteração sem que isso constitua uma séria e grave ameaça à identidade da espécie humana.

No Brasil, somente é lícita a terapia gênica para corrigir defeitos físicos graves, vedando-se a manipulação genética de células germinais humanas e a intervenção de material genético humano *in vivo*, salvo para fins terapêuticos, conforme dispõe a Lei 8.974/95, em seu artigo 8º, II e III (Anexo B).

Maria Helena Diniz⁸⁷ conclui que os pesquisadores e geneticistas só têm direito à liberdade científica se esta destinar-se a fins terapêuticos que não coloquem em risco a sobrevivência da espécie humana, levando em consideração a

⁸⁷ O estado atual do biodireito. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 412.

dignidade da pessoa humana e preservando sua integridade física e psíquica e a vida, que é um bem jurídico fundamental.

A terapia gênica somente deve ser admitida em moléstias graves e fatais que não tenham alternativa de tratamento, desde que possa fornecer alguma garantia para superar ou diminuir os efeitos da enfermidade, não influa sobre o código genético e não se dirija à seleção da raça.

Surge também a questão do aconselhamento genético quando há suspeita ou detecção de uma doença hereditária a ser dado pelo médico a um casal sobre os riscos que poderão advir se vier a ter um filho para que possa tomar a decisão de tê-lo ou não, ou aos pais, para auxiliá-los no diagnóstico da enfermidade genética.

Maria Helena Machado⁸⁸, enfatiza que o desejo da maternidade ou da paternidade realizada não justifica o perigo de morte ou a morte de um terceiro. Este desejo, por legítimo que possa ser, considerado de modo abstrato, torna-se eticamente irracional quando assume os perigos para a vida de um terceiro. Só o fato de prever o perigo de vida de um neoconcebido é suficiente para estabelecer um limite insuperável para a realização dessa metodologia.

Não é eticamente admissível que a vida de outra pessoa conte-se entre os recursos disponíveis para satisfazer o desejo de paternidade, por mais justificável que este possa ser. Não existe uma causa capaz de justificar a produção no laboratório de um ser humano cujas possibilidades de sobrevivência são de fato bastante limitadas e que implicam, em todo caso, a morte de vários irmãos seus. A vida de um ser humano não é um recurso disponível para a satisfação das pretensões de outro.

⁸⁸ Reprodução Humana Assistida. Curitiba: Juruá, 2005. p. 89.

Dessa maneira, o desejo de ter um filho não é um bem que deva servir para satisfazer as necessidades dos indivíduos. As técnicas de procriação humana devem ter, como objetivo único, a solução dos casos de esterilidade. Jamais se justifica o direito ilimitado de se poder ter um filho através de qualquer meio ou a qualquer preço.

Silvia da Cunha Fernandes⁸⁹ entende que com o progresso das técnicas de reprodução humana assistida, a integridade corporal, seja agredida em benefício de uma necessidade social. Todavia, pelo princípio da inviolabilidade do corpo, qualquer violação deve ser punida, porque é no corpo que se manifesta o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que as experiências com embriões devam estar em conformidade com três princípios para que se resguarde o respeito à dignidade humana: não se devem produzir embriões exclusivamente para pesquisa; não devem ser reimplantados embriões já testados em experiências e não deve haver o consentimento dos genitores para utilização dos embriões excedentes em pesquisa.

A tônica da discussão a respeito da utilização de embriões para a pesquisa científica está inserida na questão em torno do início da vida e dos direitos dos embriões, a qual não encontra consenso entre os juristas brasileiros e também não é pacífica no direito comparado.

A partir do momento da concepção, o que se acha em jogo é a vida de um novo ser humano, mesmo que numa forma incipiente de desenvolvimento, mas vida humana. O mais grave inconveniente de ordem moral e ética em relação à fertilização *in vitro* é o que diz respeito ao embrião ser manuseado e tratado como coisa, ou seja, congelado, armazenado, eliminado como se fosse um produto

⁸⁹ **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 53

qualquer. Ainda, caso não seja mais necessária a sua utilização possa ser aproveitado para experiências científicas ou outros experimentos; os embriões com anomalias são descartados e eliminados como produtos defeituosos que devam ser colocados fora de mercado.

Como consequência do uso da reprodução assistida, se tornou prática corrente à manipulação genética de embriões humanos de diversas formas, como a eliminação direta de diversos embriões excedentes, a utilização desses embriões em experimentos científicos, o controle da data de nascimento de determinados embriões congelados, eliminação de embriões defeituosos que apresentam anomalias cromossômicas e para determinação do sexo.

Alejandro D. Bolzan⁹⁰ ensina que atualmente é possível determinar o sexo em embriões humanos. Embora não seja prática corrente nas clínicas de fertilização assistida, o verdadeiro objetivo do diagnóstico genético de pré-implantação parece estar sendo a determinação do sexo ou outras características genéticas do embrião com o fim de transferir apenas aqueles embriões, que por sua qualidade sejam de agrado dos pais.

Conclui-se, assim, que um verdadeiro processo de seleção artificial, já fora iniciado com a prática da fecundação *in vitro*.

O diagnóstico genético pré implantacional, que consiste na verificação da saúde do embrião, hoje é técnica auxiliar, legal e disponível em se tratando de reprodução humana assistida. De acordo com a lei 8.974/95, em consonância com a Constituição Federal, está vedada a utilização das técnicas reprodutivas com finalidade exclusiva de selecionar o sexo ou as características biológicas da criança.

⁹⁰ **Reprodução assistida e dignidade humana.** São Paulo: Paulinas, 1998. p. 71.

Porém, tem-se entendido que, no caso de embriões excedentários, essa escolha seria admitida. Ou seja, enquanto for permitido o descarte de embriões, deverá prevalecer à vontade do casal.

Com relação à descoberta de doença genética, seria admitida a destruição do embrião sob a mesma alegação do aborto eugênico, que, apesar de, em tese, constituir um fato criminoso, vem sendo autorizado judicialmente em algumas situações, especialmente quando comprovada a impossibilidade de vida extra-uterina.

Assim, a oportunidade para casais estéreis de terem um filho, com o uso das técnicas reprodutivas, não pode dar margem à eugenia, uma vez que, pode ser a grande propulsora de grande discriminação entre os seres humanos, que pouco a pouco, passam a ser selecionados.

No Brasil, embora não apresente o caráter de lei formal, é indicativo de substancial significado às limitações, à manipulação de embriões humanos na referida Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina. Contendo normas éticas para a aplicação dos métodos de reprodução humana, medicamente assistida, estabelece, inicialmente, a finalidade das técnicas, qual seja, a de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade. Contém recomendação no sentido de que as técnicas de reprodução assistida não sejam usadas para selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do novo ser, exceto se a intenção for evitar doenças ligadas ao sexo.

Este dispositivo existe porque, na prática, tem se verificado a intenção de escolher o sexo dos filhos voltada ao puro e simples equilíbrio familiar.

No que diz respeito à aplicação das referidas técnicas de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, a Resolução mostra-se tendenciosa a atribuir ao casal interessado o poder de decisão sobre o destino dos embriões pré-implantatários.

Observa-se uma preocupação com a saúde do novo ser, o que se coaduna com o respeito à vida e à dignidade humana. Porém, as intervenções dependem do consentimento informado ao casal, o que leva a crer atribuir-se também ao casal interessado o destino do ser que inicialmente se forma.

Ainda a confirmar a insuficiência do consentimento informado, como forma de legitimação do destino a ser dado aos embriões ditos excedentes, importa destacar que a Resolução nº 1358/92 proíbe o seu descarte ou a sua destruição.

Tal proibição revela certa ambigüidade, se interpretada com a necessária expressão da vontade dos cônjuges ou companheiros interessados, isto porque, ainda que a manifestação sobre o destino dos embriões pré-implantatários não possa versar sobre a destruição ou o descarte, é possível seja dada para consentir na utilização dos mesmos em experiências de ordem diversa aos interesses dos seres em formação.

Maria Helena Diniz⁹¹ ensina que apesar da Constituição Federal, em seu artigo 5º, IX, proclamar a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc. havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução deverá ser o respeito à dignidade humana.

⁹¹ **O estado atual do biodireito.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 840.

A liberdade científica sofrerá as restrições que forem imprescindíveis para a preservação do ser humano na sua dignidade.

Entende também que urge a imposição de limites à moderna medicina reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado caso se estiver atento à dignidade humana.

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. Assim a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo.

Como a vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade. Diante da inviolabilidade do direito à vida e à saúde, não podem ser admitidos o aborto, a pena de morte, a discriminação de deficientes, a eugenia negativa, a tortura e o tratamento degradante e experimentos científicos ou terapias que rebaixem a dignidade humana.

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Conseqüentemente o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc.

Jussara Maria Leal de Meirelles⁹² entende que o embrião *in vitro* que vier a nascer com vida poderá pedir indenização pelas deformações físicas ou psíquicas nele provocadas por falhas decorrentes da aplicação das técnicas de reprodução

⁹² **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 84/188

assistida ou da criopreservação, sendo que em tais casos será responsável quem alterou ou contribuiu para essa alteração do curso da natureza, podendo fazer parte deste rol o profissional atuante, os doadores dos gametas, e até o casal que solicitou o serviço.

Maria Helena Diniz⁹³ indaga, no que diz respeito à prática da interrupção seletiva da gravidez e o alvará judicial quando se detecta afecção grave e incurável no feto ou anomalia fetal, se uma criança normal teria mais direito à vida do que a subnormal ou anormal, por ser esta um peso morto para a sociedade.

Conclui-se, assim, que a ninguém é lícito julgar o valor intrínseco de uma vida humana por suas deficiências. Nem mesmo a eutanásia pré-natal por consenso dos pais deveria ser admitida porque, se ninguém tem direito de controle sobre sua própria vida, como poderia tê-lo em relação à vida alheia. O direito à vida é inalienável. Ninguém poderá dizer quais as deficiências exigidas para que um embrião não pudesse continuar a viver.

Uma criança não precisa ser perfeita, mas sim ter uma vida digna de ser vivida. Talvez fosse mais cômodo para a mãe e menos dispendioso para o pai por fim à vida do filho, porém isso não pode prevalecer diante da preciosidade da vida humana que é única. O aborto eugênico não seria, na verdade, uma prática em favor da criança, pois apenas resolveria o problema dos pais.

É preciso analisar esta questão da eugenia, pois a seleção natural existe, mas deixar que os homens decidam sobre a vida de seus pares é desumano, e pior ainda, que pais decidam sobre a vida de seus filhos, que só nascerão se forem perfeitos, contraria toda proteção legal que os pais devem aos filhos.

⁹³ **O estado atual do biodireito.** 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 47

6.3.3. Inseminação Artificial em Mulheres Solteiras

Outro problema que assola a inseminação artificial *in vitro* e que também deve ser analisado sobre o enfoque do poder familiar é a inseminação em mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas.

As mulheres solteiras que tiverem a intenção de ter um filho, com o auxílio da inseminação artificial *in vitro*, podem utilizar-se do banco de esperma para “produzir” um filho sozinhas.

Porém, questões éticas, psicológicas e jurídicas se formam em torno desta escolha, que ainda não alcançou posição unânime da doutrina pátria.

Sobre o tema Guilherme Calmon Nogueira Gama⁹⁴ defende que não existe razão para proibir tal procedimento, pois a Constituição Federal reconhece, no artigo 226, § 4º, a família monoparental. Utiliza ainda como argumento o fato de a lei brasileira permitir a adoção de crianças por apenas um adotante devendo, por analogia, ser estendido esse direito às mulheres que pretendem submeter-se a inseminação artificial com a finalidade de formar uma família monoparental.

Já Eduardo de Oliveira Leite⁹⁵ analisa a questão de maneira diferente, pois no caso de procriação artificial solicitada por uma mulher solteira, ao contrário do que ocorre na filiação natural, seria possível fazer nascer, por sua única vontade, um órfão de pai, e o parentesco ficaria reduzido a uma só linha.

Para o autor, o fato de na adoção ser admitida por uma só pessoa é aceito como recurso extremo que a lei autoriza por questões sociais, pois a criança já é nascida e está abandonada, e a adoção, neste caso, mesmo que feita por uma única

⁹⁴ Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 776, p. 60-84, junho de 2000.

⁹⁵ **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 1995.

pessoa lhe proporcionará melhor condição do que a criança permanecer só, sem nenhum dos pais, e pior, sem nenhuma família.

Outro problema apontado pelo autor, para estes casos é que tomar a iniciativa de fazer nascer uma criança de maneira isolada restringe a uma única linha parental, ou seja, à criança, seria imposta a amputação da metade de sua descendência. Nos casos de divórcio ou morte, em que surgem as famílias monoparentais, a situação é diferente, pois a criança tem, seus dois pais e todos os direitos e deveres que advêm deste parentesco. Já na família, chamada pelo autor de unilinear, que seria o resultado da procriação artificial, decorrente do pedido de uma só pessoa, reduziria esses laços de parentesco a um só, e assim com desvantagem para a criança.

Por outro lado, conforme já dito acima, se o objetivo da procriação é dar chance aos casais estéreis de terem filhos, a admissão de mulheres solteiras alteraria a concepção da procriação artificial.

Ademais, a psicologia já comprovou a necessidade absoluta para a formação da criança da identificação paterna e materna. O ideal continua sendo a presença de ambos os pais, de modo que a divisão das obrigações entre os pais sirva de referência à criança, não como elemento determinador da diferença dos papéis de cada um, mas da complementariedade que pode se estabelecer entre homem e mulher.⁹⁶

Maria Helena Machado⁹⁷ entende que ocorrerá uma maternidade artificial celibatária, sem qualquer relacionamento de ordem sexual, simplesmente suprimindo uma vontade feminina incontida de ser mãe, recorrendo aos métodos artificiais de procriação. Porém, mesmo que se reconheça o direito de homens e mulheres solteiras de recorrerem à inseminação artificial, em primeiro lugar, é necessário que

⁹⁶ Eduardo de Oliveira Leite. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 94

⁹⁷ **Reprodução Humana Assisitida**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 123

se reconheça o direito do filho ter um pai e uma mãe. Por essa razão faz-se necessário exigir como postura ética que a criança concebida por meios artificiais, tenha a segurança do biparentesco para que possa se desenvolver plenamente.

Entende-se, portanto, que o desejo de ter um filho não deva ser tido como algo absoluto, pois é preciso adequar os desejos e pretensões ao valor da pessoa. É absurdo que numa época em que tanto se fala de direitos humanos, o mais elementar deles, que é o direito à vida se encontre tão desprezado, e também um direito fundamental, como ter uma família, esteja atrelado ao egoísmo autorizado pela medicina, mas refutado pela psicologia e por alguns posicionamentos jurídicos, que têm como fundamento para o desenvolvimento de uma criança a presença de ambos os pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conjunto de argumentos, até agora manifestados, foi pautado no título do presente trabalho: o poder familiar existe como instituto de proteção à criança e ao adolescente enquanto dever dos pais de bem cuidar de seus filhos, construindo sua personalidade e preparando-os para a vida.

Assim, o instituto em análise, com o passar do tempo, sofreu modificações e atualmente são ressaltados mais os deveres dos pais do que o “poder” sobre os filhos. Todo o rigor do “pátrio poder” foi-se atenuando com o desenrolar dos séculos de convívio do homem em sociedade, culminando em nossos dias com a valorização primordial do bem estar dos filhos.

O exercício do poder familiar deve, portanto, estar em posição de igualdade de condições tanto pelo pai, quanto pela mãe, estando todos os filhos menores indistintamente, sujeitos à este instituto, sem que se possa fazer referência à natureza da filiação.

Deste modo, extingue-se o poder familiar com a maioridade, a emancipação, ou a morte dos filhos ou dos pais, sendo que, neste caso, exige-se a nomeação de um tutor, a fim de representar o menor nos atos da vida civil.

Os pais também podem ser suspensos ou destituídos do poder familiar, por decisão judicial, nos casos caracterizados como abuso do poder, sendo, contudo reservado aos mesmos o direito de recobrá-lo quando cessarem os motivos da destituição, uma vez que, é outorgado à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar pelo artigo 227 da Constituição Federal.

No presente momento, o ordenamento jurídico tem o foco voltado aos menores como centro de sua atenção e os considera como sujeitos de direito. Entretanto, existem restrições que lhes podem ser impostas pelos pais, pois devem ser educados com responsabilidade e limites para o seu próprio bem.

Diante das mudanças ocorridas nas famílias brasileiras, com o reconhecimento pela Constituição Federal das uniões estáveis e famílias monoparentais, bem como, o surgimento das famílias reconstruídas, a relação entre pais e filhos se alterou. O que anteriormente era respaldado no poder e na obediência, hoje procurá-se dar importância à opinião dos menores, objetivando sempre a sua plena evolução como pessoa.

Assim, o poder familiar será exercido pelos pais em igualdade de condições, estando estes unidos pelo casamento, pela união estável, ou mesmo estando separados.

Na hipótese da separação dos pais, o poder familiar não se altera, pois o mesmo decorre da filiação e não do casamento, deste modo, um dos pais ficará com a guarda e o outro com o dever da fiscalização e o direito de visitas.

Nas famílias reconstruídas, o instituto será, de igual maneira, exercido pelos pais legítimos, e apenas com a colaboração dos pais afins, sendo que estes não têm o direito de interferir na educação dos filhos unilaterais.

Concluiu-se também que a responsabilidade dos genitores sobre os filhos, exercida pelo instituto do poder familiar, existe desde que exista vida, pois se os filhos nascem é pela vontade dos pais.

Desta maneira, o trabalho procurou demonstrar qual o momento de início da vida, pois abordou-se aqui que, existindo vida, a responsabilidade dos pais torna-se latente.

Verificou-se também que o nascituro é sujeito de direitos, sendo os pais seus legítimos representantes, desde a concepção.

Em contraponto à situação exposta, observou-se a problemática dos embriões para os casos de reprodução assistida por fertilização *in vitro*, em especial pela existência de quantidade elevada de embriões excedentes, hoje armazenados nos laboratórios, aguardando solução sobre seus destinos.

Diante da indefinição da natureza jurídica, eleva-se o número de embriões criopreservados nas clínicas de reprodução humana.

Assim, é importante destacar que independentemente da denominação e da natureza dos mesmos, fato é que são humanos, e só existem pela vontade dos pais. Deste modo, considera-se que estes genitores devam ser responsáveis pelos mesmos, diante da vida humana que já existe. Uma das medidas para resolver o problema seria o dever dos pais de “gerar” todos os óvulos fecundados, uma vez que, são os responsáveis pelos mesmos.

Outro fator aqui analisado é que com as técnicas de reprodução humana assistida, e diante do avanço das pesquisas genéticas, é possível fazer um diagnóstico genético acompanhado de mapeamento de doenças hereditárias.

Entretanto, observa-se que alguns pesquisadores, com a vontade dos pais, utilizam-se destas técnicas para fazer alterações nos embriões, como por exemplo, a escolha do sexo e das características genéticas, o que é proibido por lei, transgredindo o instituto do poder familiar, que tem como objetivo único a proteção dos filhos, e não a alteração das características pessoais dos mesmos, aviltada pela conveniência e egoísmo dos genitores, praticamente criando uma verdadeira “terapia eugênica”, para seleção dos embriões perfeitos.

Foi discutido no decorrer deste estudo também que o projeto parental deve apenas satisfazer o desejo dos pais de terem filhos, levando-se em conta sempre o bem estar do menor.

Desta maneira, buscou-se demonstrar que os filhos existem por vontade dos pais, tendo estes o dever de cuidar daqueles. As inseminações medicamente assistidas só podem ser utilizadas em casos de infertilidade e não para satisfazer o ego dos pais de terem filhos perfeitos e com as características físicas que desejarem.

Por outro lado, não pode ser permitido que mulheres solteiras, utilizando-se das técnicas de reprodução assistida, venham a gerar filhos unilaterais, privando a criança do direito de ter um pai, fator fundamental para a sua plena vivência e evolução psíquica e social.

Entende-se, aqui, que a evolução das técnicas reprodutivas deva partir do princípio da liberdade das pesquisas, desde que estas não violem a dignidade humana.

Diante desta lacuna observada sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio, restaram desprotegidos, exatamente aqueles que mais precisam de proteção, ou seja, os embriões em situação extra-uterina, frutos da reprodução assistida.

È sabido que a fusão dos gametas e posterior nidação do zigoto são fases inseparáveis de um processo que dá origem à vida, deste modo, sendo o embrião um ser humano em potencial, entende-se que este deva ser sujeito de direitos, em especial, do direito à vida, o mais primário e fundamental princípio legado ao ser humano.

Por outro lado, se inexistente instrumento normativo capaz de proteger e tutelar os interesses destes seres, menos ainda aparatos legais destinados a garantir seu

direito fundamental à vida. Assim, há que se ressaltar a responsabilidade dos pais, sobre tais embriões, que embora desprotegidos, se existem, são produtos da vontade de seus pais.

No contexto do Direito, as técnicas de procriação assistida, e em particular a fecundação *in vitro*, vem expondo há anos, sérios dilemas à doutrina. Trata-se de conflitos cada vez mais complexos entre o legítimo desejo de ter um filho, e o respeito pela vida embrionária e pela identidade genética da criança por nascer.

A inexistência de correlação na disciplina legal abre espaços para a atuação de profissionais e clínicas de idoneidade contestadas e de meros agenciadores da vida humana, pautada pelo desvirtuamento das técnicas de reprodução, cujo essencial objetivo é socorrer a infertilidade humana, em detrimento da “faxina genética” e da valorização de conteúdos distantes ainda da compreensão banal destinada por uma minoria sem escrúpulos à verdadeira identidade do ser no contexto da vida em nosso planeta.

O desafio imposto ao Direito está, portanto, ligado ao processo de vencer a insuficiência legal e se adaptar à nova realidade. Diante da velocidade com que se desenvolvem as tecnologias reprodutivas, é inaceitável o atraso da norma vigente em relação aos fatos ora elencados.

Assim, é necessário estimular o aprimoramento da ciência dentro das fronteiras e limites estabelecidos pela evolução ética e responsável da humanidade, e ao mesmo tempo, redireciona-la quando avança em direção as áreas limítrofes do poder de criação, pautada em processos considerados desumanos e, ao Direito cuidar para que estas transgressões fiquem fadadas ao insucesso de suas intenções e sintam malogradas suas investidas no sentido de fraudar um processo natural em

desacordo com as leis máximas da evolução e da história humana em nosso planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALDRAVANI, Andréa e FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução humana assistida. **Prática Jurídica**, Brasília, nº 7, p. 34-43, outubro de 2002.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de Almeida. **Código Civil Comentado**. Vol XVIII. Azevedo, Álvaro Villaça (coord). São Paulo: Atlas, 2003.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Poder familiar em face das práticas médicas. **Revista do Advogado**: São Paulo, nº 76, p. 40-46, junho de 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- BOLZAN, Alejandro D. **Reprodução assistida e dignidade humana**. São Paulo: Paulinas, 1998.
- BORBA, Guilherme A. **Tratado de derecho civil II**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993.
- BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Saraiva, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e lívia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Senado. **Lei Federal nº 8.974 de 05 de janeiro de 1995**. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 11.nov.2006.
- CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003.
- COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. 10ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.
- CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIAS, MARIA BERENICE. (org.) **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: DelRey, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol, 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **O estado atual do biodireito**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 776, p. 60-84, junho de 2000.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. **Famílias monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. Vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.
- MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida aspectos éticos & jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 623, p. 27-30. setembro de 1987.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, André Luiz da Silva. **Biodireito: Reprodução humana ética**. 2001. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Metodista de Piracicaba.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Vol III. Campinas: Bookseller, 2001.
- _____. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol 34ª. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barboza. **O direito do nascituro à vida**. Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 340, p. 11-19, fevereiro de 2006.

- MORRIS, Amanda Zoe. **A intenção na determinação da parentalidade**. 2006. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo.
- OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. 5^a. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. **Direito Civil – alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Campinas: Russell, 2003.
- PEREIRA, Tânia da Silva (coord). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. Resolução CFM nº 1358/92. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 11.nov.2006.
- SALLES, Karen. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTR, 2002.
- TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo (coord.) **Direito Civil Direito Patrimonial Direito Existencial**. São Paulo: Método, 2006.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VENOSA, Silvio de Sávio. **Direito Civil**. Vol XI, 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXO A

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ
Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL
Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

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

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

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

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

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível

deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

ANEXO B

I Lei Nº 8.974, DE 5 DE JANEIRO DE 1995

Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Esta lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

Art. 2º As atividades e projetos, inclusive os de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e de produção industrial que envolvam OGM no território brasileiro, ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão tidas como responsáveis pela obediência aos preceitos desta lei e de sua regulamentação, bem como pelos eventuais efeitos ou conseqüências advindas de seu descumprimento.

§ 1º Para os fins desta lei consideram-se atividades e projetos no âmbito de entidades como sendo aqueles conduzidos em instalações próprias ou os desenvolvidos alhures sob a sua responsabilidade técnica ou científica.

§ 2º As atividades e projetos de que trata este artigo são vedados a pessoas físicas enquanto agentes autônomos independentes, mesmo que mantenham vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas.

§ 3º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos neste artigo, deverão certificar-se da idoneidade técnico-científica e da plena adesão dos entes financiados, patrocinados, conveniados ou contratados às normas e mecanismos de salvaguarda previstos nesta lei, para o que deverão exigir a apresentação do Certificado de Qualidade em Biossegurança de que trata o art. 6º, inciso XIX, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos advindos de seu descumprimento.

Art. 3º Para os efeitos desta lei, define-se:

I - organismo - toda entidade biológica capaz de reproduzir e/ou de

transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas;

II - ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN) - material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III - moléculas de ADN/ARN recombinante - aquelas manipuladas fora das células vivas, mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda, as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação. Consideram-se, ainda, os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV - Organismo Geneticamente Modificado (OGM) - organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

V - Engenharia genética - atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinante.

Parágrafo único. Não são considerados como OGM aqueles resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, tais como: fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

Art. 4º Esta lei não se aplica quando a modificação genética for obtida através das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador:

I - mutagênese;

II - formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal;

III - fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV - autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural.

Art. 5º (Vetado.)

Art. 6º (Vetado.)

Art. 7º Caberá, dentre outras atribuições, aos órgãos de fiscalização do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária e do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal, dentro do campo de suas competências, observado o parecer técnico conclusivo da CTNBio e os mecanismos estabelecidos na regulamentação desta lei:

I - (Vetado.)

II - a fiscalização e a monitorização de todas as atividades e projetos relacionados a OGM do Grupo II;

III - a emissão do registro de produtos contendo OGM ou derivados de OGM a serem comercializados para uso humano, animal ou em plantas, ou para a liberação no meio ambiente;

IV - a expedição de autorização para o funcionamento de laboratório, instituição ou empresa que desenvolverá atividades relacionadas a OGM;

V - a emissão de autorização para a entrada no País de qualquer produto contendo OGM ou derivado de OGM;

VI - manter cadastro de todas as instituições e profissionais que realizem atividades e projetos relacionados a OGM no território nacional;

VII - encaminhar à CTNBio, para emissão de parecer técnico, todos os processos relativos a projetos e atividades que envolvam OGM;

VIII - encaminhar para publicação no *Diário Oficial da União* resultado dos processos que lhe forem submetidos a julgamento, bem como a conclusão do parecer técnico;

IX - aplicar as penalidades de que trata esta lei nos arts. 11 e 12.

Art. 8º É vedado, nas atividades relacionadas a OGM:

I - qualquer manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta lei;

II - a manipulação genética de células germinais humanas;

III - a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

IV - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível;

V - a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

VI - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei.

§ 1º Os produtos contendo OGM, destinados à comercialização ou industrialização, provenientes de outros países, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente, levando-se em consideração pareceres técnicos de outros países, quando disponíveis.

§ 2º Os produtos contendo OGM, pertencentes ao Grupo II conforme definido no Anexo I desta lei, só poderão ser introduzidos no Brasil após o parecer prévio conclusivo da CTNBio e a autorização do órgão de fiscalização competente.

§ 3º (Vetado.)

Art. 9º Toda entidade que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética deverá criar uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), além de indicar um técnico principal responsável por cada projeto específico.

Art. 10. Compete à Comissão Interna de Biossegurança (CIBio) no âmbito de sua instituição:

I - manter informados os trabalhadores, qualquer pessoa e a coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre todas as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes;

II - estabelecer programas preventivos e de inspeção para garantir o funcionamento das instalações sob sua responsabilidade, dentro dos padrões e normas de biossegurança, definidos pela CTNBio na regulamentação desta lei;

III - encaminhar à CTNBio os documentos cuja relação será estabelecida na regulamentação desta lei, visando a sua análise e a autorização do órgão competente quando for o caso;

IV - manter registro do acompanhamento individual de cada atividade ou projeto em desenvolvimento envolvendo OGM;

V - notificar à CTNBio, às autoridades de Saúde Pública e às entidades de trabalhadores, o resultado de avaliações de risco a que estão submetidas as pessoas expostas, bem como qualquer acidente ou incidente que possa provocar a disseminação de agente biológico;

VI - investigar a ocorrência de acidentes e as enfermidades possivelmente relacionadas a OGM, notificando suas conclusões e providências à CTNBio.

Art. 11. Constitui infração, para os efeitos desta lei, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nela estabelecidos, com exceção dos §§ 1º e 2º e dos incisos de II a VI do art. 8º, ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes.

Art. 12. Fica a CTNBio autorizada a definir valores de multas a partir de

16.110,80 Ufir, a serem aplicadas pelos órgãos de fiscalização referidos no art. 7º, proporcionalmente ao dano direto ou indireto, nas seguintes infrações:

I - não obedecer às normas e aos padrões de biossegurança vigentes;

II - implementar projeto sem providenciar o prévio cadastramento da entidade dedicada à pesquisa e manipulação de OGM, e de seu responsável técnico, bem como da CTNBio;

III - liberar no meio ambiente qualquer OGM sem aguardar sua prévia aprovação, mediante publicação no *Diário Oficial da União*;

IV - operar os laboratórios que manipulam OGM sem observar as normas de biossegurança estabelecidas na regulamentação desta lei;

V - não investigar, ou fazê-lo de forma incompleta, os acidentes ocorridos no curso de pesquisas e projetos na área de engenharia genética, ou não enviar relatório respectivo à autoridade competente no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar da data de transcorrido o evento;

VI - implementar projeto sem manter registro de seu acompanhamento individual;

VII - deixar de notificar, ou fazê-lo de forma não imediata, à CTNBio e às autoridades da Saúde Pública, sobre acidente que possa provocar a disseminação de OGM;

VIII - não adotar os meios necessários à plena informação da CTNBio, das autoridades da Saúde Pública, da coletividade, e dos demais empregados da instituição ou empresa, sobre os riscos a que estão submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados, no caso de acidentes;

IX - qualquer manipulação genética de organismo vivo ou manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizados em desacordo com as normas previstas nesta lei e na sua regulamentação.

§ 1º No caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

§ 2º No caso de infração continuada, caracterizada pela permanência da ação ou omissão inicialmente punida, será a respectiva penalidade aplicada diariamente até cessar sua causa, sem prejuízo da autoridade competente, podendo paralisar a atividade imediatamente e/ou interditar o laboratório ou a instituição ou empresa responsável.

Art. 13. Constituem crimes:

I - a manipulação genética de células germinais humanas;

II - a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;

Pena - detenção de três meses a um ano.

§ 1º Se resultar em:

- a) incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;
- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;
- d) aceleração de parto;

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 2º Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho;
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
- d) deformidade permanente;
- e) aborto;

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 3º Se resultar em morte;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.

III - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.

IV - a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o princípio da responsabilidade e o princípio da prudência, e com aprovação prévia da CTNBio;

Pena - detenção de três meses a um ano;

V - a liberação ou o descarte no meio ambiente de OGM em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e constantes na regulamentação desta lei.

Pena - reclusão de um a três anos;

§ 1º Se resultar em:

- a) lesões corporais leves;

- b) perigo de vida;
- c) debilidade permanente de membro, sentido ou função;
- d) aceleração de parto;
- e) dano à propriedade alheia;
- f) dano ao meio ambiente;

Pena - reclusão de dois a cinco anos.

§ 2º Se resultar em:

- a) incapacidade permanente para o trabalho;
- b) enfermidade incurável;
- c) perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
- d) deformidade permanente;
- e) aborto;
- f) inutilização da propriedade alheia;
- g) dano grave ao meio ambiente;

Pena - reclusão de dois a oito anos;

§ 3º Se resultar em morte;

Pena - reclusão de seis a vinte anos.

§ 4º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no meio de OGM for culposo:

Pena - reclusão de um a dois anos.

§ 5º Se a liberação, o descarte no meio ambiente ou a introdução no País de OGM for culposa, a pena será aumentada de um terço se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão.

§ 6º O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento desta lei.

Art. 14. Sem obstar a aplicação das penas previstas nesta lei, é o autor obrigado, independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Disposições Gerais e Transitórias

Art. 15. Esta lei será regulamentada no prazo de 90 (noventa) dias a

contar da data de sua publicação.

Art. 16. As entidades que estiverem desenvolvendo atividades reguladas por esta lei na data de sua publicação, deverão adequar-se às suas disposições no prazo de cento e vinte dias, contados da publicação do decreto que a regulamentar, bem como apresentar relatório circunstanciado dos produtos existentes, pesquisas ou projetos em andamento envolvendo OGM.

Parágrafo único. Verificada a existência de riscos graves para a saúde do homem ou dos animais, para as plantas ou para o meio ambiente, a CTNBio determinará a paralisação imediata da atividade.

Art. 17. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 5 de janeiro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson Jobim

José Eduardo De Andrade Vieira

Paulo Renato Souza

Adib Jatene

José Israel Vargas

Gustavo Krause