XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

NARA SUZANA STAINR

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Dirceu Pereira Siqueira; Nara Suzana Stainr Pires; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-700-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

Integram esta publicação pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucessões I, durante o XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Porto Alegre/RS, de 14 a 16 de novembro de 2018, com o tema “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

Todos os artigos são provenientes de pesquisa desenvolvida em diversos Programas de Pós-graduação em Direto do Brasil e abordaram temas atuais, discutidos com frequência nos tribunais brasileiros e que são considerados relevantes para toda a sociedade científica que vem estudando o direito de família e sucessões. Nessa perspectiva e, dentre as questões discutidas, encontramos o estudo da questão da homoafetividade, filiação socioafetiva, multiparentalidade, infância e juventude,conceito moderno de família, sucessão de cônjuges e companheiros, adoção e poliafetividade, dentre outras temáticas.

O trabalho "Responsabilidade civil dos pais por danos causados aos filhos oriundos da reprodução humana assistida" de autoria de Carlos Alexandre Moraes e Dirceu Pereira Siqueira tem a interessante proposta de discutir a possibilidade de responsabilidade por má conduta dos pais até mesmo antes da concepção do filho nascido por meio dessas novas tecnologias.

Dando sequência, o artigo "A vulnerabilidade da criança, adolescente, jovem e idoso e o dever de cuidado do Estado: as relações de consumo realizadas pela internet e sua relação com a sociedade da informação" escrito por Flavia Alves De Jesus Ferreira e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, aborda a questão da vulnerabilidade de menores, jovens e idosos, tendo como ponto principal as relações de consumo ocorridas na sociedade informatizada em que vivemos atualmente.

Nara Suzana Stainr Pires e Taise Rabelo Dutra Trentin brilhantemente tratam das "Novas formas de família e sua interpretação da realidade social: a parentalidade socioafetiva". O artigo oferece uma visão sobre o princípio da afetividade no direito de família atual e utiliza como foco principal a multiparentalidade abordando, inclusive, a jurisprudência sobre o tema.

Posteriormente, tratando ainda da filiação socioafetiva com o artigo "A filiação socioafetiva e suas implicações às dinâmicas os dias atuais no Brasil", Gabriela Pimentel Pessoa e Angélica Mota Cabral analisam o Provimento CNJ 63/2017 e as implicações para as famílias multiparentais paralelas. A questão central do artigo encontra-se na multiparentaldade.

Em artigo sobre o "Acesso à informação no direito de família", Michele Martins da Silva e Maria Cristina Cereser Pezzella tratam da liberdade de um casal para planejar a sua relação familiar e de que forma o acesso à informação pode influenciar na autonomia da vontade. Tema bastante interessante e que leva como elemento central a sociedade da informação.

O artigo "Adoção como caminho da afetividade: análise da Lei 12.010/2009 e suas alterações", de Thandra Pessoa de Sena e Anderson Lincoln Vital Da Silva, preocupa-se, em especial, com a importância da manutenção dos laços de afetividade e respeito à cultura do adotando, como por exemplo, da criança indígena ou quilombola, ressaltando ainda, as principais alterações trazidas ao processo de adoção pela lei de 2009.

Por outro lado, Gleisson Roger de Paula Coêlho com o artigo intitulado "Adoção ilegal ou clandestina: uma análise jurisprudencial" ressalta a importância da regulamentação da adoção no Brasil para afastar os casos das conhecidas "adoções à brasileira", tratando também de questões como o cadastro de adotantes e da possibilidade de devolução da criança adotada.

Voltada para a questão das relações homoafetivas, Cynthia Barcelos dos Santos e Marina Nogueira de Almeida, com o artigo "As faces da discriminação: A (des)igualdade na atribuição de critérios para o reconhecimento do status familiar em uniões homossexuais" questionam se a imposição aos casais homossexuais dos mesmos critérios exigidos aos casais heterossexuais para o reconhecimento do status familiar pode se constituir, em si, uma discriminação.

Analisando tema relacionado à atividade do CNJ em matéria relativa à escrituras de poliafetividade, Bruna Barbieri Waquim e José Guimarães Mendes Neto demonstram no artigo "As famílias simultâneas e a (des)necessária interferência do Poder Público nas relações privadas: uma análise à luz do pedido de providências nº 0001449.08.2016.2.00.0000 feito ao Conselho Nacional de Justiça" que a decisão da impossibilidade de elaboração de escritura pública de poliafetividade viola direitos individuais.

"Da monogamia ao poliamor. Quando três não é demais: Estamos evoluindo?" foi o instigante título oferecido por Alexander Perazo Nunes de Carvalho e Maria Eliane Carneiro

Leão Mattos para tratar da figura do poliamor no direito de família e na sociedade atual, mostrando posições contrárias e favoráveis à sua constituição como entidade familiar, bem como sobre alguns efeitos legais que podem surgir com o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Mudando a temática, Beatriz Rolim Cartaxo e Raquel Maria Azevedo Pereira Farias ofereceram estudo sobre o "Divórcio extrajudicial como instrumento para promoção do desenvolvimento sustentável no Poder Judiciário: uma análise do município de Cajazeiras no Estado da Paraíba". O estudo em questão traz interessante análise sobre o desenvolvimento sustentável e a forma de divórcio extrajudicial.

No que tange à sucessão, Felipe Quintella Machado de Carvalho e Tereza Cristina Monteiro Mafra fazem um levantamento jurisprudencial sobre a concorrência do cônjuge com descendentes em artigo intitulado "Estado da arte do imbróglio da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes" e demonstram a dificuldade de uniformização jurisprudencial sobre tema extremamente relevante.

Fernanda Daltro Costa Knoblauch, brilhantemente, em seu artigo "Monogamia: em busca de seu status jurídico", nos oferece uma visão crítica sobre a monogamia. O estudo parte de fundamentos históricos sobre a monogamia até chegar ao direito de família atual, colocando em cheque a sua posição principiológica. O texto tem por objetivo principal revisar o que se entende por conjugalidade e relações humanas para que se possa averiguar o status jurídico da monogamia.

Voltando para a multiparentalidade, Francisco Caetano Pereira e Luciano Maia Bastos em sua pesquisa "Multipaternidade sob a ótica do ordenamento jurídico positivo" analisam a possibilidade da aplicação da dupla paternidade no ordenamento jurídico pátrio, oferecendo uma visão histórica e evolutiva dos conceitos de família e de filiação até os tempos atuais.

"O pluralismo jurídico comunitário-participativo ressonante no direito de família" foi o tema escolhido por Silvia Ozelame Rigo Moschetta, para questionar sobre a possibilidade da aplicação da teoria do pluralismo jurídico no direito de família, dando uma visão multifocal à família Pós-moderna e à questão da mediação familiar.

Na pesquisa de Fernanda Campos Marciano e Jéssica Duque Cambuy, verificamos a preocupação sobre "Os direitos sucessórios do companheiro segundo o Código Civil

Brasileiro e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", fazendo as autoras uma análise sobre a evolução histórica da união estável e seus efeitos sucessórios até chegar na Decisão do STF que entendeu pela inconstitucionalidade do art. 1790 do CC.

E, finalmente apresentamos a pesquisa de Caroline Pomjé sobre a "Transmissibilidade causa mortis da obrigação alimentar" que aborda questões relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, de direito sucessório e da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Ressaltamos a valiosa contribuição de todos os pesquisadores do grupo que apresentaram pesquisas instigantes e atuais e desejamos aos leitores proveitosa leitura.

Porto Alegre, 16 de novembro de 2018.

Coordenadores:

Prfª. Drª. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti - Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU

Profª Drª Nara Suzana Stainr Pires - UFSC/UNIFRA/ULBRA

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira - Centro Universitário de Maringá - UniCesumar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR DANOS CAUSADOS AOS FILHOS ORIUNDOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

TO PARENTS CIVIL RESPONSABILITY FOR DAMAGES CAUSES TO THE CHILDREN CAME FROM ASSISTED REPRODUCTIONS TECHNIQUES

Carlos Alexandre Moraes [1]
Dirceu Pereira Siqueira [2]

Resumo

O presente trabalho trata da problemática relacionada à responsabilidade civil dos pais por danos causados aos filhos oriundos das técnicas de reprodução humana assistida e da péssima conduta dos pais, em especial da mãe no período gestacional, pode-se dividi-los em: danos ao embrião, danos ao nascituro e, por fim, danos causados ao filho. Caberá ao Poder Judiciário decidir essas questões, considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável, da afetividade e, em especial, da proteção integral e do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida, Responsabilidade civil, Danos

Abstract/Resumen/Résumé

The present study inquires on the problems related to parents civil responsability for damages causes to the children came from assisted reproductions techniques and the very poor conduct of the parents, specially the mother during the gestational period, they can be divided into: damage to the embryo; damages to the unborn, and, finally, damages caused to the child. It will be to the Judiciary to decide those issues, considering the principles of human dignity, responsible parenthood, affectivity and, specially, the Integral Protection and best interest of the child.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Assisted human reproduction, Civil responsability, Damages

[1] Coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná – FATECIE. Doutor em Direito FADISP. Mestre em Direito UNICESUMAR.

[2] Pós-doutor em Direito - Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito - ITE/Bauru. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado da UniCesumar. Docente Uniara e Unifafibe.

INTRODUÇÃO

O avanço da engenharia genética, da biotecnologia e da medicina trouxe certos benefícios para a humanidade, como a possibilidade de superação de uma enfermidade que atormenta a sociedade há milhares de anos, ou seja, a dificuldade de colocar em prática o projeto parental. Em razão das inúmeras causas de infertilidade e esterilidade, a utilização de técnicas tornou-se uma opção para as pessoas com (ou sem) dificuldades para gerar uma criança; contudo, essa possibilidade tem motivado discussões acerca das implicações que tais formas de fecundação podem acarretar para a sociedade.

Ocorre que as técnicas de reprodução humana assistida (RHA) não estão limitadas a facilitar a gestação, mas também possibilitam: a manipulação genética, tanto com o intuito de prevenir doenças quanto com fins eugênicos positivos ou negativos; a redução embrionária; a inseminação *post mortem;* a fabricação do bebê medicamento; entre outros procedimentos.

Dessa forma, a problemática em torno da situação apresentada refere-se à análise do seguinte questionamento: os pais podem vir a ser condenados por danos causados aos filhos (embrião, nascituro ou pessoa nascida) oriundos das técnicas de RHA, tendo como referencial a dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem?

Para alcançar o objetivo estabelecido, são necessárias algumas reflexões: É possível falar em dano causado antes da concepção, com a escolha de sêmen ou óvulo defeituoso? A produção independente feita por uma mulher visa o bem-estar da criança, do adolescente e do jovem? Gerar uma criança propositadamente com deficiência cumpre com o princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem?

Essas e outras perguntas serão analisadas, considerando-se que o embrião, o nascituro e a pessoa são titulares de personalidade jurídica e, dessa forma, possuem direito à vida e à integridade física, tomando-se por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem.

Por fim, cabe registrar que, para a realização deste artigo, foi utilizado o método teórico, pela pesquisa bibliográfica em doutrinas e legislações ao serem analisadas as legislações, a aplicabilidade das técnicas de RHA e a responsabilidade civil.

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À FAMÍLIA

Os princípios são os pilares de sustentação de um sistema, são "as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico"[1]. Explica Robert Alexy, com precisão,

[1] ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985. p. 6.

que os princípios são "(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (...)"[2].

Os institutos de Direito Privado devem ser analisados a partir da Constituição Federal[3], e, dessa forma, os princípios constitucionais passam a ter um papel fundamental no Direito de Família. Doutrina e jurisprudência reconhecem a existência dos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) que estão atrelados às relações familiares[4].

A Constituição Federal apresenta princípios que são gerais, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção da criança e do adolescente, entre outros que não são exclusivos do direito de família. Mas oferece também alguns que são específicos do direito de família[5].

Os princípios constitucionais causaram uma revolução no Direito Civil, em especial no Direito de Família. Como se verá estabeleceu a igualdade entre os filhos, a proteção integral e o melhor interesse da criança, entre outros.

A verdade é que a humanidade se desviou da sua própria finalidade. O homem foi criado para ter vida e vida em abundância, contudo se tornou capaz de condutas brutais contra seu semelhante, como a tortura, a escravidão e o holocausto. E foi por situações como essas, de desrespeito, injustiça e brutalidade, que as nações se preocuparam em garantir a tutela da pessoa humana, em especial o direito à vida, e esta com dignidade.

Cármen Lúcia Antunes Rocha afirmou que "sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito Contemporâneo"[6].

A dignidade da pessoa humana é elemento essencial para o desenvolvimento integral da personalidade; trata-se da qualidade que identifica a própria pessoa, pois é inerente a todo ser humano.

O *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* pode ser chamado de o princípio dos princípios, o maior entre os princípios, e todos os demais devem ser interpretados a partir dele. Nesse ponto, bem explica Flávio Tartuce que, "na concepção de dignidade humana, deve-se ter em mente a construção de Kant, segundo a qual se trata de um *imperativo categórico* que considera a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo"[7].

---

[2] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.
[3] TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2016. v. 5, p. 5.
[4] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 61.
[5] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, cit., 6. ed., p. 61.
[6] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público**, Rio de Janeiro, v. 4, 1999. p. 4.
[7] TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família, cit., 11. ed., v. 5, p. 5.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, garantida a todas as pessoas humanas de forma geral e individualmente, que tem início na concepção e se estende até para depois da morte do indivíduo; trata-se de direitos invioláveis inatos e que tem por fim preservar a pessoa humana da violação e da brutalidade praticadas pelo próprio indivíduo contra o seu semelhante.

Quanto ao fato de a dignidade da pessoa humana ter sido elevada a um dos princípios fundamentais, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que "não poderia ser concedida importância maior à dignidade da pessoa humana, portanto. Sua inclusão entre os princípios que devem guiar a vida civil no Brasil (...)"[8].

Nas técnicas de RHA, parece que o mencionado princípio é violado quando analisado o tratamento dado ao embrião concebido em laboratório, pois a inviolabilidade da integridade física, o direito à vida e o tratamento igualitário não lhe são respeitados em sua totalidade, em especial no caso de embriões excedentários.

A utilização das técnicas de RHA é uma "garantia constitucional", contudo tais técnicas devem estar limitadas à ordem constitucional, em especial a dois princípios: o da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança, que, muitas vezes, acaba sendo interpretado de forma equivocada.

Segundo Immanuel Kant, a pessoa jamais pode ser utilizada como meio. Mas é isso que vem acontecendo quando da utilização das técnicas de RHA, como no caso do bebê medicamento. O filósofo lembra que se deve agir "de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou a qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio"[9].

Dessa forma, deve ser rechaçada qualquer tentativa de coisificação do ser pertencente à espécie humana, qualquer que seja seu nível de desenvolvimento: embrião, nascituro ou pessoa.

Em relação ao *Princípio da igualdade entre filhos*, Luiz Edson Fachin chega a destacar que "no fundamento da posse de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside antes no serviço e no amor que na procriação"[10].

A posse do estado de filho ocorre quando uma pessoa assume as responsabilidades que são inerentes aos pais, o que se exterioriza como a relação que se espera existir entre pai/mãe e

---

[8] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 164.
[9] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 69.
[10] FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 163.

filho, apesar de não existir uma relação de sangue (biológica) entre eles. É o que João Batista Vilela chamou de "desbiologização da paternidade", que nada mais é do que a valorização do afeto em detrimento dos laços biológicos nas relações familiares[11].

Anteriormente a Constituição Federal de 1988 era o Código Civil de 1916 que estabelecia a forma da filiação, que era classificada como filhos: legítimos ou ilegítimos (naturais e espúrios), e ainda os adulterinos ou incestuosos.

Por meio do art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, reproduzido pelo art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo art. 1.596 do Código Civil de 2002, consagrou-se o princípio da igualdade entre filhos.

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade entre filhos talvez seja a grande mudança relacionada ao Direito de Família. A discriminação foi proibida, independentemente da forma de filiação existente, sendo garantido a todos o direito a ter uma família. Não há diferença entre os filhos, independentemente da origem, se biológicos ou não, oriundos do casamento ou não; enfim, não se admite tratamento discriminatório para com eles.

Em razão dessa igualdade, os filhos (naturais, adotivos, socioafetivos e os provenientes das técnicas de RHA, independentemente de homóloga ou heteróloga) possuem os mesmos direitos e deveres, inclusive de convivência com seus pais. Para não deixar dúvidas, o art. 1.609 do Código Civil de 2002 prevê que o reconhecimento dos filhos é um ato irrevogável, independentemente da sua origem.

A Constituição Federal de 1988 revolucionou a situação da criança e do adolescente no seio familiar, tornando-os os principais atores nas relações familiares, estabelecendo o *Princípio do Melhor Interesse da Criança, do Adolescente e do Jovem* o que se efetivou por meio da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, essa legislação se caracterizou por ser uma norma de proteção integral aos direitos da criança, do adolescente e dos jovens.

Em razão das mudanças ocorridas no ambiente familiar nos últimos anos, o menor passou a ter uma posição de destaque. Vários fatos colaboraram para isso, entre eles a valorização da pessoa humana nas relações jurídicas e a condição de vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, uma vez que estão em processo de formação de personalidade. Fortalece esse raciocínio Rosana Amara Girardi Fachin ao ensinar que cabe aos pais "(...) assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional"[12].

---

[11] VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista Forense**, cit., p. 45-51.

[12] FACHIN, Rosana Amara Girardi. Da filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 111.

As decisões envolvendo o menor devem ser tomadas considerando-se o que for melhor para ele, privilegiando-o no momento da solução de problemas que coloquem em risco seu desenvolvimento.

Os interesses da criança e do adolescente deverão prevalecer sobre os interesses dos pais; todavia, ver-se-á que nem sempre isso acontece. Como exemplos, pode-se questionar: a produção independente feita por uma mulher visa o bem-estar da criança? Tirar o direito da criança de conviver com um pai está de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem? Da mesma forma, cumpre com o princípio mencionado gerar uma criança propositadamente com deficiência auditiva, como fez um casal de lésbicas americanas?

Dessa forma, o presente artigo visa também verificar se as técnicas de RHA estão sendo realizadas levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem e sua proteção integral.

Em relação ao *Princípio do Planejamento Familiar e da Responsabilidade Parental*, pode-se afirmar que o planejamento familiar não trata apenas das ações que procuram auxiliar as pessoas a ter ou não filhos ou a evitar um crescimento indesejado da família, mas procura educar as pessoas (cônjuges, companheiros ou a pessoa solteira), para a realização de um planejamento de acordo com sua realidade social e econômica.

O princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental, previsto pelo § 7º do art. 226 da Constituição Federal, estabeleceu o planejamento familiar como um direito garantido constitucionalmente a todos os cidadãos, ao lado dos demais direitos que estão fundados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade (ou parentalidade) responsável.

A Constituição Federal estabeleceu ser o planejamento familiar uma decisão unilateral do casal, que deve apenas respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, expressão que deve ser lida como parentalidade responsável, pois não diz respeito apenas ao pai.

A legislação prevê que serão oferecidos todos os métodos para a realização do planejamento familiar, porém existem limites que devem ser respeitados, e talvez o princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem seja o principal deles. Esse é o motivo pelo qual assevera Gustavo Tepedino que as técnicas de reprodução médica assistida, para cumprir o mandamento constitucional, não podem ter outra motivação que não os interesses da criança e a busca da realização dela como pessoa[13].

---

[13] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 414-415.

Dessa forma, as técnicas de RHA estão à disposição de todas as pessoas, desde que exista a real necessidade de utilização e que sejam respeitados os princípios ligados ao tema. Se, por um lado, a legislação garante à pessoa a realização de ter filhos, por outro lado ela impõe responsabilidades (sustento, guarda e educação dos filhos, a garantia do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, 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, entre outros), o que está ligado ao princípio da parentalidade responsável.

2. DAS HIPÓTESES QUE PODEM ENSEJAR DANOS EM DECORRÊNCIA DA PARENTALIDADE IRRESPONSÁVEL NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Ser pai e mãe é um privilégio, todavia, gera inúmeras responsabilidades, por isso, a parentalidade responsável não é uma das tarefas mais simples, pois exige antes de tudo tempo dos pais para com seus descendentes, principalmente na atualidade, quando os pais não têm tido tempo para viver e conviver com seus filhos.

Aos pais cabe educar e preparar os filhos para a vida e, principalmente, procurar garantir uma vida saudável. Em especial os pais que buscam a RHA, esses filhos devem encontrar o melhor ambiente possível para se desenvolver, pois, diferentemente dos filhos que nascem de forma natural e muitas vezes não esperados e inclusive indesejados, aqueles foram queridos e sonhados, como a busca da própria felicidade.

Por isso, durante os nove meses de gestação, a futura mãe deve se abster de alguns hábitos, em prol do bem-estar do nascituro, pois este não tem nem mesmo como se defender – começa aqui a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem.

A aplicação do princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem é uma forma de garantir a proteção integral do menor, uma vez que se trata de sujeito de direito e, dessa forma, a tutela deve começar ainda na concepção, porque os pais muitas vezes ignoram as fases embrionária e fetal (nascituro), mantendo uma conduta inadequada para o melhor desenvolvimento do futuro filho, o que pode acarretar danos irreversíveis à prole que está a caminho.

Os danos causados ao embrião, ao nascituro e a criança devem ser reparados? Resposta: Sim. Se, por acaso, os autores dos danos forem seus genitores, a resposta seria a mesma? Sim.

Os pressupostos da responsabilidade civil são bem específicos e não exigem muita interpretação, são eles: ação, dano, nexo causal e culpa. Não existindo nenhuma condição excludente, o autor do dano deve indenizar o lesado.

Muitos dos danos que embrião, nascituro e criança sofrem são provenientes de má conduta de seus genitores, principalmente da mãe, em especial no período gestacional, uma vez que o nascituro se encontra ligado ao corpo de sua genitora, e o local que deveria ser de proteção acaba sendo de agressão ao ser que está por nascer.

Para algumas pessoas, o fato de ter um filho pode ter como motivação até mesmo o egoísmo, pois vê na prole a sua própria continuidade no mundo, projetam no filho os sonhos não alcançados.

Entretanto, nem todos podem naturalmente gerar uma criança, e as causas são variadas, e, por isso, utilizam da ciência para alcançar o desejado projeto parental. Contudo, alguns não estão preparados para ser pai e mãe, pois não querem fazer nenhum tipo de sacrifício. Às vezes o período exige renúncia para que a criança a ser gerada não sofra danos, especialmente na vida intrauterina.

Os pais deveriam ter consciência de que gerar um filho exige responsabilidades e às vezes sacrifícios, dependendo da vida que levam. Por exemplo, uma atleta em período gestacional não pode levar uma vida de treinamento como se não estivesse grávida, porque nos momentos iniciais o nascituro depende de cuidados especiais, principalmente se o esporte praticado for considerado de risco, como nos casos de lutas, corridas de carro ou de cavalo.

No mesmo sentido, a mulher que gosta de frequentar boate, participar do carnaval, seriam esses ambientes ideais para uma gestante frequentar, levando em consideração o bem-estar do nascituro? O barulho e os movimentos bruscos são prejudiciais ao nascituro? Consumir bebidas alcóolicas, apesar de ser conduta lícita, é benéfico ao ser que está sendo gerado? Essas são algumas situações que possibilitam a produção de danos ao ser humano em seu estágio inicial (embrião e nascituro).

O direito à vida e à integridade física é garantido a todo ser humano (embrião, nascituro e pessoa nascida). Trata-se de uma garantia constitucional que deve ser tutelada desde a concepção, inclusive quando ela ocorre por meio das técnicas de RHA.

Quando esses direitos são transgredidos a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro preveem a indenização por danos materiais ou morais por qualquer lesão ou outra ofensa à saúde do ofendido, seja ele o embrião, o nascituro ou a pessoa viva. Inúmeros são os danos que podem ser causados: morte, contaminações, deformações, intoxicações, transmissões de doenças, entre outros que serão apresentados nos tópicos seguintes.

3. DAS POSSÍVEIS CAUSAS DE DANOS PRODUZIDOS NO EMBRIÃO

Como titular de direitos, o embrião deve ser protegido contra qualquer ato que atentar contra a sua vida e sua integridade física, começando na concepção e, esteja implantado ou não,

trata-se de um estágio inicial da pessoa humana. Clínicas, laboratórios, hospitais e médicos que trabalham com a RHA devem se atentar à ideia do princípio da dignidade do embrião e devem agir com a mesma prudência e atenção como se estivessem tratando de uma pessoa viva, para evitar a produção de qualquer dano que seja, pois, caso contrário, serão responsabilizados pelos prejuízos causados àqueles.

Elimar Szaniawski faz menção ao periódico médico *The New England Journal of Medicine*, que faz referências a estudos que afirmam que crianças nascidas de técnicas de RHA têm grandes probabilidades de nascer com problemas de saúde, físicos e cerebrais[14], anomalias que podem estar ligadas à forma que os procedimentos são realizados.

Defende-se neste artigo que o embrião possui personalidade jurídica formal (direitos da personalidade) e personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), por pertencer à espécie humana. Por isso, deve ter protegido o seu direito à vida (esse direito deve ser garantido a quem esteja vivo) e a sua integridade física e psíquica.

3.1 Abandono do Embrião

Dos pais se espera que cumpram com os deveres estabelecidos para aqueles em relação aos filhos (mesmo os não nascidos), dentro deste grupo estão o embrião e o nascituro, pois resta alguma dúvida que os embriões produzidos em laboratórios são filhos biológicos dos doadores de gametas?

Imagina-se a seguinte situação: uma mulher com dificuldade de engravidar procura uma clínica de fertilização para realizar o projeto parental, uma vez que aquela se encontra casada, e seu esposo não possui impedimento para realizar a doação de esperma, por isso contrataram a RHA, na modalidade homológa, para isso são produzidos dez embriões, sendo que são transferidos para o útero daquela mulher apenas dois embriões, dessa forma, sobram oito embriões. Qual o destino destes últimos? Também são filhos? Possuem o mesmo código genético? Serão abandonados, pois não são mais uteis para seus pais?

Todos os filhos provenientes das técnicas de RHA devem ser assessorados em todas as suas necessidades, independentemente de terem sido introduzidos ou não no ventre, reflexo do que se exige de uma paternidade responsável. Os pais são responsáveis por todas as fases de desenvolvimento do filho, que começa na fecundação (natural ou mecânica) e se estende pelo menos até a maioridade.

---

[14] SZANIAWISKI, Elimar. Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 183.

O abandono de embriões excedentários nas clínicas de fertilização *in vitro* trata-se de uma violação dos deveres de proteção dos filhos, inclusive daqueles que não nasceram e, até por isso mesmo, são considerados mais vulneráveis e merecem maior proteção. Se os pais não estão dispostos a cumprir com o dever legal que possuem em relação aos filhos nascidos ou por nascer, deveriam ser proibidos de utilizarem das técnicas de RHA ou pelo menos deveriam produzir apenas o número de embriões que serão implantados, com isso, evitariam a prática do abandono de embriões, como se fossem filhos do nada.

3.2 Comercialização de Embriões

Que por dinheiro o homem é capaz de tudo, isso ninguém duvida, contudo, algumas atitudes ainda chegam a surpreender a sociedade, entre elas a comercialização de embriões, seja para ser implantado em uma mulher ou para ser utilizado em pesquisas das indústrias de cosmetologias para a produção de produtos de beleza, casos que, pode se afirmar, trata-se da coisificação do embrião humano.

Apesar de o § 3º do art. 5º da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, mais conhecida como Lei de Biossegurança, proibir a comercialização de embriões, parece que existe uma facilitação da comercialização de embriões, diante da falta de controle e de fiscalização das clínicas de reprodução humana.

Esse comércio supostamente ocorre sem o conhecimento dos doadores dos gametas. O ser humano não é coisa e nem bem para ser objeto de contrato, contudo, conhecendo a ganância e o egoísmo humano, é possível que embriões humanos estejam sendo comercializados e a pessoa está sendo reduzida a um meio. Parece que o desprezo pela vida humana passou de um limite, se é que algum dia existiu limite para isso.

O comércio de embriões pode estar ocorrendo para abastecer os centros de experimentos científicos, para fornecer produtos para as indústrias de cosméticos, para a fabricação de sabonetes, para a fabricação de armas biológicas e para que pessoas estéreis realizem o projeto parental. Entretanto, independentemente do destino, essas práticas ferem a dignidade da pessoa humana, que deve ser garantida ao embrião, pois trata-se de titular de direitos, alguém pertencente à espécie humana.

3.3 Redução Embrionária

A redução embrionária é a interrupção do desenvolvimento do embrião, de forma que ocorre a eliminação de um ou mais embriões. Essa intervenção é realizada normalmente até o terceiro mês de gestação e trata-se de prática comum, contudo, muito criticada por parte da sociedade por questões éticas, morais e religiosas e também rejeitada por muitas gestantes por receio de sofrer abalos psicológicos por colocar fim à vida de um filho.

Para os casais que utilizam das técnicas de RHA, a redução embrionária é um risco previsto no caso de todos os embriões se desenvolverem, e a gestação múltipla pode colocar em risco a vida da gestante e de todos os embriões. O questionamento que surge é: existe diferença entre a "redução embrionária" e o "aborto"? É utilizada a expressão "redução embrionária", para impactar menos a sociedade e porque o aborto, por enquanto, é proibido no Brasil, contudo, o STF tomou uma decisão inédita autorizando a realização de um aborto até o terceiro mês de gestação, independentemente da motivação. Como escolher o filho que será eliminado? O filho que era tão esperado agora deve ser retirado?

O risco de realizar o tratamento e nenhum embrião se desenvolver existe, inclusive a taxa de insucesso do uso das técnicas de RHA é alta, como da mesma forma, pode ocorrer a gravidez múltipla, e nesse caso a possibilidade de complicações durante e após a gestação é real, como eclampsia, distensão uterina, hemorragia, perda do útero, inclusive até com risco de morte da gestante.

Ocorrendo a gestação múltipla, o que supostamente se pratica, apesar de ser considerado crime, é a interrupção da gestação de um ou mais embriões, assim sendo, se todos os embriões "vingarem", basta realizar a redução embrionária – uma forma é a parada cardíaca do feto, por meio da aplicação de cloreto de potássio.

4. DAS POSSÍVEIS CAUSAS DE DANOS PRODUZIDOS NO NASCITURO

É indiscutível que o nascituro possui vida intrauterina, partindo do princípio de que ele é o ser já concebido, porém não nascido. Rubens Limongi França conceitua o nascituro como "(...) a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno"[15]. No caso de danos ao nascituro, estes podem ser causados tanto pela gestante quanto por terceiros, entre eles, o médico, a enfermeira, o pai, o companheiro, entre outros.

Em razão da gestação, a gestante normalmente é a principal causadora de danos ao nascituro. Nesse sentido, Mário Luiz Delgado alerta que o comportamento inadequado da gestante pode causar danos irreparáveis ao nascituro, como o consumo de cocaína, de álcool ou de cigarro, comportamentos perfeitamente evitáveis[16].

O nascituro é sujeito de direito, e, assim sendo, todas as vezes que seu direito for violado, merece ser indenizado, seja por danos morais ou materiais. Tal conclusão pode ser retirada da

[15] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. Saraiva: São Paulo, 1988. p. 48.
[16] DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 292.

leitura do art. 2º do Código Civil, porque aquele merece proteção integral (à saúde, à vida e à integridade física), até mesmo em razão do princípio da dignidade humana.

Como sujeito de direito, é titular dos direitos da personalidade, uma vez que esses são garantidos a toda pessoa humana, independentemente de seu estágio de desenvolvimento, estando a proteção inclusive assegurada mesmo após a morte daquela. Rubens Limongi França conceitua os direitos da personalidade como "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções"[17].

Inúmeras são as doenças prejudiciais ao nascituro e que estão relacionadas à negligência da gestante (e ou do médico) e ao comportamento inadequado da gestante, como aids, rubéola e varicela. Importante ressalvar que a má conduta do pai também pode gerar danos ao nascituro.

A autonomia privada dos pais não pode prevalecer diante do direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica do nascituro. Não se pode defender o direito de liberdade de uma pessoa, se tal liberdade colocar em risco a vida e a integridade de outro ser humano. O caso de uma gestante consumir álcool e drogas e causando dano ao nascituro trata-se de conduta passível de indenização[18].

A família não pode ser um local onde seus membros sejam expostos a situações de riscos de dano. As relações familiares exigem deveres de cuidado, conforme estabelece o art. 229 da Constituição Federal. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos, trata-se de um dever jurídico de cuidar, e esse cuidado deve ser estendido ao nascituro. Quando os pais ignoram esse dever de cuidar de seus filhos (embrião, nascituro e a criança), geram um ilícito civil que pode ser causado por uma ação positiva ou negativa, como será exposto na sequência.

O Poder Judiciário brasileiro já reconhece danos ao nascituro, quando, por exemplo, condena o causador de um acidente automobilístico a indenizar por danos morais o casal que em razão do acidente interrompe a gravidez da gestante, não se discutindo o tempo de gestação, e também o recebimento do seguro do DPVAT.

Alguns deputados que propuseram o Projeto de Lei denominado "Estatuto do Embrião" justificaram que o Brasil deveria seguir os bons exemplos dos EUA e da Itália, que promulgaram leis de proteção integral ao nascituro. O primeiro estabeleceu que "concede à criança por nascer (nascituro) o status de pessoa, no caso de um crime", dessa forma, aquele que "causar morte ou lesão a uma criança no ventre de sua mãe, responderá criminalmente pela

---

[17] FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 38, p. 5.

[18] DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**, cit., p. 294.

morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante." E, na Itália a legislação "dá ao embrião humano os mesmos direitos de um cidadão" italiano[19].

4.1 Abandono do Nascituro – Dano Moral em Ricochete

O namorado, companheiro ou marido que abandona a mulher durante a gestação deve ser condenado a indenizar o nascituro por danos causados ainda na vida intrauterina. O abandono material e emocional da mãe em um momento em que esta se encontra mais sensível gera sentimentos de tristeza, frustração, irritação, insegurança, humilhação e abandono, e de forma reflexa acaba atingindo o nascituro, lesando seu patrimônio moral[20].

É também o entendimento de Jorge Cândido S. C. Viana, que entende que, "(...) quando se inicia efetivamente a gravidez, não pode sofrer qualquer tipo de abalo, quer físico, quer psíquico, pois essa violência pode ser absorvida pelo nascituro prejudicando-lhe psiquicamente, e até quem sabe, ocasionando-lhe deformidades excepcionais"[21]. Parece que quando a gestante é abandonada por seu namorado, companheiro ou marido aquela não é a única a sofrer danos, pois o ser que está sendo gerado também se torna vítima do evento traumático. Trata-se de dano moral afetivo e psíquico (ricochete).

4.2 Condutas Inapropriadas para Gestantes

Gravidez não é doença, contudo, esse período merece uma atenção especial da gestante principalmente nos primeiros meses de gestação, e algumas condutas devem ser evitadas para que não haja dano à própria gestante e ao nascituro.

Pode-se citar o consumo de bebidas alcoólicas e cigarros, a prática de esportes de contato (lutas e jogos) ou considerados de risco (provas de automobilismo ou de *motocross*), exemplos de condutas imprudentes que muitas vezes podem ser evitadas, como forma de prevenir a ocorrência de danos principalmente ao nascituro.

Na Austrália houve um caso em que uma filha, representada por uma tia, moveu e ganhou ação indenizatória em face da mãe, por conduta imprudente desta, pois, quando estava grávida foi ajudar a reunir o gado com uma caminhonete e acabou capotando o automóvel e, em razão do impacto Nicoly Lynch nasceu com deficiência cerebral, com dificuldade em falar, enxergar e de se locomover sozinha.

O contato da gestante com produtos químicos também pode ser um fator de risco para o bom desenvolvimento do nascituro, que pode ser evitado, existe uma relação entre os

---

[19] Projeto de Lei n. 478/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar integra?codteor=443584&filename=PL+478/2007 Acesso em: 07 set. 2018.

[20] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 88.

[21] VIANA, Jorge Cândido S. C. **A mulher grávida e os direitos do nascituro.** Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1174>. Acesso em: 07 set. 2018.

nascimentos com defeitos congênitos no Vale do São Francisco e a exposição dos genitores com agrotóxicos, as anomalias estão relacionadas aos sistemas musculoesquelético e nervoso[22].

Dentre as condutas imprudentes das gestantes durante gravidez é o uso de alguns cosméticos, isso não significa que a mulher durante o período gestacional deva aposentar todos os seus produtos de beleza, contudo, alguns devem ser guardados e se possível descartados no lixo, para que em uma eventual pressa a gestante utilize de forma equivocada.

A Anvisa destaca três substâncias que a mulher não deve utilizar no período gestacional: cânfora, ureia acima de 3% e chumbo, são substâncias encontradas em creme para pernas e pés, hidratantes corporais e coloração. A cânfora pode causar anomalias no afeto e inclusive provocar aborto. Em relação a ureia, por ter condições de ultrapassar a placenta, pode prejudicar a formação e o crescimento do nascituro, por fim o chumbo pode causar efeitos colaterais na gestante (exemplos: aumentar a pressão arterial e prejuízos para os rins e os sistemas nervoso e cardiovascular), no nascituro desde retardo mental e a morte[23].

4.3 Consumo de Bebidas Alcoólicas

As bebidas alcoólicas[24] têm o poder de causar grandes danos à sociedade, uma vez que estão normalmente relacionadas à violência interpessoal, inclusive nas relações familiares, e estão correlacionadas com mais de 200 doenças, como, por exemplo, câncer no esôfago, câncer na laringe, pancreatite, cirrose hepática e a que interesse no momento, a Síndrome alcoólica fetal, que, além de causar a dependência, gera abortos espontâneos, crianças prematuras, natimortos e diversas lesões.

A Síndrome do Alcoolismo Fetal ou Síndrome Alcoólica Fetal (SAF) é uma doença causada pelo consumo de álcool pelas mulheres durante o período da gravidez. O álcool, como qualquer outra bebida ou alimento, chega ao nascituro através do cordão umbilical, causando inúmeros danos e podendo afetar o sistema nervoso central e, dessa forma, comprometer funções como o aprendizado e a memória.

Pesquisas norte-americanas apontam que a síndrome do álcool fetal "tem uma incidência de 1 a 3/1.000 nascimentos vivos nos Estados Unidos. É a causa principal de retardo mental e de instabilidade emocional[25]". E complementam que "Estudos recentes em modelos

---

[22] SILVA, Silvio Romero Gonlaves et al. Defeitos congênitos e exposição agrotóxicos no Vale do São Francisco. **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetricia**. Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 20-26, jan. 2011. p. 22-23.

[23] Cosméticos que as mulheres podem usar na gravidez. Disponível em: <http://bebe.abril.com.br/gravidez/cosmeticos-que-as-mulheres-podem-usar-na-gravidez/>. Acesso em: 09 set. 2018.

[24] Editorial. **Revista Medicina & Cia**, ano I, n. 1, set./out. 2000, p. 22.

[25] FENDERSON, Bruce A. Doenças do desenvolvimento e doenças genéticas. DAMJANOV, Ivan. **Segredos em patologia**: respostas necessárias ao dia-a-dia em rounds, na clínica, em exames orais e escritos. Tradução de Cláudio S. L. de Barros. Porto Alegre: Artmed, 2005. p. 117.

animais indicam que o etanol precipita morte celular programada (apoptose) de forma massiva no sistema nervoso central[26]". Talvez por isso o QI da maioria das crianças que nascem com a mencionada síndrome está abaixo de 85.

Em 1983, Heber Soares Vargas já afirmava que o consumo de álcool na gravidez desenvolvia problemas craniofaciais e cita Santolaya, que sintetizou os sintomas do alcoolismo fetal: aumento de tendência de abortos; gravidez mais curta; nanismo intrauterino; crescimento pós-natal deficiente; atraso psicomotor; dismorfia facial; alterações das extremidades; alterações do dermatoglifos; defeitos cardíacos e alterações genitais[27].

Dessa forma, nos casos de a criança nascer com a síndrome do alcoolismo fetal, as gestantes devem ser responsabilizadas pelos danos causados ao nascituro pelo consumo de álcool durante a gravidez. De acordo com Moore, Persaud e Torchia independentemente da quantidade da ingestão de bebidas alcoólicas principalmente no início da gestação pode haver alterações do crescimento e da mortofogênese do feto e, quanto maior o consumo, maior serão as consequências. São vários os defeitos gerados: "deficiência do crescimento pré e pós-natal, retardo-mental e outras anomalias[28]".

4.4 Consumo de Cigarros

Conforme os ensinamentos de Mario Cesar Carvalho[29], "o cigarro matou mais no século 20 que todas as guerras somadas: foram 100 milhões de vítimas, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS)", e trata-se da "maior causa isolada e evitável de morte no mundo, causando mais mortes prematuras do que o total de mortes causadas por Aids, cocaína, álcool e acidentes de trânsito juntas"[30].

Indiscutivelmente inúmeros são os danos[31] provocados pelo consumo de cigarro, em seus consumidores. As gestantes e os nascituros são também vítimas do tabaco, e este último em especial, isso em razão dos elementos tóxicos que são encontrados na fumaça do cigarro, seja na fase gasosa ou na fase condensada. Mesmo com os alertas informando os males que o cigarro causa ao nascituro, 25% das gestantes continuam fumando durante esse período[32].

---

[26] FENDERSON, Bruce A. Doenças do desenvolvimento e doenças genéticas. DAMJANOV, Ivan. **Segredos em patologia –** respostas necessárias ao dia-a-dia em rounds, na clínica, em exames orais e escritos, cit., p. 117.
[27] VARGAS, Heber Soares. **Repercussões do álcool e do alcoolismo**. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Procienx, 1983. p. 154-155.
[28] MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia básica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p. 492.
[29] CARVALHO. Mario César. O cigarro**, Publifolha**, São Paulo, 2001, p. 9.
[30] KIRCHENCHTEJN, Ciro. **Revista Diálogo Médico**, ago./set. 2002, p. 18.
[31] Editorial. **Revista Veja**, n. 1.620, p. 152.
[32] MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia básica**, cit., 5. ed., p. 148.

Em sua obra "Tabagismo – sério problema de saúde pública", laureada com o prêmio Azevedo Sodré 1978 pela Academia Nacional de Medicina, José Rosemberg alerta que os danos provocados pelo tabagismo não se limitam ao período intrauterino da vida do nascituro, porque, ao nascer, os sofrimentos continuam e há maior incidência de morte súbita, anomalias congênitas, prejuízo no desenvolvimento físico e mental, das crianças filhos de mães que continuaram fumando durante a gravidez[33], além dos casos de abortos e dos natimortos.

Em relação ao desenvolvimento físico, José Rosemberg menciona que os filhos de gestantes tabagistas eram 1 a 2 centímetros menores que os filhos de gestantes não fumantes, e a diferença também pode ser constatada no peso[34], pois existia uma diferença de 250 gramas.

Trata-se de uma questão de causa (fumar) e efeito (as doenças – anomalias congênitas, prejuízo no desenvolvimento físico ou mental, aborto, morte súbita e natimortos), portanto, de responsabilidade civil subjetiva, comportamento culposo.

5. DAS POSSÍVEIS CAUSAS DE DANOS PRODUZIDOS NO FILHO

Começar-se-á pela seguinte pergunta: alguém tem o direito de excluir a figura social do pai ou da mãe por meio da produção independente? O princípio do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem deve ser ignorado? Já perguntaram para a criança que vai nascer se ela prefere ter os dois genitores (pai e mãe) ou tanto faz?

Neste artigo tese não se discutirá se a pessoa solteira (homem ou mulher) tem condições de criar um filho sozinha, pois essa fase já foi superada há muito tempo, são inúmeras as famílias constituídas por um de seus genitores e uma prole, e isso não impede que os mesmos sejam felizes, inclusive a família monoparental tem proteção constitucional.

Da mesma forma, não vai ser debatido se a pessoa solteira e/ou homossexual pode adotar uma criança? Ou se é melhor a criança ficar em um orfanato ou ser adotada por uma pessoa solteira e/ou homossexual? Não é essa a questão, não se está discutindo a questão da adoção (é claro que para a criança é melhor ser adotada por uma pessoa que vai lhe dar uma vida melhor do que viver em um orfanato). O que se propõe a questionar é, no caso da RHA, assim sendo, alguém tem o direito de excluir a figura do pai biológico ou a figura social de um dos pais? De querer que o filho nasça com deficiência? De que o filho corra o risco de nascer com HIV? É possível falar em produção de danos ao filho nas situações mencionadas. Essas questões como deverão ser respondidas considerando o princípio constitucional do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem?

---

[33] ROSEMBERG, José. **Tabagismo**: sério problema de saúde pública. São Paulo: Almed, 1987. p. 206.
[34] ROSEMBERG, José. **Tabagismo**. Sério problema de saúde pública, cit., p. 182-183.

Por fim, o pai ou a mãe faz falta na vida dos filhos? Se a resposta for positiva, é possível mensurar essa falta? A ausência do pai ou da mãe acarreta alguma consequência psicológica? Será que os filhos carregam alguma tristeza pela ausência da figura do pai ou da mãe?

Quem melhor para responder essas indagações realizadas? Seriam os juristas, psicólogos, psiquiatras, padres, pastores, pais, mães ou os filhos? Quem sofre pela ausência de seus genitores? Muitas vezes um sofrimento em silêncio para não magoar a mãe ou o pai com quem vive.

A falta do pai causa danos irreparáveis do ponto de vista psicológico, além da ausência da figura paterna, pode gerar também um distanciamento da família do pai, sendo privada da convivência com os avós, tios e primos. Além do que a mãe acaba sobrecarregada pelas inúmeras funções que passará a desenvolver, não só aquelas destinadas normalmente a ela, mas também outras que normalmente são exercidas pelo pai. A "maior a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida" (STJ – REsp 931.556, j. em 17.06.2008)[35].

5.1 Coisificação da pessoa no "bebê medicamento"

Em razão da procriação medicamente assistida, é possível uma análise (escolher) das características do embrião, possível por meio do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional. Esse procedimento possibilita também a produção em laboratório do "bebê medicamento", uma das inovações trazidas pelo Conselho Federal de Medicina e que merece destaque, visto que permite inclusive a transferência de células do bebê para o irmão mais velho que tenha doença genética grave.

O "bebê medicamento" é produzido em laboratório com a finalidade de salvar a vida de um irmão mais velho que está acometido de alguma doença genética. Nesses casos, diversos embriões são fabricados para que apenas aquele que se enquadrar nas características prescritas pelo médico seja implantado no útero, sendo os demais embriões descartados. O "bebê medicamento" é utilizado como meio ou fim para um objetivo?

Maria Vitória, uma menina de seis anos de idade que sofria de talassemia *major*, tendo sido curada após se submeter a um transplante de medula óssea e de sangue de cordão umbilical doados pela sua irmã, Maria Clara, de um ano, que nasceu após ter sido geneticamente selecionada, já que, além de não possuir o gene da talassemia, era 100% compatível com a irmã mais velha. Ocorre que,

[35] Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014_04_01_archive.html>. Acesso em: 07 set. 2018.

para que Maria Clara fosse gerada, foram produzidos dez embriões em laboratório, dos quais apenas dois foram inseridos no útero da mãe e apenas um deles se desenvolveu.[36]

Percebe-se que a produção do "bebê medicamento" por meio das técnicas de reprodução humana acaba por coisificar a pessoa, por mais que a finalidade seja altruística por parte dos pais, e o amor um pai ou de uma mãe (de verdade) é capaz de dar a própria vida para salvar um filho. Contudo, não se pode dispensar um tratamento utilitarista para com uma pessoa. Além disso, a produção o "bebê medicamento" custará a fabricação de quantos embriões, que jamais serão utilizados? Qual será o destino do que não forem utilizados? O descarte? Utilizados em pesquisas[37]?

Por isso, questiona-se a responsabilidade civil dos pais em relação a todos os embriões produzidos em decorrência da utilização das técnicas de fertilização artificial. O direito ao livre planejamento familiar deve ser associado aos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana[38]?

Não resta dúvida nenhuma de que o "bebê medicamento" é a coisificação da pessoa, pois trata-se de uma perfeita combinação de cromossomos para ser a salvação de outra pessoa, produzida em laboratório como "meio" para um fim. A vida daquele vai ser um entra e sai de hospital até que o objetivo seja alcançado, contudo, não se pode esquecer que não é uma pessoa doente. Provavelmente será submetido a inúmeros procedimentos médicos e cirúrgicos, como retirada de sangue do cordão umbilical, retiradas de células, cateterismos, hormônios para crescimento acelerado, remédios para dormir, retirada de sangue, além dos efeitos colaterais: dor, hematomas, sangramentos, efeitos psicológicos, entre outros.

5.2 Gerar Filhos Premeditadamente com Deficiêcia

Para o Conselho Internacional de Ética utilizar a RHA para gerar embrião com a mesma deficiência dos pais é considerado antiético. Usar das técnicas para intencionalmente gerar filho com deficiências deveria ser proibido[39] e, sem dúvida, é uma situação para que futuramente

---

[36] BASSETE, Fernanda. **Transplante inédito de cordão e medula cura menina com talassemia.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,transplante-inedito-de-cordao-e-medula-cura-menina-co m-talassemia-,1022797,0.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

[37] MORAES, Carlos Alexandre; MOCHI, Tatiane de Freitas Giovanni. **Da responsabilidade parental quanto aos embriões produzidos em um ciclo de reprodução humana assistida:** uma análise à luz do princípio da paternidade responsável. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 168-190. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/? cod=864dc00769 bd 71 79>. Acesso em: 20 jun. 2016. p. 168-190.

[38] MORAES, Carlos Alexandre; MOCHI, Tatiane de Freitas Giovanni. **Da responsabilidade parental quanto aos embriões produzidos em um ciclo de reprodução humana assistida:** uma análise à luz do princípio da paternidade responsável, cit., p. 168-190.

[39] VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Cristina. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaios de bioética e direito.** Brasília: Consulex, 2009, p. 72-73.

aquele busque o Poder Judiciário com o intuito de ser indenizado pelos pais que optaram em produzir a prole com anormalidade.

Solicitar embriões com deficiências genéticas parece não ser algo tão incomum. Nos Estados Unidos da América do Norte o médico Darshak Sanghavi revelou que, em uma pesquisa realizada em 190 clínicas de reprodução humana naquele país, 3% dos clientes selecionam embriões com anomalia genética para serem implantados[40], como o caso do casal de lésbicas com deficiência auditiva que queriam ter uma filha com a mesma deficiência.

O uso das técnicas de RHA para gerar filhos premeditadamente com deficiências e para práticas eugênicas fere a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psíquica do filho, podendo inabilitar a pessoa para o trabalho.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil dos pais por danos causados aos filhos oriundos das técnicas de RHA e a parentalidade responsável tratam de temas que geram muitas controvérsias, em razão dos próprios assuntos e também por não se limitar a uma única ciência, pois trilha os caminhos do Direito (Constitucional e Civil), da Tecnologia (Biotecnologia), da Saúde (Medicina) e da Filosofia (Ética).

Nos últimos anos, aumentou a busca de casais e pessoas inférteis ou não pelas clínicas e laboratórios que trabalham com as técnicas de RHA, seja pelo desejo de realizar o projeto parental ou pela necessidade da realização de um diagnóstico genético pré-implantatório com o intuito de escolher embriões não portadores de doenças congênitas ou até mesmo para gerar uma criança que seja geneticamente compatível com um filho mais velho portador de alguma doença, tornando-o com isso o doador ideal.

Quando os pais não exercem a parentalidade de forma responsável, causando danos aos filhos, independentemente de sua fase de desenvolvimento, violam o dever de cuidado, desrespeitam os direitos da personalidade de seus filhos e, portanto, devem ser responsabilizados por ações e omissões que derem causas aos prejuízos causados à sua prole.

Por fim, não é exagero afirmar que os filhos são os maiores prejudicados pelas condutas (lícitas, ilícitas ou pelo abuso de direito) de seus pais, ou seja, acabam sendo punidos pelos erros de seus genitores e sofrem por desacertos que não cometeram.

Deve ser reconhecida a responsabilidade civil dos pais por danos causados ao filho oriundos das técnicas de RHA.

---

[40] Disponível em: <http://www.renorbio.org.br/portal/noticias/clinicas-nos-eua-usam-embrioes-com-mal-genetico-a-pedido-de-pais.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985.

BASSETE, Fernanda. **Transplante inédito de cordão e medula cura menina com talassemia.** Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,transplante-inedito-de-cordao-e-medula-cura-menina-co m-talassemia-,1022797,0.htm>. Acesso em: 08 set. 2018.

CARVALHO. Mario César. O cigarro**, Publifolha**, São Paulo, 2001.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. A responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2014_04_01_archive.html>. Acesso em: 07 set. 2018.

Editorial. **Revista Medicina & Cia**, ano I, n. 1, set./out. 2000.

Editorial. **Revista Veja**, n. 1.620.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Da filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FENDERSON, Bruce A. Doenças do desenvolvimento e doenças genéticas. DAMJANOV, Ivan. **Segredos em patologia**: respostas necessárias ao dia-a-dia em rounds, na clínica, em exames orais e escritos. Tradução de Cláudio S. L. de Barros. Porto Alegre: Artmed, 2005.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 38.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. Saraiva: São Paulo, 1988.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Disponível: http://bebe.abril.com.br/ gravidez/cosmeticos-que-as-mulheres-podem-usar-na-gravidez/>. Acesso em: 09 set. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KIRCHENCHTEJN, Ciro. **Revista Diálogo Médico**, ago./set. 2002.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia básica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MORAES, Carlos Alexandre; MOCHI, Tatiane de Freitas Giovanni. **Da responsabilidade parental quanto aos embriões produzidos em um ciclo de reprodução humana assistida:** uma análise à luz do princípio da paternidade responsável. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 168-190. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/? cod=864dc00769 bd 71 79>. Acesso em: 20 jun. 2016.

Projeto de Lei n. 478/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar integra? codteor=443584&filename=PL+478/2007 Acesso em: 07 set. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista de Interesse Público**, Rio de Janeiro, v. 4, 1999.

ROSEMBERG, José. **Tabagismo**: sério problema de saúde pública. São Paulo: Almed, 1987.

SILVA, Silvio Romero Gonlaves et al. Defeitos congênitos e exposição agrotóxicos no Vale do São Francisco. **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetricia**. Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 20-26, jan. 2011.

SZANIAWISKI, Elimar. Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 183.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2016. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARGAS, Heber Soares. **Repercussões do álcool e do alcoolismo**. São Paulo: Fundo Editorial Byk-Procienx, 1983.

VIANA, Jorge Cândido S. C. **A mulher grávida e os direitos do nascituro.** Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1174>. Acesso em: 07 set. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Cristina. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Ensaios de bioética e direito.** Brasília: Consulex, 2009.

VILLELA, João Baptista. A família hoje. In: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.