

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO NÃO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL NA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

THE LIABILITY RESULTING FROM NOT EXERCISING A RESPONSIBLE PARENTHOOD IN THE USE OF HUMAN ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Carlos Alexandre Moraes *

Letícia Carla Baptista Rosa **

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao planejamento familiar no § 7º do seu art. 226, devendo esse ser exercido com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável. Posteriormente, a Lei n. 9.263/1996, regulamentou a realização deste direito com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. O exercício do direito à realização do projeto parental é um direito fundamental e também personalíssimo do sujeito, sendo que qualquer prática que o dificulte será uma afronta à dignidade da pessoa humana. No entanto, inúmeros conflitos e causas podem surgir quando essas técnicas são empregadas sem que se tenha em conta o exercício da parentalidade responsável e suas implicações. Na solução desses conflitos leva-se em consideração sempre o princípio da dignidade humana que como base angular de um Estado de Direito Democrático, devendo servir de vetor interpretativo em todas as condutas que visam limitar ou regulamentar o emprego dessas técnicas. Todavia, não se pode olvidar da possibilidade da responsabilidade civil se enquadrar aos pais não exercem a parentalidade de forma responsável, vindo a causar danos morais ou materiais aos filhos, ainda que na fase intrauterina, pois caracteriza-se em grave violação ao dever de cuidado, além de desrespeitar os direitos personalíssimos de seus filhos.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento familiar. Reprodução humana assistida. Parentalidade responsável. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The 1988's Federal Constitution established the right to family planning in its § 7º of art. 226, which must be exercised on the basis of the principles of human dignity and responsible parenting. After, the Law n. 9.263/1996, regulated the realization of this right with the use of assisted reproductive techniques. The exercise of the right of the parental project realization is a fundamental right and also is a highly personal of the subject, and any practice that hinders it becomes an affront to the human dignity. However, several conflicts and causes can arise when those techniques are employed without regard the exercise of responsible parenthood and its implications. In solving these conflicts whenever takes into consideration the principle of human dignity as a angular base of a democratic rule of law, which should serve as an interpretation vector in all behaviors that limit or regulate the use of

* Doutor em Ciências da Educação pela UPAP, Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar, Coordenador do Curso de Direito do UniCesumar; Advogado; Professor do UniCesumar – Centro Universitário Cesumar.

** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UniCesumar; Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina; Professora da Universidade Estadual de Maringá e da Faculdade Metropolitana de Maringá.

those techniques. However, cannot forget about the possibility of the civil responsibility resulting for those parents who doesn't exercise a responsibly parenting, causing moral or material damages to the children, even during intrauterine life, because it characterized a grave violation of the duty of care, besides disrespect the personal rights of their children.

KEY WORDS: Family planning. Human assisted reproduction. Responsible parenthood. Liability.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o livre direito ao planejamento familiar no § 7º do art. 226, que deverá ser fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

Já Lei nº. 9.263/1996 além de dispor o conceito de planejamento familiar, trouxe a possibilidade da realização do projeto parental por meio das técnicas de reprodução humana assistida. Contudo, não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer Lei que regule essas técnicas, apenas o Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 2.013/2013) que normatizou no âmbito administrativo.

Nesse sentido, a utilização dessas técnicas na realização do direito ao planejamento familiar que deve ser livremente exercido desde que, quem se utiliza delas esteja ciente do significado e consequências que a parentalidade responsável gera e, sobretudo, respeitando ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, nem sempre isso ocorre, resultando inúmeros conflitos jurídicos, como a manipulação genética não só no intuito de prevenir doenças, mas sim com fins eugênicos, a aplicação da técnica de redução embrionária, conflitos que podem envolver a gestação substitutiva, as consequências da inseminação *post mortem* privando a criança da convivência familiar do *de cujus*, a destinação dos embriões excedentários, dentre outras situações.

Diante do emprego dessas técnicas não se nega a responsabilidade dos pais perante esse ser em desenvolvimento, visto que, as consequências desta refletirá por toda a vida daquele, não somente como criança, mas também quando adolescente, jovem, adulto e idoso.

O princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser observado primariamente na solução dessas controversas, por ser um paradigma da ordem jurídica, bem como observar os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança.

Por isso, é que o planejamento familiar, além de ser um direito fundamental é também um direito personalíssimo do sujeito e qualquer prática que o dificulte poderá ser interpretada como uma afronta à dignidade da pessoa humana.

No entanto, esse direito, principalmente quando é realizado por meio das técnicas de reprodução humana assistida deverá observar a parentalidade responsável, sob pena de vir a responder por responsabilidade civil, visto o mal causado ser passível de reparação, mesmo que os responsáveis por esse sejam os pais do ser em desenvolvimento.

2 DO DIREITO À REALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL

O planejamento familiar está na Constituição Federal 1988 como um direito fundamental em seu § 7º do art. 226, sendo garantido a qualquer pessoa e devendo ser exercido com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

A Lei do Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/1996) regulamentou o planejamento familiar, considerando-o como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, não fazendo menção nenhuma à orientação sexual. Trata-se de um ato consciente de escolha entre ter ou não filhos, de acordo com seus planos e expectativas.¹

O projeto parental está atrelado ao direito de procriar e de formar uma família baseada no afeto e na realização de todos os entes familiares, considerando-se assim qualquer prática que o obstaculize um desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

Segundo a Lei do Planejamento Familiar esse direito deve necessariamente ser exercido de forma livre pelo casal, cabendo a este a decisão sobre o número de filhos, a forma de educação e, sobretudo, as formas de realização desse projeto parental, não cabendo ao Estado interferir no exercício deste.

Contudo, o Estado deve criar políticas públicas no sentido de orientar, educar, prevenir e conscientizar sobre como deve ser realizado o planejamento familiar, uma vez que este está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao exercício da parentalidade responsável.

Segundo Maria Helena Diniz o planejamento familiar é um direito reprodutivo, e como tal deve ser concedido a qualquer indivíduo.²

O direito de procriar faz parte da natureza humana e para alguns o desejo de ter filhos integra a busca da própria felicidade.³

¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.

² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140-143.

Frise-se, ainda, que o direito ao planejamento familiar é assegurado a qualquer cidadão, independentemente do seu estado civil, e não está vinculado à sexualidade do indivíduo.

Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴, em seu art. 16, dispõe que tanto homens quanto mulheres, desde que na idade adequada ao casamento, têm o direito de casar e constituir uma família, ou seja, realizar o projeto parental, não fazendo nenhuma observação quanto à sexualidade.

Portanto, o projeto parental está atrelado ao direito de procriar e de formar uma família baseada no afeto e na realização de todos os entes familiares.

Destarte, o planejamento familiar deve ser assegurado a qualquer casal, independentemente de qualquer distinção, devendo ser observado o exercício da parentalidade responsável associado aos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral da criança.

No Brasil, o direito ao planejamento familiar traz insito nele essa dupla feição, compreendendo o direito de procriar em âmbito negativo e positivo. No entanto, predomina as ações voltadas para a anticoncepção, pois as políticas e planos do governo são em regra voltadas para o aspecto negativo do planejamento familiar⁵.

Heloisa Helena Barboza adverte que a Constituição Federal assegurou a autonomia reprodutiva e o acesso às informações e meios para sua efetivação, integrando as ações de atendimento global e integral à saúde, que obriga ao SUS, em todos os níveis, garantindo um programa que inclua atividades básicas, como a assistência à concepção e contracepção e devendo ser direcionados para o exercício do planejamento familiar todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos, desde que, não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção⁶.

Nessa linha, Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que o planejamento familiar exige:

[...] por óbvio, prévia educação e informação às pessoas acerca das opções e mecanismos de controle da fecundidade. Há nítida conexão entre os aspectos políticos, econômicos, sociais e familiares no que tange o planejamento familiar. Com base na informação, no aconselhamento, no acompanhamento

³ SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais*: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005, p. 99-100.

⁴ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/onu/textos_onu/dudh.pdf. Acesso em: 22 abr. 2011.

⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 161.

⁶ Ibidem, p. 160-161.

da postura reprodutiva, é perfeitamente possível que as pessoas passem a assimilar a concepção de que cabe a elas, na sua privacidade, a possibilidade de livre decisão quanto ao número de filhos, espaçamento entre eles⁷.

Por meio do planejamento familiar, o Estado transferiu a responsabilidade de educar e profissionalizar o filho à família, mas também assume o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito⁸.

A Lei n. 9.263/1996 que regulamentou o planejamento familiar no Brasil, inovou quando direcionou as normas de planejamento familiar não somente ao casal, mas também ao homem e a mulher individualmente considerados, assegurando o exercício desse direito pela família monoparental no art. 3º⁹ e autorizando, no art. 9º, que, para o exercício daquele, serão oferecidos métodos de reprodução humana assistida¹⁰. Não fazendo qualquer referência quanto à orientação sexual das pessoas.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que, ao trazer o reconhecimento e a possibilidade de uso das técnicas de reprodução humana assistida para a realização do projeto parental, admite-se que a utilização desses recursos são inerentes aos direitos reprodutivos das pessoas.¹¹

No art. 3º da lei, há a menção de que “o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”, portanto, o que acarreta ao que está disposto o art. 196 da Constituição Federal¹² onde a saúde é direito de todos sem qualquer distinção, sendo dever

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 444.

⁸ REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008, p. 425.

⁹ Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção; (BRASIL. *Lei n. 9.623/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 12 set. 2013).

¹⁰ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. BRASIL. *Lei n. 9.623/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 12 set. 2013).

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 449.

¹² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2013).

do Estado garantir o seu acesso universal e promover ações de proteção e recuperação da mesma¹³.

Nesse sentido, Flávia Piovesan define direitos reprodutivos em sentido *lato* como “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde”¹⁴.

Maria Claudia Crespo Brauner adverte que ao se tratar de planejamento familiar, está implícita que todos os conjuntos de ações do Estado, como a regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização, dentre outros agem sobre as funções reprodutoras tanto do homem, quanto da mulher, assim, a lei é direcionada a ambos, individualmente considerados¹⁵.

Já o Código Civil tratou do planejamento familiar no § 2º do art. 1.565¹⁶ de maneira superficial dispondo ser um encargo assumido tanto do homem quanto da mulher quando da formação de uma família, sendo de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais para o adequado exercício deste direito, sendo vedado a coerção de qualquer instituição pública ou privada.

Logo, a ninguém é dado o direito de decidir o que deve ser deliberado pelo casal conjuntamente, trata-se de uma decisão personalíssima deles, vedando-se qualquer forma de coerção, seja de natureza pública ou privada¹⁷.

Complementando, Clayton Reis ainda adverte que esse direito ao planejamento familiar é:

[...] um direito personalíssimo dos consortes. Deve ser uma decisão coerente e consciente de duas pessoas – não é, nem poderá ser unilateral – “*O planejamento familiar é de livre decisão do casal...*” (art. 1.565, § 2º do CC). A liberdade e autonomia do casal, prescrita pelo texto do Código Civil é direito de personalidade, que são intransferíveis e irrenunciáveis, a teor do contido no artigo 12 do referido *códex*. Sendo direito pessoal, não poderá ser

¹³ Nesse mesmo sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 449; MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. *Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 142.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 168.

¹⁵ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

¹⁶ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL. *Código Civil brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 set. 2013.).

¹⁷ REIS, Clayton. op. cit., p. 431.

conspurado pela intervenção de terceiros, quem quer que seja, instituição privada ou pelo próprio Estado¹⁸.

Portanto, o ato da geração deverá ser uma decisão plural, e também há de vir inspirado nos ideais de fraternidade, solidariedade, amor e também responsabilidade¹⁹.

Viviane Girardi afirma que, o direito subjetivo da paternidade encontra-se no âmbito dos direitos da personalidade da pessoa humana, estendendo-se ao direito de família, em virtude de decorrer de um desejo pessoal da personalidade da pessoa, no entanto, realiza-se e é efetivado na medida em que realiza os interesses do filho²⁰.

Ainda a mesma autora elucida que:

[...] da interpretação sistematizada dos §§ 4º e 7º com o *caput* do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, entende-se ser possível a defesa da existência de um direito de personalidade ligado à noção de um interesse juridicamente tutelado à paternidade que tem raiz de direito subjetivo essencial, porque atrelado ao conceito particular de felicidade, compreendido e derivado do princípio maior de dignidade da pessoa humana²¹.

Portanto, além de ser um direito fundamental, trata-se também de um direito personalíssimo do sujeito e qualquer prática que o dificulte será uma afronta à dignidade humana e conseqüentemente à Constituição Federal brasileira.

3 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA FRENTE À PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

A evolução das técnicas de produção assistida a partir do século XX trouxe à tona diversas discussões jurídicas, bem como a possibilidade não só de realização do projeto parental por casais com problemas de fecundidade, mas também por casais homoafetivos ou pessoas solteiras.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 silenciou ao tratar do planejamento familiar quanto à utilização de técnicas de reprodução assistida na realização do projeto parental, mas é evidente que, se há a garantia da formação de uma família por métodos naturais, deve-se reconhecer o direito daqueles que optem por procriar utilizando-se dessas técnicas.

¹⁸ REIS, Clayton. op. cit., p. 427.

¹⁹ Ibidem, p. 428.

²⁰ GIRARDI, Viviane. *Família contemporânea, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94.

²¹ GIRARDI, Viviane. op. cit., p. 92.

Já a Lei n. 9.263/2006 autorizou, em seu art. 9º, que, para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos de reprodução assistida. Enquanto que o Código Civil apenas tratou do tema no art. 1.597, para disciplinar a presunção de paternidade.

As técnicas de reprodução humana assistida foram permitidas aos casais com problemas de esterilidade ou fertilidade, aos casais homoafetivos ou às pessoas solteiras, conforme a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

Essas técnicas permitem a fecundação humana, por meio da manipulação de gametas e embriões, com o objetivo de propiciar o nascimento de um novo ser.²²

Não obstante, das técnicas disponíveis utilizadas na realização do projeto parental, as de maior destaque são o diagnóstico genético pré-implantatório, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a maternidade substitutiva e a inseminação *post mortem*.

Assim, a inseminação é obtida sem que haja um relacionamento sexual, por meio de recursos mecânicos, com a introdução do sêmen no útero feminino. Podendo ser homóloga, quando o material genético utilizado é do casal, ou seja, pertence ao homem e à mulher que vivem em união estável ou casados, ou heteróloga, que é aquela realizada com o material genético de um terceiro, alheio ao relacionamento do casal.²³

Enquanto que, a fertilização *in vitro* trata-se do método em que a fertilização é realizada em laboratório e ocorre após a transferência do embrião ao útero materno. Deverá ser utilizada quando se houver esgotado o emprego das outras técnicas, porque é mais invasiva que as demais.²⁴

O emprego de reprodução assistida na realização do projeto parental é tema polêmico, pois interfere diretamente no processo natural da pessoa, desafiando o legislador a reformular conceitos jurídicos já existentes.²⁵

Hodiernamente, apesar de inúmeros projetos de lei que se referem a essas técnicas estarem em trâmite no Congresso Nacional, não existe nenhuma lei que regule o seu emprego, sendo a única normatização emitida pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013, que dispõe acerca das normas éticas na utilização destas.²⁶

²² SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 110.

²³ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 54.

²⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *op. cit.*, p. 111.

²⁵ ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.

²⁶ *Ibidem*.

Por essa Resolução essas técnicas podem ser utilizadas desde que haja efetiva probabilidade de sucesso, não trazendo risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, observando para essas mulheres a idade máxima de 50 anos para a gestação oriunda de reprodução assistida.²⁷

Com a finalidade de resguardar saúde da mulher que se submete a essas técnicas o Conselho Federal de Medicina também limita o número de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora que não poderá ser superior a quatro, variando de acordo com a idade da mulher.²⁸

Não obstante, deverá existir o consentimento informado para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida, devendo também o médico trazer todas as informações detalhadamente das circunstâncias abrangidas, atingindo dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.²⁹

Ressalte-se que apesar de serem proibidas pela resolução as práticas de eugenia, de redução embrionária ou de sexagem, comumente se ouve notícias acerca da realização dessas hipóteses visto que não há uma lei que regulamente tais circunstâncias, o que contraria a dignidade da pessoa humana.³⁰

Com relação aos embriões excedentes a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu que os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se essa for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

²⁷ **“I - PRINCÍPIOS GERAIS**

(...) 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos”. (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013).

²⁸ **“I - PRINCÍPIOS GERAIS**

(...)6 – O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos”. (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013).

²⁹ “3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.” (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013).

³⁰ “4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.” (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013).

Já o diagnóstico genético pré-implantatório é autorizado pela Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, desde que seja detectado doenças hereditárias no casal, impedindo assim a transmissão dessas para o filho e em caso de seleção de tipagem do sistema HLA do embrião para seleção de HLA compatíveis com um filho do casal afetado por alguma doença cujo o tratamento efetivo por meio do transplante de células-tronco ou órgão.

Assim, não poderá ter outro fim que não o de impedir doenças hereditárias e a possibilidade do bebê medicamento, ou seja, apenas para fins terapêuticos, jamais eugênicos fundamentados em valores racistas, sexistas, étnicos, dentre outros.

Por outro lado, Tiago Figo Freitas adverte que nem sempre este procedimento é utilizado de forma lícita, ou seja, com o intuito de identificar os riscos para a saúde da mulher grávida ou a normalidade da criança que está por vir.³¹

A maternidade substitutiva está autorizada pela Resolução n. 2.013/2013, devendo ser utilizada sempre que a mulher tiver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de ser um casal homoafetivo.³²

Ressalte-se que, as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos cônjuges ou companheiros, com parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; 8 segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima) e com a idade de no máximo 50 anos. Frise-se que não deverá ter fim lucrativo e a resolução inovou quando trouxe a garantia do registro civil da criança pelos pais genéticos, com a documentação a ser providenciada durante a gravidez e também, a exigência de que se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá necessariamente apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.³³

No que diz respeito a redução embrionária, a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina proíbe os profissionais da saúde de realizarem tal procedimento.

Considera-se redução embrionário em uma prática invasiva realizada no final do primeiro trimestre, em que se faz uma punção do tórax do feto com a infusão de cloreto de potássio, resultando na parada cardíaca deste.³⁴

³¹ FIGO FREITAS, Tiago. A responsabilidade penal pelo diagnóstico pré-natal. *Lex Medicinale Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra – Centro de Direito Biomédico, ano 7, n. 13, p. 141-163, 2010, p. 142-143.

³² BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013.

³³ Ibidem.

³⁴ FARIA, Marcos; PETTERSEN, Heverton. Gestação Múltipla. In: DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario et. al. (ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010, p. 374.

Verifica-se assim, um relativismo ético, em decorrência de que as práticas de congelamento, de redução embrionária, bem como as pesquisas com embriões, apesar de terem como resultado a destruição destes, não são penalizadas. Desta forma, faz-se necessário a regulamentação de tal prática somente para casos extremos, pois a redução indiscriminada atenta quanto à vida dos fetos.³⁵

Por fim, a inseminação *post mortem* é aquela realizada após a morte de um dos genitores, sendo um procedimento permitido pela Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, desde que haja autorização prévia e específica do(a) falecido(a) para a utilização do material biológico criopreservado, e observe a legislação vigente.³⁶

No entanto, trata-se de uma técnica que pode gerar inúmeros conflitos na área jurídica, porque atinge os direitos personalíssimos dos embriões envolvidos, em decorrência das conseqüências pessoais e patrimoniais a que ficam submetidos.³⁷

Assim, a mulher precisará do consentimento do esposo ou do companheiro, tanto na reprodução assistida homóloga quanto na heteróloga para realizar tal procedimento.³⁸

O inciso III do art. 1.597 do Código Civil dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido ou companheiro.

Para Sílvio de Salvo Venosa, o Código Civil é omissivo, pois “não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.”³⁹

Portanto, quando a inseminação for realizada sem o consentimento expresso do marido ou do companheiro, deve ser reconhecido apenas o vínculo de filiação, não gerando direitos de ordem patrimonial, como os direitos sucessórios.⁴⁰

³⁵ Nesse sentido: CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e da ética da vida. *Revista brasileira de direito animal*. v. 12, n. 8, p. 181-199, 2013, p. 192; ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do status jurídico do embrião crioconservado e do princípio da dignidade da pessoa humana frente a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (org.). *Biodireito*. Florianópolis : FUNJAB, 2012.

³⁶ BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013.

³⁷ ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.

³⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER, Cristiane Gehlen. Da vulnerabilidade do embrião emergente da reprodução humana assistida. In: SANCHES, Mário Antonio; GUBERT, Ida Cristina (org.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Champagnat, 2012, p. 66.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 6, p. 256.

⁴⁰ Nesse sentido, DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

No entanto, tal posicionamento deve ser rechaçado, porque com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos, os nascidos por reprodução assistida tem o direito à filiação e à sucessão, como os demais filhos.

A vulnerabilidade do embrião frente a inseminação *post mortem*, deve ser avaliada pois o direito à filiação, ao convívio familiar, e a dignidade do ser em desenvolvimento deve preponderar sob o direito de procriar.

Logo, na inseminação *post mortem* é necessário uma lei no sentido de fixar lapso temporal para a transferência desses embriões após a morte, pois enquanto isso não ocorre o direito sucessório desse embrião está condicionado ao nascimento até dois anos da abertura da sucessão, enquanto que o direito a herança, no prazo de 10 anos por meio da ação de petição de herança.

Pode-se afirmar que diante da utilização de todas essas técnicas apresentadas acima, as soluções para tais conflitos geram muitas controvérsias entre os doutrinadores, porque não há uma legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema. Apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/2013 que disciplina a matéria com normas de ordem administrativa, sancionando apenas os profissionais da área da saúde. Há também a Lei de Biossegurança, contudo só tratou da destinação dos embriões excedentários, do lapso temporal de criopreservação e da proibição da clonagem humana.

Conclui-se que o exercício da parentalidade responsável é imprescindível quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida para que não cause qualquer consequência que possa ser maléfica em decorrência do uso dessas à criança que está a ser gerada.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO NÃO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL NA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Diante de todo o exposto, entende-se que o planejamento familiar consiste no direito garantido pela atual Constituição Federal no § 7º do art. 226 ao casal ou a qualquer pessoa, que deve ser exercido com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.⁴¹

⁴¹ Sobre o assunto vide: ROSA, Letícia Carla Baptista. *Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental*. Dissertação (Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013.

Já a parentalidade responsável é um princípio constitucional assegurado no § 7º do art. 227 da Constituição Federal⁴², nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³, e no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil.⁴⁴

Pode-se então, conceituar a parentalidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual e sexual aos filhos.⁴⁵

Logo, a postura constitucional demonstra que o caráter do livre planejamento familiar estimula a parentalidade responsável, pois exige que o casal ou a pessoa esteja consciente do ato de planejar a família, implicando necessariamente em recursos de natureza física, social e econômica, portanto, trazendo aos consortes uma responsabilidade social.⁴⁶

Thiago José Pereira Pires afirma que, o princípio da parentalidade responsável se relaciona ao fato de que a responsabilidade com esta criança começa na concepção, estendendo-se até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, efetivando-se desta forma, a garantia fundamental prevista no art. 227 da Constituição Federal atual.⁴⁷

É por isso que esse princípio deve ser observado juntamente com o princípio da dignidade humana, afinal essa responsabilidade deverá ser ressalvada tanto na formação,

⁴² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2013).

⁴³ Lei 8.069/1990:

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 set. 2013).

⁴⁴ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[..]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos; (BRASIL. *Código Civil brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 set. 2013).

⁴⁵ ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.

⁴⁶ REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008. p. 423.

⁴⁷ PIRES, Thiago José Teixeira. *Princípio da Paternidade Responsável*. [2001?]. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha>. Acesso em 02 set. 2007.

quanto na manutenção da família, e traduzida na busca de um ambiente propício para que seus membros possam se desenvolver saudavelmente e se realizar enquanto pessoa.⁴⁸

Ressalta-se que, busca-se também o alcance da parentalidade responsável por uma ótica do cuidado, que caracteriza-se ontologicamente e em sua concepção filosófica como a existência do próprio homem, constituindo assim um dos valores jurídicos que legitima o estabelecimento de direitos e deveres inerentes às relações de natureza familiar.⁴⁹

Para se falar em responsabilidade civil deve-se remontar ao princípio de direito segundo o qual *non nemine laedere*, onde ninguém possui o direito de lesar outrem, sob pena de ter o dever de ressarcir o prejuízo causado.⁵⁰

Tem-se que responsabilidade, em sentido gramatical significa “obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de outrem”⁵¹, ou, “res.pon.sa.bi.li.da.de s.f (responsável + i + dade) 1. Qualidade de responsável. 2. Dir Dever jurídico de responder pelos próprios atos e os de outrem, sempre que estes atos violem os direitos de terceiros, protegidos por lei, e de reparar os danos causados [...]”.⁵²

Não obstante, para uma acepção jurídica da palavra verifica-se que:

1 – Passividade, à sanção penal ou civil, da pessoa que, com dolo ou culpa, viola a regra social obrigatória. 2 – Dever jurídico, imposto a cada um, de responder por ação ou omissão imputável, que importem na lesão do direito de outrem, protegido pela lei [...].⁵³

Logo, quando uma conduta que decorre de um ato unilateral constitui-se em uma violação a um dever moral e jurídico, produzindo no sujeito passivo um prejuízo, surge o dever de indenizar. Destarte, a responsabilidade civil representa sempre o dever de computar ao outro o dano que lhe foi causado.⁵⁴

Segundo o ensinamento de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por

⁴⁸ ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit.

⁴⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

⁵⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002, p. 21.

⁵¹ BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua português*. 5. ed. São Paulo: Lisa, 1991. p. 587.

⁵² MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 1.829.

⁵³ NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1994. p. 750.

⁵⁴ ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997, p. 71-73.

ela praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁵⁵

Diante às várias teorias apresentadas, pode-se conceituar a responsabilidade civil como a obrigação legal que uma pessoa tem de reparar o dano causado ilicitamente a outrem.⁵⁶

Define-se a responsabilidade civil contratual como aquela que decorre de um negócio jurídico; ou extracontratual quando o ato ou a omissão de uma pessoa extrapola a conduta normal do homem diligente, lesando o direito de outrem.⁵⁷

É necessária a verificação de quatro elementos para a configuração da responsabilidade civil: a prática de um ato ilícito, a existência ou não de culpa, o nexo causal, e, por fim, a comprovação do dano.⁵⁸

Para Jorge Bustamante Alsina, o conceito de ilicitude é toda conduta antijurídica, ou seja, qualquer ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade⁵⁹.

Para Ruy Stoco, “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”.⁶⁰ Portanto, a conduta humana é elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil. Porém, não é a única conduta, pois os danos causados por animais são de responsabilidade de seus donos ou da pessoa que detém a guarda.⁶¹

Pelo Código Civil brasileiro em seu art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Portanto, uma vez praticado o ato ilícito, deve-se analisar se a ação ou omissão do agente foi resultado de uma vontade livre e consciente (dolo) ou se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (culpa).⁶²

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7. p. 34.

⁵⁶ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 56.

⁵⁸ Nesse mesmo sentido: SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25; MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵⁹ ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997 p. 74.

⁶⁰ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

⁶¹ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁶² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002, p. 25.

Geralmente, a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, depende da verificação da culpa ou dolo do agente. Contudo, excepcionalmente, a responsabilidade pode ser aferida objetivamente, isto é, independentemente de culpa. Isto se aplica nas hipóteses definidas em lei, como no art. 927, § do Código Civil, e art. 12, 14, 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).⁶³

Destarte, o nexo de causalidade ou a relação causal é, por sua vez, um elemento material da responsabilidade civil, porque constitui o vínculo externo entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela pessoa. De acordo com a teoria da causalidade adequada, apenas será causa de um evento danoso se for possível prever que determinada conduta produzirá tal resultado, ou seja, deve haver uma relação de adequação entre a causa e a consequência⁶⁴.

Por fim, para que haja a responsabilização civil é necessário que ocorra um dano, ou seja, a ação ou omissão do agente deve ocasionar uma lesão sobre o patrimônio moral ou material da vítima⁶⁵.

Atualmente o afeto passou a ser além de fundador e justificador de uma entidade familiar, também o alicerce para nortear as relações familiares, ou seja, trata-se de um princípio com valor jurídico que irá direcionar as relações jurídicas do direito e família.

Desde que a pessoa passou a ser o centro da tutela estatal, com a despatrimonialização do direito civil, passou-se a uma valorização da família como um lugar de afeto, privilegiado, onde a cumplicidade e a solidariedade contribuem para o crescimento pessoal de cada um de seus membros.

Nesse sentido preleciona Maria Berenice Dias:

Cada vez mais se valoriza as funções afetivas da família. Basta atentar a toda uma nova terminologia: filiação socioafetiva, dano afetivo etc. E, na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre os seus membros a família se transforma. Foi o afeto e o princípio da afetividade que trazem legitimidade a todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações da família são legítimas.⁶⁶

⁶³ ROSA, Letícia Carla Baptista; MOCHI, Tatiana Giovanini de Freitas. Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Org.). *Direito de família*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 150-177.

⁶⁴ GESUALDI, Dora M. *Responsabilidad civil: factores objetivos de atribución e relación de causalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 72-76.

⁶⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 93.

Sendo que, o que une a família não é um afeto qualquer, se assim fosse, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio, e o conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade.⁶⁷

O afeto familiar frise-se, é aquele que une intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. Sendo reconhecido como princípio, mas sua força é ainda maior do que se fosse positivado, pois são os princípios que traz a correta interpretação da norma jurídica, são a bússola que conduz o legislador e o intérprete da norma.⁶⁸

Dada essa importância do afeto como elemento formador das relações familiares, recentemente tem sido visto na jurisprudência pátria decisões com relação ao abandono afetivo, ou seja, a intervenção do Poder Judiciário na garantia do dever de cuidado paterno para com o filho, sob pena daquele ter que indenizar civilmente esse.

Ainda diverge a doutrina acerca da possibilidade de aplicação das normas de responsabilidade civil e consequentemente do surgimento do dever de indenizar dentro das relações familiares.

Nota-se claramente a inclinação da jurisprudência em aplicar o art. 5º, V e X da Constituição Federal concomitante com os arts. 186 e 927 do Código Civil que tratam do dano moral às relações familiares.

Acrescenta-se que o novo enfoque constitucional dado à família valorizou o vínculo de afeto e solidariedade entre seus membros, exigindo deles responsabilidades quando da prática de atos que causam dano em detrimento aos outros.⁶⁹

Portanto, a lesão produzida por um membro da família a outro, independente da sua fase de desenvolvimento é maior do que se fosse provocada por um estranho, visto que há uma situação privilegiada daquele frente a este, fundamentando assim, a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil, visto a falta de um dispositivo específico acerca do tema.⁷⁰

Segundo Beatriz R. Bísaro, quando um membro da família lesiona o direito de outro, isto demonstra que a harmonia não existe, e a negação da reparação civil nestes casos estimularia a reiteração da lesão, acelerando o processo de desintegração familiar⁷¹.

⁶⁷ BARROS, Sérgio Rezende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, 2000, p. 8.

⁶⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: CONPEDI. (org.). XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

⁶⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁷⁰ Ibidem, p. 69.

⁷¹ BÍSCARO, Beatriz R. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. In: GHERSI, Carlos (Coord.). *Derecho de Daños: economía, mercado, derechos personalísimos*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1999, p. 436.

Se a responsabilidade civil deve ser aplicada nas relações familiares, a prática de um ato ilícito neste contexto também pode acarretar a reparação por danos morais, como ensina Arnaldo Marmitt:

No Direito de Família abundam os valores imateriais indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais permanece oculta aos olhos dos outros. Com frequência exsurtem lesões graves dessa área do Direito. São os prejuízos morais resultantes de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica, destruídas pelo parente, pelo esposo ou convivente. O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.⁷²

O princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto e o dever de solidariedade devem prevalecer em qualquer entidade familiar. A partir do momento em que tais princípios não forem respeitados, assim como o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se responsabilizar os entes familiares que praticam condutas incompatíveis com os princípios acima referidos⁷³.

Quando os pais violam os direitos assegurados aos seus filhos, independente de sua fase de desenvolvimento, em tratados e convenções internacionais e no ordenamento jurídico pátrio, não exercendo, portanto, a parentalidade de forma responsável, devem ser responsabilizados pelos danos morais e materiais causados a essas crianças, independente de sua fase de desenvolvimento.

Nesse sentido Clayton Reis ressalta:

As ofensas à dignidade do nascituro, não importando a sua condição, assinalam sob nossa ótica, uma das mais graves ofensas perpetradas contra quem merece especial proteção da ordem jurídica, particularmente, dos próprios seres humanos, já que não poderemos jamais esquecer, que a nossa própria existência se iniciou através desse processo de desenvolvimento.⁷⁴

Ressalta-se ainda, o exemplo de uma mulher que faz uso de substâncias tóxicas durante a gestação, como álcool, nicotina, crack, maconha, etc⁷⁵. Trata-se de um ato de

⁷² MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 113.

⁷³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit.

⁷⁴ REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORREA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 41.

⁷⁵ De acordo com pesquisa relacionada por Arianne Vilanova Almeida Gaio e Carlyle Popp, a utilização de tabaco durante o período gestacional está relacionada a uma série de complicações, destacando-se o abortamento, malformações fetais (cardíacas e pulmonares), prematuridade, restrição de crescimento intrauterino e recém-nascidos de baixo peso. (Análise da responsabilidade civil da gestante tabagista em

negligência que poderá implicar em sérios danos para o nascituro. Durante o período gestacional, não é possível outorgar ao conceito danos morais, em decorrência de que não possui capacidade patrimonial, mas nada impede que o juiz determine, por exemplo, o recolhimento obrigatório da mãe em uma clínica de desintoxicação⁷⁶.

Também o abandono durante a gestação pode ensejar a indenização por danos morais ou materiais visto que, este abandono material e emocional da mãe em um momento tão importante, a gestação, traz a ela sentimentos de tristeza, frustração, irritação, insegurança, humilhação e abandono o que causa sérios reflexos no nascituro que tem invadido e lesionado seu patrimônio moral⁷⁷. A família não pode ser vista como um instrumento alheio ao Estado de Direito, local onde suspender-se-á as garantias individuais, motivo que dá o reconhecimento à aplicação de normas gerais da responsabilidade civil de um membro familiar.⁷⁸

Nesse sentido, a Ministra Nancy Andriighi afirma que “[...] deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares”.⁷⁹

Discute-se nas decisões pátrias que não basta ser pai ou mãe, ou ainda prestar alimentos, pois o sustento é apenas uma das atribuições da paternidade, pois é necessário que no exercício da parentalidade haja uma amplitude maior, como o sustento, a guarda e a educação⁸⁰, ou seja, deve-se ter um dever de cuidado.

A ministra Nancy Andriighi destaca que “é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*”.⁸¹ E, sobretudo, negar a reparação de danos materiais ou morais causados por um membro da família ao outro, estar-se-ia estimulando a reiteração dessa conduta e alimentando a desintegração familiar.⁸²

relação ao conceito. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 20, 2011, Vitória. Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011).

⁷⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 371.

⁷⁷ DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 88.

⁷⁸ CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit., p. 70.

⁷⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andriighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁸⁰ ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 108.

⁸¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andriighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.

⁸² CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit., p. 70.

Destarte, quando os pais não exercem a parentalidade de forma responsável, causando danos morais ou materiais aos filhos, ainda que na fase intrauterina, praticam um ato ilícito, em decorrência de que violaram um dever de cuidado, além de desrespeitar os direitos personalíssimos de seus filhos. Logo, devem ser responsabilizados civilmente pelas ações ou omissões que deram causa.

6 CONCLUSÃO

O planejamento familiar é de livre decisão do casal e deve ser fundado nos princípios da dignidade humana e da parentalidade responsável.

A atual Constituição Federal e a Lei n. 9.263/1996 que passaram a regulamentar o planejamento familiar, devendo ser um direito acessível a qualquer cidadão, pois trata-se de um direito fundamental e personalíssimo do sujeito.

Ressalta-se que o planejamento familiar de origem governamental não poderá ser coercitivo e visar a natureza promocional, devendo o Estado orientar por meio de políticas públicas a prevenção, educação e conscientização por meio de informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

O princípio da parentalidade responsável consiste na responsabilidade de dar assistência material, moral e intelectual, espiritual e sexual à sua prole, deve ser exercida conscientemente de suas implicações pelos genitores ou aqueles que decidam por realizar o projeto parental.

A Lei n. 9.263/1996 prevê a possibilidade das técnicas de reprodução humana assistida serem utilizadas na realização do projeto parental, contudo adverte-se que a responsabilidade parental está aqui inserida visando a garantia dos direitos fundamentais do ser em desenvolvimento.

Apesar de o emprego delas primariamente ter sido indicada no tratamento a infertilidade, é comum hoje pessoas optarem pelas técnicas de reprodução humana assistida, sendo que o próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013 autorizou seu uso por casais homoafetivos ou por pessoas solteiras.

Também verifica-se que a reprodução humana assistida potencializa a vulnerabilidade do embrião quando o coloca frente a determinados procedimentos que podem provocar sua destruição ou um dano irreversível ao seu normal desenvolvimento, trazendo consequências a sua infância, adolescência e quando adulto.

O diagnóstico genético pré-implantacional é um procedimento admitido pelo Conselho Federal de Medicina, importante para casais que apresentem patologias congênitas, entretanto deve ser limitado no sentido somente de tratar ou prevenir uma doença hereditária, para que não incorra em práticas eugênicas. E, também poderá ser realizado para seleção de tipagem do sistema HLA do embrião para seleção de HLA compatíveis com um filho do casal afetado por alguma doença cujo o tratamento efetivo por meio do transplante de células-tronco ou órgão.

Já a redução embrionária, consiste no procedimento destinado a reduzir o número de fetos nas gestações multifetais, diminuindo as complicações associadas a elas. No Brasil não é permitido pelo Conselho Federal de Medicina, fere diretamente a dignidade e o direito à vida desse embrião, mas vem sendo aplicada sem controle, não passando de uma prática velada de aborto.

A maternidade substitutiva é permitida pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013, regulamentando que fosse realizada quando a mulher tiver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de ser um casal homoafetivo.

Não obstante, a resolução ainda limita o uso da técnica determinando que as doadoras temporárias do útero sejam da mesma família de um dos cônjuges ou companheiros, com parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; 8 segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima) e com a idade de no máximo 50 anos. Frise-se ainda que, deverá ser utilizada com o lucrativo.

A Resolução regulamentou sobre a possibilidade de realização inseminação *post mortem*, dispondo que a mulher casada ou em união estável poderia realizá-la, sendo necessário a aprovação do cônjuge ou companheiro para a utilização dessas técnicas e estabelecendo que 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.

O problema referente a esse tema é que retira da criança o direito de conviver com os dois genitores, há que ser considerado o direito indisponível da criança de ter uma família e a convivência com os mesmos. Portanto, a reprodução assistida só deve ser utilizada como último recurso para realização do projeto parental e não como forma alternativa de reprodução.

Urge ainda, que a legislação regule a questão dos embriões excedentários, visto que, a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu que os

embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se essa for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança havia regulamentado.

Na verdade a melhor saída seria que fosse proibido a produção em número excedente, sendo implantado somente o que foi produzido, essa seria a melhor saída e a que mais observaria a dignidade humana desses embriões.

Deve-se em todo litígio que envolva a reprodução assistida e a proteção do ser em desenvolvimento observar como paradigma norteador de todo procedimento a dignidade da pessoa humana, juntamente com os princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse do menor.

Por fim, quando os pais não exercem a parentalidade de forma responsável, causando danos morais ou materiais aos filhos, ainda que na fase intrauterina, praticam um ato ilícito, em decorrência de que violaram um dever de cuidado, além de desrespeitar os direitos personalíssimos de seus filhos e, portanto, devem ser responsabilizados civilmente pelas ações ou omissões que deram causa.

REFERÊNCIAS

ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROS, Sérgio Rezende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, 2000.

BÍSCARO, Beatriz R. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. In: GHERSI, Carlos (Coord.). *Derecho de Daños: economía, mercado, derechos personalísimos*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1999.

BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013.

_____. *Lei n. 9.623/1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. *Código Civil brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua português*. 5. ed. São Paulo: Lisa, 1991.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.

_____; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: CONPEDI. (org.). XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

_____; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e da ética da vida. *Revista brasileira de direito animal*. v. 12, n. 8, p. 181-199, 2013.

_____; WINCKLER, Cristiane Gehlen. Da vulnerabilidade do embrião emergente da reprodução humana assistida. In: SANCHES, Mário Antonio;

GUBERT, Ida Cristina (org.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Champagnat, 2012.

DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/onu/textos_onu/dudh.pdf. Acesso em: 22 abr. 2011.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

_____. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGO FREITAS, Tiago. A responsabilidade penal pelo diagnóstico pré-natal. *Lex Medicinale Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra – Centro de Direito Biomédico, ano 7, n. 13, p. 141-163, 2010.

GAIO, Arianne Vilanova Almeida; POPP, Carlyle. Análise da responsabilidade civil da gestante tabagista em relação ao conceito. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 20, 2011, Vitória. Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GESUALDI, Dora M. *Responsabilidad civil: factores objetivos de atribución e relación de causalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

GIRARDI, Viviane. *Família contemporânea, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARIA, Marcos; PETTERSEN, Heverton. Gestação Múltipla. In: DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario et. al. (ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. *Homoparentalidade: direito   adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIRES, Thiago José Teixeira. *Princípio da Paternidade Responsável*. [2001?]. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha>. Acesso em 02 set. 2007.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORREA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSA, Letícia Carla Baptista. *Da vulnerabilidade da criança oriunda da reprodução humana assistida quando da realização do projeto homoparental*. Dissertação (Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013.

_____; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do status jurídico do embrião crioconservado e do princípio da dignidade da pessoa humana frente a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (org.). *Biodireito*. Florianópolis : FUNJAB, 2012.

_____; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.

_____; MOCHI, Tatiana Giovanini de Freitas. Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Org.). *Direito de família*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 6.