



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

MANUELA MEDAUAR REIS DE ANDRADE MOREIRA

**A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PROcriação TERAPêutica: BEBês
PODEM SERVIR COMO MEDICAMENTOS?**

Salvador
2023

MANUELA MEDAUAR REIS DE ANDRADE MOREIRA

**A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PROCRIAÇÃO TERAPÊUTICA: BEBÊS
PODEM SERVIR COMO MEDICAMENTOS?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, como requisito final para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo.

Salvador
2023

Dados de Catalogação da Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica. UCSal. Biblioteca Dom Geraldo Majela Agnelo

M838 Moreira, Manuela Medauar Reis de Andrade

A (im) possibilidade jurídica de procriação terapêutica: bebês podem servir como medicamentos?/ Manuela Medauar Reis de Andrade Moreira.– Salvador, 2023.

94 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea. Linha de Pesquisa Aspectos Jurídicos da Família.

Orientador: Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo.

1. I Bebê Medicamento 2. Seleção Embrionária 3. Fertilização "In Vitro"
4. Poder Familiar 5. Planejamento Familiar I. Lorenzo, Deivid Carvalho – Orientador
II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
III. Título.

CDU: 316.356.2:612.6.05

TERMO DE APROVAÇÃO

Manuela Medauar Reis de Andrade Moreira

**“A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PROCRIAÇÃO TERAPÊUTICA: BEBÊS
PODEM SERVIR COMO MEDICAMENTOS?”**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra
em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 09 de agosto de 2023.

Banca Examinadora:



Prof. Dr. Deivid Carvalho Lorenzo

Orientador(a) - (UCSAL)



Prof.ª Drª Analice Nogueira Santos Cunha (UFRB)



Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa (UCSAL)

MANUELA MEDAUAR REIS DE ANDRADE MOREIRA

**A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PROCRIAÇÃO TERAPÊUTICA: BEBÊS
PODEM SERVIR COMO MEDICAMENTOS?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Deivid Carvalho Lorenzo (Orientador) _____
Universidade Católica do Salvador – UCSAL

Salvador, ____ de _____ de 2023.

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a possibilidade do uso da técnica do diagnóstico pré-implantação com seleção embrionária, com a finalidade de gerar um ser humano cujo *Human Leukocyte Antigen* (HLA) que seja compatível com um irmão que esteja doente. Esse ser humano gerado tem o nome de “bebê medicamento”, uma criança concebida por meio da técnica de fertilização “*in vitro*” que nasce com o objetivo de curar um irmão que está acometido por uma doença grave. No procedimento a ser estudado neste trabalho, é realizado um diagnóstico pré-implantação e teste de compatibilidade HLA, por meio de um processo de seleção embrionária, para que se possa ter alta chance de compatibilidade entre os irmãos, a fim de que o tratamento que se busque seja de fato efetivo. A pesquisa possui como objetivo geral analisar criticamente, do ponto de vista ético e jurídico, a utilização da técnica do diagnóstico pré-implantação, visando à seleção embrionária HLA-compatível com o enfermo dependente de transplante de células-tronco hematopoiéticas.

Palavras-chave: “Bebê medicamento”; Seleção embrionária; Fertilização “*in vitro*”; Poder familiar; Planejamento familiar.

ABSTRACT

The present work intends to discuss the possibility of using the technique of pre-implantation diagnosis with embryonic selection, with the purpose of generating a human being whose Human Leukocyte Antigen (HLA) is compatible with a brother who is sick. This generated human being is called a "medicine baby", a child conceived through the "in vitro" fertilization technique that is born with the aim of curing a sibling who is affected by a serious illness. In the procedure to be studied in this work, a pre-implantation diagnosis and HLA compatibility test are carried out, through an embryonic selection process, so that there is a high chance of compatibility between the brothers, so that the treatment that if you look for it to be actually effective. The general objective of this research is to critically analyze, from an ethical and legal point of view, the use of the pre-implantation diagnosis technique, aiming at HLA-compatible embryonic selection for the patient dependent on hematopoietic stem cell transplantation.

Keywords: "Medicine baby"; Fertilization technique; Human Leukocyte Antigen (HLA); pre-implantation diagnosis.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O PODER FAMILIAR E A QUESTÃO DO BEBÊ MEDICAMENTO	12
2.1	O poder familiar e o controle pelo poder judiciário	13
2.1.1	14	
2.1.1.1	<i>Crêterios adotados na limitaçaõ da atuaçaõ jurisdicinal</i>	20
2.2	Tratamento histõrico do poder familiar	24
2.3	Conceito do poder familiar	29
2.4	Características do poder familiar	33
3	O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	44
3.1	Autonomia reprodutiva	49
3.2	Os responsáveis por lesões à liberdade procriativa	51
4	O BEBÊ MEDICAMENTO	56
4.1	Condições essenciais para a procriação terapêutica	59
4.2	A experiência no Brasil e no direito comparado	60
4.3	A normatividade do procedimento no direito positivo brasileiro	64
4.4	Origem e conceito de bebê medicamento	68
4.5	A questão do bebê medicamento e o planejamento familiar	72
5	CONCLUSÃO	84
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, diversas foram as inovações que surgiram no campo da ciência, especialmente na seara da reprodução humana assistida, a partir do surgimento de várias técnicas que permitiram ao homem estar diante de possibilidades até então inimagináveis.

Essas inovações possuem um lado extremamente positivo, qual seja a possibilidade de cura e controle de diversas doenças, além de proporcionar a melhoria na qualidade de vida de diversos pacientes já desenganados pela medicina.

Por outro lado, esse avanço científico, somado à possibilidade de manipulações genéticas, trouxe também uma gama de preocupações éticas e jurídicas, sendo necessária fazer uma ponderação de valores a serem protegidos.

Há, sem dúvidas, um questionamento acerca da violação de diversos princípios e valores, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, este trabalho pretende discutir o uso da técnica do diagnóstico pré-implantação com seleção embrionária, com a finalidade de gerar um ser humano cujo *Human Leukocyte Antigen* (HLA) seja compatível com um irmão que esteja doente. Esse ser humano gerado tem o nome de “bebê medicamento”.

O “bebê medicamento” é, então, uma criança concebida por meio da técnica de fertilização “*in vitro*” que nasce com o objetivo de curar um irmão que está acometido por uma doença grave.

É realizado um diagnóstico pré-implantação e teste de compatibilidade HLA, por meio de um processo de seleção embrionária, para que se possa ter alta chance de compatibilidade entre os irmãos, a fim de que o tratamento que se busque seja de fato efetivo.

A técnica de fertilização consiste em colher óvulos da mãe, fertilizá-los para que, quando transformados em zigotos, sejam colocados no seu útero. Uma vez ocorrida a fecundação, os embriões serão testados através do chamado diagnóstico pré-implantação.

Esse diagnóstico tem a finalidade de evitar o nascimento de filhos com doenças hereditárias graves, em razão de alterações genéticas paternas ou maternas, cujo risco de transmissão é alto. A partir dessa técnica, portanto, evita-se a implantação de embriões com anomalias genéticas que podem, inclusive, forçar a interrupção da gravidez na fase fetal.

Essa técnica, entretanto, também está sendo utilizada para fazer com que famílias concebam crianças compatíveis com o irmão doente, a fim de se realizar o tratamento mediante transplante de células-tronco hematopoiéticas¹ presentes na medula óssea e no cordão umbilical.

Os antígenos HLA são como uma marca registrada de cada pessoa que pode ter uma similaridade maior ou menor com duas pessoas. Quanto maior a diferença, maior a chance de rejeição. O antígeno HLA, portanto, é uma dominação genética que, nos casos de transplante de órgãos, tem o objetivo de avaliar o doador ideal para determinado paciente.

Com isso, o diagnóstico pré-implantação é um método importante para fazer nascer uma criança doadora compatível com o receptor, de modo que pode ser implantado apenas aquele embrião integralmente compatível.

As células-tronco oriundas do cordão umbilical do bebê concebido por meio da técnica acima referida serão utilizadas como forma de cura da doença existente no outro indivíduo.

Essa possibilidade envolve discussões acerca da autonomia reprodutiva (corolário da liberdade do planejamento familiar), dos princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança, todos esses presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Veja-se, por exemplo, o caput do artigo 226 da Constituição Federal que estabelece a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado; já o artigo 227 declara ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, e à dignidade, dentre outros.

Dentro do direito é possível extrair diversos aspectos, dos mais diferenciados, que tangenciam a temática do bebê medicamento. Nesta dissertação, será feito um recorte do bebê medicamento à luz do Direito das Famílias, principalmente no que tange ao poder familiar e ao planejamento familiar, não pretendendo analisar os demais aspectos que envolvem o estudo da Bioética.

Com efeito, surgem diversos questionamentos, como, por exemplo, quais devem ser os limites do princípio do planejamento familiar, se existem limites para a preservação da saúde e da liberdade reprodutiva, desde o ponto de vista do princípio

1 São células com potencial de diferenciação nos diversos tipos celulares que compõem o sangue.

da dignidade da pessoa humana, e se estaríamos instrumentalizando o ser humano ao possibilitar que um ser seja criado com um objetivo predefinido.

A problemática do “bebê medicamento” precisa ser vista à luz da família contemporânea, exaltando os princípios da autonomia no planejamento familiar, parentalidade responsável, melhor interesse da criança, e, além disso, identificar os limites impostos pelo sistema jurídico pátrio, de modo a justificar ou não a possibilidade do “bebê medicamento”.

Pretende-se ao longo do trabalho explicar de que forma a legislação brasileira trata do assunto.

O debate acerca da possibilidade de bebês servirem como medicamento envolve os mais diversos temas, por isso a necessidade de ser tão estudado e difundido. Trata-se, portanto, de uma discussão extremamente necessária e multidisciplinar, abarcando o direito, a medicina e a ética.

Surge, então, uma discussão sobre a eticidade e juridicidade na prática da utilização da fertilização “*in vitro*”, com seleção embrionária, através do diagnóstico pré-implantacional para checagem de compatibilidade do HLA entre os irmãos.

Para melhor analisar essas questões é necessário estudar se o poder familiar e o planejamento familiar são óbices à possibilidade de concepção do “bebê medicamento”. Neste sentido, a pesquisa abordará qual a extensão do livre planejamento familiar e se os pais possuem autonomia para decidir se é possível que um filho seja concebido para satisfazer interesses próprios e do seu irmão enfermo, ressaltando que não há doação de órgãos, mas, tão somente, uma coleta do sangue do cordão umbilical e da medula óssea, sem qualquer risco a saúde.

Há uma grande preocupação com o bem estar e o melhor interesse da criança que irá nascer, pois é possível que se esteja diante de uma grave violação a este princípio, por conta do impacto psicológico que a criança poderá sofrer ao saber que nasceu com o intuito de salvar a vida de um irmão doente. Isso pode causar problemas de natureza emocional e psíquica, tais como a depressão e baixa da autoestima.

Outro argumento contra o uso dessa técnica diz respeito à possibilidade de que a criação do “bebê medicamento” acaba abrindo novos caminhos para o nascimento de crianças com finalidades eticamente inaceitáveis, como a doação de órgãos que tragam como consequência a redução da qualidade de vida do doador, além de permitir a possibilidade de escolha de outras características físicas das crianças, algo como se fora uma nova eugenia.

Nessa linha de raciocínio, o problema central deste trabalho trata da possibilidade jurídica de que bebês sejam usados como medicamento em favor de irmãos já concebidos e nascidos.

A pesquisa possui como objetivo geral analisar criticamente, do ponto de vista ético e jurídico, a utilização da técnica do diagnóstico pré-implantação, visando à seleção embrionária HLA-compatível com o enfermo dependente de transplante de células-tronco hematopoiéticas.

Como objetivo específico tem-se: discutir se os princípios do planejamento familiar e da parentalidade responsável podem legitimar a concepção do “bebê medicamento”. Tem-se, também, como outro objetivo específico estudar a compreensão atual do poder familiar e seu enfoque sob a ótica do “bebê medicamento”.

A respeito da metodologia empregada, foi utilizado o método dedutivo, bibliográfico e documental, evidenciando a abordagem qualitativa e de caráter exploratório. A pesquisa também possui natureza transdisciplinar, compreendendo que o Direito unicamente não é suficiente para trazer respostas que se aproximam da completude do problema, visto que a questão do bebê medicamento contempla diversas áreas do conhecimento como a medicina e tantas outras.

Com relação à divisão que norteou a disposição do trabalho, esclarece-se que ele foi dividido em quatro capítulos, além desta introdução; no primeiro capítulo buscou-se primeiramente analisar a questão do poder familiar. Após, adentrou-se a temática do controle do poder judiciário no poder familiar, trazendo quais princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro norteiam esse controle e quais os critérios que são adotados.

Em seguida, tratou-se da evolução conceitual do instituto do poder familiar até se chegar à concepção atual. Ainda nessa temática, foram analisadas, também, as principais características do poder familiar.

No capítulo seguinte, tratou-se do planejamento familiar, abordando-se, também, a questão da autonomia reprodutiva.

Por fim, tratou-se da questão central do trabalho, qual seja o bebê medicamento, analisando-se as condições essenciais para o procedimento e a experiência brasileira.

Além disso, tratou-se da normatividade do procedimento no direito positivo brasileiro e a interseção entre a temática do “bebê medicamento” e o planejamento familiar.

2 O PODER FAMILIAR E A QUESTÃO DO BEBÊ MEDICAMENTO

O poder familiar, outrora tratado de pátrio poder, no direito brasileiro não tem sua origem no Direito Romano (como tantas outras categorias jurídicas), instituto que tinha na Antiguidade uma feição absolutamente autoritária e paternalista; ao contrário, no direito brasileiro o poder familiar foi concebido como um conjunto de direitos do pai em relação aos filhos menores, sendo bastante difundido o conceito extraído da obra de Pontes de Miranda, segundo o qual:

O pátrio poder é um conjunto de direitos concedidos ao pai ou a mãe, a fim de que, graças a eles, pudessem melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida².

A Constituição Federal de 1988 (artigo 229, *caput*)³, como será visto adiante de forma mais aprofundada, tratou o poder familiar como tendo a natureza de direito e dever fundamentais, conforme anotado por Canotilho e por Jorge de Miranda⁴.

Segundo Ana Florinda Dantas “a sua evolução levou à necessidade que lhe fosse dado um novo enquadramento como categoria jurídica, sendo a mais atual aquela que o inclui no rol de direitos subjetivos”⁵.

Jorge de Miranda faz uma análise estrutural do poder familiar, diferenciando-se seus aspectos interno e externo; para ele a função educativa do poder familiar, que tem como seu objetivo a formação da personalidade do filho, é o seu aspecto interno, tendo natureza de direito subjetivo; já no aspecto externo, o poder familiar tem a função representativa ou substitutiva na atividade do pai em cooperação com terceiros, atuando em nome e no lugar do filho; neste aspecto externo tem a natureza

2 MIRANDA, Pontes de. *Direito de família: direito parental: direito protectivo*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 175-176.

3 Art.229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out.2022).

4 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

5 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

de poder funcional, “guardando entre eles unidade, já que há fins comuns, e os titulares e os destinatários são os mesmos”⁶.

Assim, e a partir da distinção entre os aspectos interno e externo, pode-se afirmar acerca de um caráter duplo que tem o poder familiar, estando presente no desenvolvimento da pessoa do filho, mas também correspondendo às necessidades psicológicas dos pais. Com isso, é possível dizer que o poder familiar é também concebido no interesse dos pais.

Feitas estas primeiras observações, tratar-se-á agora do poder familiar quanto à pessoa do filho; neste sentido, o Código Civil brasileiro disciplinou em títulos diferentes – no livro destinado ao Direito de Família – o direito pessoal de família e o direito patrimonial de família, tratando no Título I do poder familiar sobre a pessoa do filho e no Título II do poder familiar sobre os bens dos filhos.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas cuidou dos aspectos pessoais do poder familiar, ainda com a antiga denominação de pátrio poder, disciplinado no Capítulo III (do direito à convivência familiar e comunitária).

2.1 O poder familiar e o controle pelo poder judiciário

No que se refere ao controle e à intervenção judicial no poder familiar, observa-se que são dois os seus grandes fundamentos: a incapacidade natural do filho menor, presumida em lei, e a necessidade de protegê-lo do exercício inadequado e abusivo por parte dos pais.

O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente autorizam a intervenção do Poder Judiciário e possibilitam que ele imponha limitações necessárias ao controle dos pais no exercício do poder familiar, além de dar a outras instituições funções importantes neste controle, como se verá adiante.

Por ter o poder familiar implicações de natureza pública, ele não é absoluto e intangível, mas sujeito ao controle do Estado. Este controle é feito por meio do Poder Judiciário que pode limitar o seu exercício no todo ou em parte, retirando apenas parte da autoridade do titular que dele abusar ou que não possuir condições de exercê-lo de forma adequada, pois de nada adiantaria se a Constituição Federal atribuísse aos

⁶ *Apud* DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.2.

filhos menores tantos direitos, se não houvesse uma forma de controlar o exercício do poder familiar.

Nada obstante, importa salientar que o controle feito pelo Poder Judiciário não pode ser arbitrário e ilimitado, estando vinculado sempre a princípios constitucionais, em especial alguns que merecem destaque por serem considerados informadores e pautarem a atividade de controle do Judiciário, como também se verá a seguir.

2.1.1 Princípios informadores do controle judiciário

O primeiro dos princípios informadores no controle judiciário é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 1º, afirma a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, razão pela qual esse é o primeiro princípio a ser observado na aplicação de qualquer limitação ao exercício do poder familiar pelos pais.

No Direito das Famílias afirmar o princípio da dignidade da pessoa humana é, especialmente, sustentar a dignidade de cada membro da família (e não apenas do grupo).

Como afirma Ana Florinda Dantas:

A dignidade é de cada membro da família, pelo que não pode haver a compressão da dignidade dos seus membros em prol da realização de pretensos objetivos do grupo, ou mesmo da defesa da dignidade do grupo para além da dignidade daqueles, mas uma ponderação de valores dos interesses dos seus membros, nas hipóteses de conflito⁷.

Tal princípio está previsto expressamente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, estatuindo-se a dignidade da pessoa humana como inerente a todos os membros da família, e declarando que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer no seio da família, em ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Segundo Ana Florinda Dantas, o Tribunal Constitucional Espanhol tem atribuído à dignidade da pessoa humana conceitos operacionais que giram em torno

⁷ DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.4.

do desenvolvimento da personalidade humana. Essa associação também foi feita pela Constituição brasileira, no artigo 227, *caput*, que reafirma para a criança e para o adolescente o direito à dignidade, já presente como princípio fundamental no artigo 1º. da Carta Magna⁸.

Essa reafirmação coaduna-se com as demais condições que são inerentes ao desenvolvimento da criança, como o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à convivência familiar, dentre outros.

Importante ressaltar, outrossim, que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que:

Art.15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis⁹.

Assim, toda e qualquer decisão sobre limitações ao poder familiar deve ser vista de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando-se o pleno e livre desenvolvimento da criança e do adolescente, devendo ser também assegurado aos pais, e tendo validade para todos os membros da família.

Um segundo princípio a ser observado no controle do poder familiar pelo Poder Judiciário é o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente:

[...] enunciado na declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1959, adotada ainda nos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança¹⁰.

No Brasil, o princípio extrai-se do artigo 205, *caput*, da Constituição Federal afirmando-se que:

Art.205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno

8 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out.2022.

9 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

10 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho¹¹.

Ainda em nosso Direito positivo faz-se referência aos artigos 3º. e 4º., parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo os quais:

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 dignidade¹².

De se observar que os dispositivos legais constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente aplicam-se aos seus destinatários, sem qualquer tipo de discriminação, seja em razão do nascimento, da situação familiar, idade, sexo, raça, etnia, cor, religião, deficiência, condições pessoais ou econômicas, regionais, moradia, ou qualquer outra.

Já no artigo 4º., afirma-se ser:

Art.4. 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 comunitária¹³.

Como se vê, essa exigência foi incorporada ao texto constitucional de 1988, oportunidade em que a proteção especial abrangeu diversos aspectos de políticas públicas em favor da criança e do adolescente, no reconhecimento de sua condição de pessoa em desenvolvimento, necessitando, em razão disso, prioridade na efetivação desses direitos¹⁴.

Da mesma maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe a proteção integral como um direito fundamental que se estende a todas as crianças e

11 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out.2022.

12 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

13 *Ibidem*.

14 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

adolescentes, principalmente nas relações entre pais e filhos, sendo aqueles que estão sob o poder familiar gozando de uma proteção reforçada¹⁵.

Destarte, a proteção integral deve ser vista como um princípio informador, por isso tem uma grande importância na solução de questões relativas a aplicações de medidas limitadoras ao exercício do poder familiar.

Observa-se não haver qualquer contradição, muito pelo contrário, no fato de ser reconhecida à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos plenos, e lhes assegurar a proteção integral. Importante frisar que, embora sejam decisões tomadas pelos pais, os filhos também têm seus interesses próprios, e por isso o comportamento dos pais deve ser avaliado de acordo com os verdadeiros interesses dos filhos.

O princípio da proteção integral é anunciado como garantia de que a lei deva assegurar à criança e ao adolescente todas as oportunidades e facilidades para o seu pleno desenvolvimento, devendo ser feitas avaliações da situação em que o controle judicial faz-se necessário, levando-se sempre em conta a garantia desse princípio e o fiel cumprimento do que prevê a Constituição.

Outro importante princípio que precisa ser referido é o da subsidiariedade da intervenção judicial nas relações familiares. Neste sentido, segundo o artigo 16 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a criança não será objeto de interferências arbitrárias e ilegais em sua vida particular, nem da sua família, sendo-lhe assegurado o direito à proteção da lei contra essas interferências.

Na Constituição pátria esse direito é assegurado pela inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto como direito fundamental, sendo, portanto, qualquer intervenção nesse âmbito apenas possível para preservar outros direitos também tidos como fundamentais. Neste sentido, assim está disposto o artigo 5º., X da Carta Magna: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹⁶.

15 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

16 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out.2022.

Já o Código Civil, no artigo 1.513, estabelece ser defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Importante ressaltar que sempre se entendeu ser a família um espaço de intimidade e da vida privada, e que cada núcleo familiar possuía suas próprias regras e diretrizes, estando sempre sobre autoridade e direção do *pater familias*.

Ocorre que, com a evolução da sociedade, as relações familiares se tornaram cada vez mais complexas o que acabou por aumentar o interesse do Estado na sua regulação e controle¹⁷.

Observa-se, outrossim, que no Estado Social, diferentemente do Estado Liberal, os direitos individuais eram concebidos não como uma forma de limitação do poder estatal, mas representavam, sobretudo, uma democratização das relações individuais e de poder. Neste sentido, o poder familiar, no Estado Social, representava não uma limitação ao poder do Estado, mas uma garantia para a própria família, especialmente para os filhos menores, fato que possibilitou a intervenção estatal; porém, tal possibilidade não chegou a ser tão significativa a ponto de “invadir” o espaço privado familiar, ocorrendo de maneira menos invasiva – o quanto possível -, a fim de manter a autonomia das partes e o respeito às suas intimidades.

O Código Civil confere aos pais os poderes necessários e suficientes para conduzirem os interesses dos filhos, assistirem-nos e os educarem, no exercício do poder familiar, sem que haja a necessidade de intervenção judicial nas relações familiares. Por isso, ao trazer a possibilidade de intervenção judicial no controle do poder familiar, o Código Civil limita a atuação externa apenas para solucionar divergências e, caso não haja divergências, esse exercício estará imune à intervenção judicial, salvo, evidentemente, quando houver descumprimento dos deveres inerentes aos pais (artigo 1.631, parágrafo único).

Um quarto princípio informador do controle do poder familiar pelo Poder Judiciário é o do devido processo legal, garantindo-se a participação da criança e do adolescente no processo de aplicação das limitações do poder familiar quanto à sua pessoa.

Neste sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 12, estabelece que os Estados que a subscreveram devem garantir à criança

¹⁷ DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

que esteja capacitada para expressar livremente suas opiniões, dando-se-lhe a oportunidade de ser ouvida em qualquer processo judicial ou mesmo administrativo que se lhe afete.

Interpretando esse dispositivo, juntamente com a garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, deve ser assegurado aos pais e aos filhos que, quando necessária a intervenção judicial, serão observados os trâmites processuais previstos em lei e na Constituição, garantindo-se-lhes o contraditório e a ampla defesa, enfim, o devido processo legal (constitucional).

Importante ressaltar ser possível ao magistrado atuar de ofício na adoção de medidas não tipificadas em lei quando o filho se encontrar numa situação de perigo que autorize a intervenção judicial limitadora do exercício do poder familiar. Isso não significa, entretanto, que não serão observados o devido processo legal e a ampla defesa. Trata-se, tão somente, da aplicação do poder geral de cautela já previsto expressamente no Código de Processo Civil (art. 297).

Essa discricionariedade permitida ao juiz para a escolha da medida protetiva/cautelar mais adequada para a criança e para o adolescente, deu-se diante da impossibilidade de se prever todas as situações reais que decorrem das relações entre pais e filhos, e que colocam os filhos em alguma situação de risco.

O valor juridicamente mais protegido é a defesa imediata do filho menor, como uma forma de compensar o fato dele já ter naturalmente uma relação de desigualdade frente aos adultos, em especial em relação aos pais.

Com isso:

É garantida ao filho menor a participação no processo que visa à aplicação das medidas limitativas, em especial as que importam em modificação de guarda quanto a sua pessoa, devendo ser ouvido sempre que possível e razoável, como prevê a lei, observado sempre o grau de maturidade e discernimento¹⁸.

O quinto princípio a ser observado é o da interpretação das normas jurídicas relativas às limitações ao exercício do poder familiar quanto à pessoa do filho. Neste sentido, importa ressaltar que, no Brasil, a atuação interventiva do Poder Judiciário

18 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

junto ao titular do poder familiar pode ir da advertência até a suspensão, perda ou extinção do poder familiar.

Além de se observar as regras gerais previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na interpretação das regras limitadoras ao exercício do poder familiar, o juiz também deve observar os princípios constitucionais informadores do controle judicial, os critérios que lhes são correspondentes, além do disposto no artigo 6º. do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art.6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que a lei se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento¹⁹.

Essa redação também se repete no artigo 5º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentando-se apenas a condição peculiar da criança e do adolescente. Já o artigo 4º. da mesma Lei de Introdução estabelece que quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, o costume e os princípios gerais do direito.

A interpretação voltada para os fins sociais da lei, prevista no artigo 5º. da referida Lei de Introdução, permite que a aplicação da lei adapte-se à dinâmica da vida social, devendo ser interpretada de modo que corresponda às finalidades previstas e se assegure a tutela do interesse para o qual foi regida.

Por fim, deve-se observar que, quanto às limitações do poder familiar, o princípio da proporcionalidade (em sentido lato) deverá indicar qual a prioridade a ser atendida. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (princípio da proporcionalidade em sentido lato) devem ser aferidas pelo Juiz, no caso concreto, cabendo verificar qual o princípio a ser acolhido e qual deve ser afastado ou relativizado.

2.1.1.1 Critérios adotados na limitação da atuação jurisdicional

Vejam-se, agora, os critérios a serem adotados na aplicação das limitações à atuação jurisdicional, a partir de nossa tradição jurisprudencial.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

O primeiro dos critérios, ainda respaldando-se na lição de Ana Florinda Dantas, é o da prioridade do desenvolvimento da pessoa da criança e do adolescente, “vista como a própria densificação do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, de aplicação obrigatória na interpretação de qualquer regra legal que tenha como objeto as relações entre pais e filhos menores”.²⁰

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 7º., estabelece o direito ao desenvolvimento no mesmo plano do direito à vida e à sobrevivência, devendo-se concluir que os dois primeiros só farão sentido se, além de viver e sobreviver, a criança e o adolescente possam também se desenvolver²¹. Mais uma vez, no artigo 18²², consta que ambos os pais tem obrigações comuns e primordiais no desenvolvimento da criança²³.

A Constituição Federal brasileira também trouxe a noção de pleno desenvolvimento da pessoa como um dos princípios a serem assegurados de forma prioritária à criança e ao adolescente (artigo 227).

A forma e a localização do pleno desenvolvimento, no texto constitucional, demonstram que para o constituinte originário ele se efetiva por meio das atividades relacionadas à educação, e que esta compete à família e ao Estado, devendo ser alcançada com absoluta prioridade e de forma plena, tanto em relação à criança quanto ao adolescente²⁴.

O segundo critério a ser adotado nas decisões limitadoras do poder familiar é o que diz respeito à prioridade ao atendimento do melhor interesse da criança e do

20 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.11.

21 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

22 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. 2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

23 *Ibidem*.

24 *Idem*.

adolescente, critério cujo primeiro registro teria sido no *Guardianship Act*, na Inglaterra e, depois, em convenções internacionais, além de estar presente em quase todas as declarações e legislações sobre a matéria, a partir da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959²⁵.

No Brasil, por exemplo, a antiga Lei do Divórcio, no artigo 13, já estabelecia tal critério. Hoje, ele está presente na Constituição Federal (artigo 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º).

O terceiro critério é o da prioridade dos pais na assistência, criação e educação dos filhos; neste sentido, o poder familiar confere aos pais o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, podendo reclamá-los de quem os detenham ilegalmente (artigo 1.634, incisos II e VI do Código Civil); aliás, ainda que haja a dissolução da relação dos pais, ainda assim, os filhos devem continuar sob a guarda de ambos ou de um deles; neste segundo caso, o pai ou a mãe em cuja guarda não esteja o filho poderá com ele conviver e fiscalizar a sua manutenção e educação (artigo 15 da antiga Lei do Divórcio²⁶).

Faz-se referência, ainda, ao Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, não constituindo motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar eventual falta ou carência de recursos materiais (artigo 23, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente)²⁷.

Assim, conclui-se que tal critério “não pode ser ignorado, e, sempre que possível, serão aplicadas medidas que preservem convivência familiar, suprimindo-a tão somente quando se mostre indispensável à proteção da criança e do adolescente”²⁸.

25 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA [1959]. *Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil*. Ministério Público do Paraná (MPPR). 1959. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 12 set.2022.

26 BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 22 set.2022.

27 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

28 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. *In: FARIAS, Cristiano Chaves de. Temas atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.14.

A única exceção à aplicação desse critério está prevista no artigo 10, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura ao neonato a permanência junto à mãe, exceção que se justifica, obviamente, pelo fator biológico da maternidade:

Art.10º. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: [...] V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe²⁹.

Como quarto e último critério de limitação das decisões judiciais sobre o poder familiar estão a aplicação da medida com a menor limitação possível, devendo ser adotada a menos gravosa ao exercício do poder familiar quanto à pessoa dos filhos; assim, como o artigo 1.137, *caput*, do Código Civil atribui ao juiz a possibilidade de adotar a medida que lhe pareça a mais apropriada para a segurança do menor e seu patrimônio, devem ser preferíveis as medidas possíveis que não separem os pais dos filhos ou inviabilizem a convivência familiar; este dispositivo da lei civil deixa claro que a suspensão do poder familiar só deverá ocorrer em caso de extrema necessidade, assim como a sua perda e a sua extinção.

Conclui-se, portanto, que a medida menos grave deverá ser a escolhida pelo juiz, o que não deixa de ser a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

Enumerados e explicados tais critérios, observa-se que, no Brasil, as estruturas judiciais de controle no exercício do poder familiar quanto à pessoa do filho, são atribuídas ao Poder Judiciário, desde os juízes de primeiro grau até a própria Suprema Corte; é importante ressaltar que também ao Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal), cabe a função “de zelar pelo respeito aos direitos e garantias assegurados às crianças e aos adolescentes brasileiros, requerendo ao Poder Judiciário as medidas indispensáveis para este fim”³⁰, podendo-se afirmar que “no Brasil o Ministério Público é um dos mais importantes bastiões de defesas desses direitos e garantias³¹”, tendo atuação obrigatória “na aplicação de toda e qualquer medida limitadora do exercício

29 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

30 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.17.

31 *Ibidem*, *loc cit*.

do poder familiar quanto à pessoa do filho, atuação que está disciplinada dos artigos 200 e seguintes do ECA”³².

2.2 Tratamento histórico do poder familiar

Feitas tais considerações, faz-se agora um ligeiro apanhado acerca da evolução do poder familiar para que se compreenda o seu percurso e melhor entenda o que seja o poder familiar nos dias de hoje.

Com efeito, no antigo direito luso-brasileiro, o pátrio poder era exercido unicamente pela figura paterna³³ e, apesar da maioridade se encerrar aos 25 anos, o poder exercido pelo pai permanecia se o filho continuasse sob a sua dependência. Além disso, o poder era direcionado apenas aos filhos legítimos e legitimados, cabendo ao pai, no exercício do seu poder, atribuições tanto de ordem educacional, quanto as questões de ordem patrimonial.

O poder extinguiu-se em algumas hipóteses, como a morte do pai ou do filho, ou pela emancipação, como o casamento.

Na República, o Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, foi um marco importante para o estudo do pátrio poder, já que passou a ser permitido que a viúva passasse a exercê-lo, desde que não tivesse contraído novas núpcias; sem dúvidas, foi uma evolução do pátrio poder que não mais era considerado uma exclusividade masculina³⁴.

No Código Civil de 1916 o poder familiar também foi previsto como prerrogativa do pai; segundo o artigo 380, a mulher poderia exercê-lo na falta ou impedimento do “chefe da família”; já o artigo 384 estabelecia o que se entendia pelo conteúdo do pátrio poder quanto à pessoa do filho³⁵.

A Lei nº. 4.121 de 1962, mais conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, teve um papel importante no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto ao pátrio poder. A partir dessa lei, o pátrio poder passou a ser atribuído também à

32 DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família*: Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.17.

33 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.23.

34 *Ibidem*, p.25.

35 *Idem*, p.30.

mulher; nada obstante, a chefia do poder continuava a ser exercido pelo homem, cabendo à mulher apenas o papel de mera auxiliar.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi uma verdadeira revolução para o Direito das Famílias, consagrando-se a igualdade entre os gêneros como direito fundamental, cessando, igualmente, com a hegemonia do casamento como única forma legítima de constituição de uma família, passando-se a reconhecer, também, a união estável, dentre outros importantes dispositivos³⁶.

Com isso, a Constituição passou a ocupar o papel de destaque primordial do Direito das Famílias, ficando o Código Civil de 1916 como uma legislação residual e, em muitos aspectos, ultrapassada e não recepcionada pela nova ordem constitucional³⁷.

Outro ponto a ser observado, segundo Denise Damo Comel, foi o fato de que, em geral:

Por ser a Constituição uma norma auto-aplicável, todas as disposições legais que fossem contrárias às regras e aos princípios constitucionais não teriam sido recepcionadas, sendo necessário que se elaborasse um novo diploma legal para regulamentar as situações que surgissem por conta dessas divergências³⁸.

A doutrina também se manifestou no sentido de não saber exatamente como essas inovações surtiriam efeito, diante da complexidade que pode existir em uma espécie de cogestão entre os pais no exercício deste poder³⁹.

Neste aspecto, Paulo Luiz Netto Lôbo manifestou-se no sentido de que os dois preceitos da Constituição que impõem a igualdade entre homem e mulher, e entre os cônjuges, são auto-executáveis, de tal maneira que todas as normas que tratassem de direitos e deveres diferenciados entre os cônjuges não teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional⁴⁰.

No mesmo sentido, Hans Kelsen, explica que as leis emanadas sob a égide da antiga Constituição continuariam válidas porque lhes foi conferida validade, expressa

36 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.39.

37 *Ibidem*.

38 *Idem*, p.41.

39 *Idem*, p.42.

40 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de informação legislativa*, v.36, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em: 30 ago.2022.

ou tacitamente, pela nova Constituição, desde que observado o limite da compatibilidade entre elas⁴¹.

Ainda para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “essa compatibilidade é de conteúdo e não de forma, ou seja, a norma deve ser compatível com as disposições de fundo da nova Constituição para que possa ser recebida e mantida em vigor”⁴². Se isso não ocorrer, estaremos diante do fenômeno da perda de eficácia, pois incide a regra geral de que a lei posterior revoga a anterior no que lhe for incompatível.

E não havia mesmo como conciliar o Código Civil de 1916 com as novas disposições constitucionais, já que a discriminação com a mulher no vetusto diploma civil era notória. Na verdade, estávamos diante de uma lacuna na lei, já que não havia na legislação civil como se daria o exercício do “pátrio poder”, em igualdade de condições, pelo homem e pela mulher; assim, enquanto não houvesse uma regulamentação nesse sentido, a solução seria suprir a lacuna, em cada caso concreto, utilizando-se do recurso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito⁴³.

Como essa lacuna na legislação civil demorou 14 anos para ser preenchida, com a promulgação do atual Código Civil, o Direito das Famílias acabou sendo pesquisado e revelado tanto pelo intérprete quanto pelo Poder Judiciário, na solução dos casos concretos.

Como não poderia deixar de ser, a interpretação que prevaleceu foi a da igualdade entre os pais (igualdade de gênero):

No sentido de que ela deve ser entendida em sua plenitude e com eficácia imediata, e não apenas igualdade perante a lei (meramente formal), mas igualdade plena entre os direitos e as obrigações. A família deixou de ser uma instituição de natureza exclusivamente patriarcal para uma família nuclear baseada na igualdade e no companheirismo⁴⁴.

Para que essa igualdade de gestão fosse efetivamente colocada em prática, era necessário que fossem estabelecidas regras de gestão compartilhada e de co-

41 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.44.

43 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

44 *Ibidem*, p.45.

responsabilidade e de administração, viabilizando esta participação cooperativa e conjunta dos pais⁴⁵.

Outro diploma legislativo que deve ser mencionado – quando se trata de poder familiar pós Constituição de 1988 – foi a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigor dois anos após a vigência da Constituição. Em substituição ao antigo Código de Menores, trouxe disposições expressas sobre o poder familiar à luz do princípio da igualdade entre homem e mulher e sob o prisma da igualdade entre os filhos.

Segundo o Estatuto, em seu artigo 21, o pátrio poder seria exercido em iguais condições pelos pais na forma da lei civil, sendo assegurado a eles recorrer ao Poder Judiciário em caso de divergência. O Estatuto reconheceu que toda criança e todo adolescente tem direito ao poder familiar, independente da situação da mãe ou pai em relação ao casamento, em virtude de sua natureza protetiva.

Apesar de o Estatuto ter preenchido algumas lacunas existentes diante da ausência de regulamentação na lei civil, foram mais de 12 anos (desde o surgimento do Estatuto até a promulgação do atual Código Civil) sem que de fato houvesse uma regulamentação constitucionalmente acertada a respeito das relações paterno-filiais; apesar disso, a doutrina já tinha clara noção de que o poder familiar não mais poderia ser concebido nos termos do velho Código Civil, do início do século passado⁴⁶.

Com a promulgação do atual Código Civil, em 2002, nota-se a mudança do termo “pátrio poder” para “poder familiar”, significando, doravante, que não mais se tratava de uma autoridade derivada unicamente da paternidade, mas, também, da maternidade, exercida por ambos os pais, em absoluta igualdade de condições, com direitos e deveres iguais e correlatos.

Importante, porém, notar que, nada obstante a mudança de significado, os novos dispositivos da lei civil que tratam do tema foram quase todos inspirados no que já dispunha o Código Civil de 1916, apenas compatibilizando-se com a exigência constitucional de igualdade de direitos entre o homem e a mulher, e aos filhos⁴⁷.

Com efeito, não houve uma regulamentação satisfatória quanto à atribuição da função dos pais em igualdade de condições (o exercício conjunto), limitando-se a

45 *Idem*.

46 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.47-48.

47 *Ibidem*, p.52.

repetir os dispositivos já conhecidos do velho Código Civil, incompatíveis com o que preconiza a Constituição Federal de 1988.

Importante destacar que apesar da mudança do termo pátrio poder para poder familiar, não houve a criação de uma nova figura jurídica, mas, tão somente, uma mudança de nomenclatura, pois o rol de atribuições dos pais no exercício do poder familiar estabelecido no Código Civil de 2002 é praticamente idêntico ao que se tinha em 1916, assim como as causas de extinção, hipóteses de suspensão e perda.

Nas palavras de Denise Damo Comel:

Não se substituiu o pátrio poder pelo poder familiar, mas, sim, evoluiu-se de um para outro, tendo em conta os novos conceitos jurídicos e os valores da sociedade brasileira, dentre os quais a igualdade entre os filhos, a prevalência dos interesses do menor, a função instrumental do poder familiar e a isonomia jurídica entre o homem e a mulher⁴⁸.

Apesar disso, e evidentemente, não se pode confundir pátrio poder com poder familiar porque os princípios e valores que inspiraram a concepção do poder familiar (do ponto de vista da Constituição de 1988) são completamente diversos dos que inspiraram o pátrio poder⁴⁹.

De toda maneira, concorda-se com Neiva Flávia de Oliveira quando afirma “que a alteração normativa não foi apenas uma mudança terminológica, mas sim uma transformação no conceito, uma revisão de um modelo jurídico secularizado.”⁵⁰ Para ela, o que o Código Civil propõe:

É uma renovação conceitual, inspirada no texto constitucional diante das profundas revoluções nos valores sociais da época. O novo Código deve, então, ser lido e interpretado com base na Constituição e nunca no velho texto de 1916⁵¹.

Apesar de ter sido escolhida a denominação poder familiar, parte da doutrina insurgiu-se contra a nova opção, alguns entendendo que a melhor denominação seria autoridade parental. Assim, para Comel, “o termo autoridade também denota a ideia

48 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.54-55.

49 *Ibidem*, p.55.

50 OLIVEIRA, Neiva Flávia. Pátrio poder e poder familiar: diferenças sociojurídicas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 10, jul/set 2001, p.8.

51 *Ibidem*, *loc cit*.

de poder, porém de uma forma mais sutil, trazendo também a ideia de decidir e ordenar”⁵².

O termo “parental” denotaria a ideia de pai e mãe conjuntamente, e já significaria no próprio nome que o exercício dessa autoridade compete a ambos, o pai e a mãe; já o termo “familiar”, escolhido pelo legislador brasileiro, não traz a ideia de pai e mãe, mas sim de família.

Optando pela palavra “familiar”, acaba por se confundir, dando a entender que esse poder seria exercido por toda família, podendo se pensar até nos avós ou irmãos, por exemplo, o que não é verdade⁵³.

Apesar da escolha infeliz do termo, não se pode negar que esta mudança de nomenclatura acabou sendo um divisor de águas para a renovação conceitual do tema.

2.3 Conceito do poder familiar

A ideia de poder familiar é intrínseca ao próprio direito natural, pois a noção de uma obrigação dos pais em proteger e educar os filhos menores decorre mesmo de uma razão natural; antes, ao contrário, a relação estabelecida entre os pais e filhos estava vinculada apenas a uma ideia de poder, de autoridade⁵⁴.

A constituição do poder familiar como instituto fundado na isonomia de gênero possibilitou uma verdadeira “virada” conceitual de o antigo pátrio poder para o atual poder familiar (poder-dever), compreendendo-se a igualdade entre o pai e a mãe, além da concepção de que os filhos, mesmo os menores e não emancipados, como sujeitos de direitos e obrigações, não havendo que se falar em poder e sim deveres.

Na verdade, hoje já se entende que se trata de uma função; é menos poder e mais dever: “É um encargo atribuído aos pais para que acompanhem, dirijam, protejam seus filhos, proporcionando-lhes as melhores condições de desenvolvimento na formação do caráter, sempre na defesa de seus interesses”⁵⁵.

52 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.59.

53 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

54 *Ibidem*, p.61.

55 *Idem*, p.62.

Por outro lado, não se pode dizer que a natureza jurídica do poder familiar seja de direito subjetivo porque, mesmo que seja um poder concedido pelo Estado aos pais, não pode ser exercido de maneira indiscriminada⁵⁶.

É, portanto, um poder instrumental dado aos pais, tão somente para ser exercido no interesse dos filhos, submetido e dirigido exclusivamente à sua formação integral, com caráter de função social e de ordem pública, significando que os pais não podem dela se furtar, e deve ser exercida sempre no interesse dos filhos, da sociedade e do Estado⁵⁷.

Essa função não tem por finalidade somente a proteção do filho, como pessoa em desenvolvimento, mas também para a sua capacitação, como manifestação da função social do poder familiar.

Como já se disse, o Código Civil de 2002, assim como o de 1916, não trouxe o conceito do poder familiar, apenas regulamentou alguns aspectos como, por exemplo, os seus titulares, formas de extinção etc.

A doutrina majoritária definia o pátrio poder, na regência do Código de 1916, como sendo um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores.

Para melhor compreender o seu conceito, é preciso compreendê-lo, como se disse acima, como uma verdadeira função de natureza social e pública; ou seja, como o encargo de assistir ao filho, assegurando-se os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento. São, portanto, deveres a que se obrigam os pais em face dos filhos.

Por outro lado, aos pais são outorgados direitos para que eles possam cumprir a sua função, o seu dever. Essa função apenas será bem exercida se os titulares possuírem certa liberdade (discricionariedade) para o seu exercício.

Não se pode esquecer que essa função deverá ser sempre exercida em favor do interesse dos filhos, que necessitam da proteção diante da sua pouca maturidade e condição vulnerável de pessoa em desenvolvimento. Por isso, o princípio do melhor interesse da criança deve servir como diretriz no cumprimento deste dever⁵⁸.

Para Alonso Pérez, citado por Denise Damo Comel:

⁵⁶ *Idem*, p.63.

⁵⁷ *Idem*, p.62.

⁵⁸ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.67.

O interesse superior do filho deve se referir ao seu desenvolvimento livre e integral, a supremacia de tudo que o beneficie na ordem do desenvolvimento físico, ético e cultural. A saúde corporal e mental, o aperfeiçoamento educativo, o sentido da convivência, tolerância e solidariedade com os demais. Acima de tudo o interesse do menor se respeita a medida que as funções familiares fomentam equilibradamente a liberdade do menor e o sentido de responsabilidade, a harmonia inseparável entre o direito e o dever⁵⁹.

Outra observação importante é que o poder familiar deve ser exercido em benefício de todo e qualquer filho menor de idade e não emancipado. Não é mais possível admitir a exclusão de algum filho do poder familiar, como se fazia no Código Civil de 1916. Não faz mais sentido qualquer discriminação relativa à origem da filiação, tanto sob a ótica da Constituição Federal, quanto sob o que preceitua o Código Civil de 2002.

Os titulares, por sua vez, são os pais, legalmente reconhecidos, homem e mulher, independentemente do seu estado civil, com as mesmas obrigações, encargos e prerrogativas.

Assim, é imputado aos pais o exercício do poder familiar no casamento, na união estável, e se mantém nas relações entre os pais e os filhos na separação judicial, no divórcio e na dissolução da união estável; ou seja, esse poder não pode sofrer qualquer restrição em decorrência da situação jurídica dos pais.

Por outro lado, é imputado também ao filho o dever de obediência às orientações e determinações paternas e maternas, sob pena de não se realizarem as funções do poder familiar.

Neste sentido, nota-se que um dos dispositivos legais (artigo 1.634, inciso VII, do Código Civil) prevê a competência dos pais para exigirem que os filhos lhes prestem obediência, respeito e serviços próprios da idade e da condição. Esse aspecto é inerente ao conceito do poder familiar, não sendo possível conceber que os pais possam exercer tal função pública sem que os filhos sejam colocados em uma posição de sujeitos que devem alguma obediência e respeito aos titulares do poder familiar⁶⁰.

59 *Ibidem*, p.68.

60 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.69.

Quanto aos sujeitos do poder familiar, temos no polo ativo os pais. Eles, em igualdade de condições, têm a responsabilidade de cumprir todas as suas atribuições: já não se fala mais em direitos e obrigações diferenciadas em virtude do gênero.

Apesar do termo “familiar” dar a entender que este poder inclui outros integrantes da família, além dos pais, essa interpretação não é correta. O poder familiar é estabelecido em virtude do vínculo de paternidade e maternidade. Além disso, incluir qualquer outro membro da família não possui nenhum amparo legal. Os dispositivos legais utilizam sempre o termo “os pais”, não dando margem para qualquer interpretação diversa.

O Código Civil também faz alusão apenas ao exercício do poder familiar durante o casamento ou união estável. Ocorre que a Constituição Federal e o próprio Código Civil trazem a possibilidade de outras formas de constituição de família, além do matrimônio e da união estável. Com isso ficam desamparados pela lei os filhos havidos fora do casamento ou da união estável? E os pais solteiros, e os filhos havidos de relacionamentos eventuais? Obviamente que não⁶¹.

Sendo o poder familiar uma função pública (e social) dos pais a ser exercida em benefício dos filhos e em seu interesse, não há porque restringi-lo a situações havidas entre os pais, por isso a necessidade de estender a todo e qualquer filho, sem discriminação e em conformidade com o que prevê a Constituição Federal.

No polo passivo do poder familiar encontra-se o filho menor que tem os pais juridicamente reconhecidos, seja por relação matrimonial, por adoção, extramatrimonial ou qualquer outra relação⁶².

A condição de filho natural não basta para ser sujeito ao poder familiar, sendo necessário que a filiação seja juridicamente reconhecida, provada por registro de paternidade no assento de nascimento.

Importante notar que o filho adotivo possui os mesmos direitos do biológico, pois a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com a mesma posição jurídica do filho biológico.

Em relação ao nascituro, estaria ele sujeito ao poder familiar? O artigo 2º. do Código Civil estabelece que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do

61 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.70.

62 *Ibidem*, p.72.

nascituro. Os artigos 1.779 e 878 do Código Civil referem-se à nomeação de curador ao nascituro na ausência de relação de poder familiar. Com isso, acaba por estabelecer a possibilidade de existência do poder familiar ao nascituro⁶³.

Porém:

Embora os direitos dos nascituros sejam reconhecidos e a lei permita se possa atuar em seu benefício, aceitando heranças, doações, também lhe assegurando o direito à vida e à saúde, dentre outros, isso não implica titularidade do poder familiar, na exata acepção do termo e com todas as conseqüências jurídicas, seja porque o âmbito de atuação na esfera dos interesses do nascituro é limitado, seja porque sequer se pode realizar poder familiar com relação ao nascituro, uma vez que não é possível fisicamente a prática de atos com relação a ele⁶⁴.

Ainda em relação ao nascituro, impende ressaltar que a lei disciplina medidas de cautela sempre com caráter de provisoriedade e excepcionalidade, como toda medida de natureza cautelar (não antecipatória).

Com isso, a condição de titular do poder familiar deve ser entendida como expectativa de investidura, condicionada ao nascimento com vida, que se aperfeiçoará com o nascimento do filho, pois não há como conceber direitos/deveres, ou seja, poder familiar, sem que haja o sujeito.

De mais a mais, a relação de poder familiar pressupõe a existência de dois polos, o ativo e o passivo; imaginando-se, por hipótese, a existência do poder familiar ao nascituro faltaria um dos polos, porque a personalidade, a aptidão de ser sujeito de direitos e obrigações começa apenas com o nascimento com vida.

Em defesa da existência do poder familiar com relação ao nascituro, poder-se-ia invocar o artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz ser possível o reconhecimento do filho antes do seu nascimento. Ocorre que este reconhecimento da paternidade do nascituro sofre as mesmas críticas que são feitas aos direitos do nascituro, mera expectativa, tanto que reconhecida a paternidade ela só vai se consolidar ou passar a ser reconhecida se houver nascimento com vida.

2.4 Características do poder familiar

63 *Idem*, p.74.

64 *Idem*, p.74.

Feita esta ressalva em relação ao nascituro, passa-se a descrever as características do poder familiar, destacando-se a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade e a imprescritibilidade⁶⁵.

Com efeito, trata-se de um poder irrenunciável porque é instrumental e possui natureza de ordem pública e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular. Os pais não podem abrir mão do poder familiar por razões próprias e pessoais. É de Direito Natural e por isso nunca pode se extinguir por vontade dos titulares, até porque eventual renúncia viria em prejuízo do filho, verdadeiro beneficiário desse poder⁶⁶.

O Direito francês, por exemplo, proíbe expressamente que os pais renunciem ao poder parental; o Direito espanhol não prevê expressamente essa vedação, mas a doutrina e a jurisprudência já têm se orientado nesse mesmo sentido⁶⁷.

É também intransmissível porque só pode ser atribuído àqueles que ostentam a qualidade de pai e mãe, sendo, portanto, personalíssimo, não sendo possível a sua transferência a terceiros.

E, por fim, é imprescritível, isto é, não se extingue com o seu não exercício. Mesmo que os pais não o exerçam por anos estarão sempre investidos dessa função, podendo, inclusive, ser punidos pelo não exercício dessa função ou por eventual prejuízo que possam causar aos filhos em decorrência da sua falta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê infrações administrativas e a punição com multa também (artigo 249).

Por fim, veja-se a titularidade e o exercício do poder familiar.

Com efeito, entendido que o poder familiar é uma função que cabe ao pai e à mãe, em iguais condições, resta estabelecer uma distinção entre exercício e titularidade do poder familiar.

Neste sentido, observa-se que a titularidade do poder familiar se refere à prerrogativa dos pais de estarem investidos das faculdades e deveres a eles inerentes. O exercício, por sua vez, é a realização da titularidade, o aspecto ativo e prático que vai se traduzir em uma intervenção de decisão e participação em todos os

65 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.75.

66 *Ibidem*, p.76.

67 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

assuntos da vida do filho. Exercer o poder familiar é colocá-lo em prática, desempenhando todos os atos necessários para a proteção e interesse dos filhos⁶⁸.

Ainda que os dois termos pareçam similares, é possível diferenciá-los, inclusive com amparo legal, pois “num primeiro momento o legislador atribui o poder familiar aos pais, como uma prerrogativa em si mesma, de modo abstrato, como que declarando a investidura na função”⁶⁹.

Depois, no mesmo dispositivo legal (artigo 1.631 do Código Civil) o legislador estabelece “que na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade”, ou seja, não perde a investidura o pai faltoso ou impedido, não deixa de ser titular, senão apenas deixa de exercer a função por uma situação fática⁷⁰.

Em outro artigo, ao tratar das incumbências do exercício do poder, há referência expressa ao aspecto ativo e prático, trazendo de forma clara as ações que os pais devem realizar para executar esse poder.

Outro ponto importante a destacar é saber se estar-se-á diante de apenas uma função com dois titulares ou são duas funções, tendo cada um dos pais uma. Parece mais correto entender como sendo apenas uma única função atribuída aos pais, até porque o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se ao poder familiar sempre no singular⁷¹.

Além disso, a isonomia jurídica entre pai e mãe não pode significar que cada um foi investido de uma função tutelar de forma separada, obrigando-se e sendo responsável apenas pela sua parte ideal.

Deve-se compreender como uma unidade substancial entre os dois genitores para que com harmonia e entendimento comum sejam os filhos criados e educados. Com isso, conclui-se ser apenas uma função atribuída aos dois pais, ainda que seu exercício possa materializar-se na conduta apenas de um deles.

Por fim, observa-se que ao longo da história do Direito de Família brasileiro, existiram três sistemas de atribuição do pátrio poder: a) o do poder diretivo único; b)

68 *Ibidem*, p.78.

69 *Idem*, p.77.

70 BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 out.2022.

71 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.79.

o da titularidade conjunta e o exercício do pai com a colaboração da mulher; c) e o da titularidade e exercício conjuntos⁷².

Nos dois primeiros havia um predomínio do homem na responsabilidade pela criação e educação do filho menor. O último, ora vigente, assegura a igualdade entre homem e mulher no cumprimento da função.

O poder diretivo único é aquele em que tanto a titularidade quanto o exercício é atribuído a apenas um dos pais. Apenas um exerce com exclusividade as funções com relação ao filho menor e também a chefia de toda a família. Esse sistema tem sua origem no Direito Romano e esteve em vigência nas famílias do mundo ocidental até o século XIX. O legislador escolheu exatamente esse sistema no Código Civil de 1916, exemplificado pela família patriarcal, quase que inexistente nos dias de hoje⁷³.

Nesse sistema a ideia principal é que a sociedade conjugal precisa ter um centro de decisão e disciplina, uma unidade de orientação para que funcione de forma eficaz. Esse poder de decisão e disciplina era dado ao homem, marido e pai, por entender que ele tinha melhores condições de garantir a unidade e estabilidade familiar.

Em meados do século XX, quando os ideais de igualdade começaram a fazer parte do mundo jurídico, os defensores desse sistema acreditavam que a sua eliminação seria capaz de destruir por completo a família, já que o homem poderia perder esse papel central⁷⁴.

Com as transformações nas estruturas familiares e com base nas grandes críticas feitas à condição da mulher no casamento, surgiu outro sistema que foi o da atribuição da titularidade a ambos os pais, mas com o exercício conferido ao homem, apenas com a colaboração da mulher; nesse sistema também prevalecia a vontade do pai, e em caso de divergência entre os pais, cabia a mãe recorrer ao Poder Judiciário para ter a divergência resolvida.

A verdade é que esse sistema na prática acabava surtindo o mesmo efeito do poder diretivo único, sendo apenas uma tentativa de mitigar o poder exclusivo do homem. Importante notar que é exatamente através do exercício que se efetiva o

72 *Ibidem*, p.80.

73 *Idem*, p.81.

74 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.82.

poder familiar, e esse está formal e legalmente atribuído ao pai, que é o verdadeiro gestor do núcleo familiar⁷⁵.

A suposta colaboração que a mulher teria no modelo de titularidade conjunta foi revestida de um nítido caráter subsidiário, secundário, auxiliar. Apesar das decisões serem, em tese, tomadas em conjunto, na existência de qualquer conflito, a vontade do pai deveria ser priorizada.

Na prática, o recurso da mãe ir ao Judiciário quando discordasse de qualquer decisão tomada pelo pai não tinha o menor efeito, pois a própria lei dizia que diante da existência de conflito a vontade paterna deveria prevalecer. Com isso, a situação no momento era sempre resolvida conforme a vontade do pai, sem que a mãe tivesse tempo para submeter a questão à apreciação judicial⁷⁶.

A mãe poderia recorrer depois, mas que utilidade teria essa decisão se na prática a demanda já havia sido resolvida de acordo com a vontade paterna? Além disso, poderia haver prejuízos ao filho diante do que essa decisão poderia acarretar diante da resolução do problema.

O poder familiar, via de regra, é resolvido no dia a dia e de maneira ininterrupta com decisões que precisam ser tomadas com certa celeridade o que também acaba por inviabilizar a possibilidade da mãe recorrer ao Poder Judiciário no conflito com o pai; além de serem conflitos naturais que nem sequer exigiriam a instauração de uma demanda judicial.

São por essas razões que esse sistema era praticamente igual ao anterior e, portanto, inadmissível que seja aceito em um ordenamento jurídico que já reconhecia a igualdade entre o homem e a mulher, assegurada inclusive na Constituição Federal.

O último modelo, mais moderno e atual, consiste na atribuição da titularidade e do exercício aos dois pais, em iguais condições, sem qualquer tipo de autoridade ou prevalência de um sobre o outro⁷⁷.

A igualdade de gênero no exercício do poder familiar certamente contribuiu para sua compreensão como instituto que prioriza os interesses do filho, tendo como fundamento a própria Constituição Federal, que iguala o homem e a mulher, além do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A única crítica que deve ser

⁷⁵ *Ibidem*, p.84.

⁷⁶ *Ibidem*, p.85.

⁷⁷ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.86.

feita em relação ao dispositivo do Código Civil é que não dá a exata compreensão de que o poder familiar compete a todo e qualquer pai e mãe.

Conforme Margarita Fuente Noriega, citada por Denise Damo Comel, numa passagem rápida pelas legislações estrangeiras, percebe-se uma tendência pelo reconhecimento da igualdade entre homem e mulher, principalmente no que diz respeito às relações paterno-filiais⁷⁸.

Segundo Jorge Oscar Perrino, o pátrio poder, enquanto conjunto de deveres e direitos encontra seu fundamento no Direito Natural, sendo o meio para realizar a função natural que incube aos pais de educar e proteger a sua prole. Segundo o mesmo autor, o pátrio poder é indisponível, isto é, os pais não podem determinar seu conteúdo, nem dispor ou renunciar a ele, nem aos deveres e direitos que lhes são próprios⁷⁹. Quanto à sua titularidade e ao seu exercício, ele reafirma que cabem a ambos os pais.

No caso de desacordo entre os pais, ou seja, havendo “desencontros ou discrepâncias nas decisões a tomar”⁸⁰, defere-se a solução para a Justiça, admitindo-se a intervenção judicial para dirimir a controvérsia. Nada obstante, conforme afirma Perrino, “a família Argentina raramente recorre à Justiça para dirimir tais conflitos, sendo escassos os precedentes judiciais na matéria”⁸¹.

Também é esta a solução adotada na Espanha (artigo 156, inciso II do Código Civil Espanhol⁸²) e na Itália (artigo 316 do Código Civil Italiano⁸³).

Aliás, no que diz respeito ao direito do menor de ser ouvido, trata-se de norma consagrada no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos do Menor.

Outrossim, caso tais desacordos sejam corriqueiros, ou quando os pais vivam em conflito permanente ou haja qualquer outra causa que conturbe gravemente o exercício do pátrio poder, dispõe a lei argentina que o juiz poderá “atribuí-lo, total ou parcialmente, a um dos pais, ou distribuir entre eles suas funções, fixando-se um prazo

78 *Ibidem*, p.87.

79 *Idem*.

80 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.1.632.

81 *Ibidem*, p.1.634.

82 ESPANHA. *Código Civil Espanhol*. Disponível em: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>. Acesso em: 17 set.2022.

83 ITÁLIA. *Codice Civile Italiano*. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 17 set.2022.

não excedente a dois anos”, findo o qual “retorna-se ao regime comum de pátrio poder compartilhado”⁸⁴.

A propósito, Eduardo Zannoni, afirma:

[...] que a filiação importa o estabelecimento de um conjunto de relações entre pais e filhos que, no âmbito da família, satisfazem demandas de assistência, proteção e representação jurídica dos filhos, enquanto sejam menores e não estejam emancipados, o que implica reconhecer relações jurídicas fundadas na autoridade paterna e materna, cujo exercício visa ao cumprimento dos fins a que obedecem: primordialmente a formação integral dos filhos⁸⁵.

Assim, ainda segundo Eduardo Zannoni, por meio da família consolidam-se imperativos fundamentais: autoridade dos pais, que não é um fim em si mesma, encaminha-se no sentido de cuidar fisicamente dos filhos, velar por sua formação moral em sentido amplo - que inclui, logicamente, a formação religiosa – e por sua educação; finalmente, suprir sua natural incapacidade, cuidando de seus bens, exercendo o indispensável controle de sua conduta e assumindo a consequente responsabilidade que os atos dos filhos podem gerar⁸⁶.

Por conseguinte:

O menor, desde que nasce até que alcance a plenitude de sua capacidade jurídica como pessoa - a maioridade-, está sujeito a relações jurídicas de autoridade que, tradicionalmente, estão contidas na instituição do pátrio poder (do latim, *patria potestas*, o potestade do *pater familias*)⁸⁷.

O mesmo autor assinala que no direito comparado as legislações mais modernas têm substituído o termo “pátrio poder” por “autoridade parental” ou “responsabilidade parental” que traduzem:

[...] certamente com mais precisão, as transformações que a família experimentou nesses aspectos: não é autoridade do pai, mas de ambos os pais – pai e mãe – que assumem, ambos, os deveres e direitos, a autoridade que sobre os filhos lhes confere a lei, como faz o nosso direito positivo⁸⁸.

84 PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p.1.635.

85 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p.689.

86 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

87 *Ibidem*, p.690, grifos do autor.

88 *Idem*, *loc. cit.*

Porém, e ainda conforme a lição de Eduardo Zannoni, não apenas no âmbito familiar esgotam-se essas relações jurídicas de autoridade; com efeito, o Estado, através de órgãos específicos, e eventualmente, poderá supri-las mediante, por exemplo, a intervenção necessária do Ministério Público, como também por meio da atuação jurisdicional, concorrentemente com órgãos administrativos federais (o Conselho Nacional do Menor e da Família) e órgãos jurisdicionais locais⁸⁹.

Interessante a observação de Eduardo Zannoni, segundo a qual: “[...] em termos gerais, pode-se sustentar que a transformação sofrida pelo pátrio poder no curso da história, é testemunho da evolução operada na estrutura e nas funções sociais da família mesma”⁹⁰.

Assim, o pátrio poder corresponde, no seu conteúdo, às funções que cumprem a família no contexto social, satisfazendo o processo da procriação que não se esgota no fator biológico de procriar, “mas que se desenvolve no tempo até que, por presunção da lei, os filhos adquirem plena capacidade de atuar”⁹¹.

Este processo de procriação, segundo João Roberto Elias, implica no “conjunto de direitos e deveres que correspondem aos pais sobre a pessoa e o patrimônio de cada um dos seus filhos não emancipados, como um meio de realizar a função natural que lhes incube de proteger e educar a prole”⁹².

Ainda nesse aspecto, assinala Cafferata, citado por Eduardo Zannoni:

O complexo de pretensões que conjuga e sintetiza o processo da procriação: a) pretensão do filho de receber uma formação integral e dever de fazer possível com seu comportamento a realização da tarefa educativa; b) pretensão dos pais de ser eles os artífices dessa formação, e dever de cumprir com essa obrigação da maneira que seja mais benéfica para o filho; c) pretensão da sociedade de que cada novo ser que se incorpora no seu seio, não se converta em um fator de perturbação, mas, pelo contrario, contribua para a pacífica convivência de todos os seus membros, e dever de proporcionar um ambiente moralmente sã que favorece a formação dos menores e não atrapalhe ou dificulte a tarefa educativa; d) pretensão do Estado de que esse processo se cumpra normalmente e de maneira integral, e dever de não interferir quando os poder paternos se exercitam de forma regular, nem tão pouco, desconhecer esses poderes ou infringi-los⁹³.

89 *Idem*.

90 *Idem*, p.692.

91 *Idem*, *loc. cit.*

92 ELIAS, João Roberto. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.6.

93 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p.693.

Segundo Eduardo Zannoni, quanto à sua natureza:

O pátrio poder ou a autoridade parental contem relações jurídicas baseadas no reconhecimento da autoridade paterna e materna sobre seus filhos menores, não se tratando de relações cujo objeto pressupõe a igualdade jurídica de seus sujeitos; mas, pelo contrário, os fins que satisfazem implicam que tanto o pai como a mãe exercem um poder reconhecido pela lei⁹⁴.

Em outras palavras, o poder familiar “não é uma mera prerrogativa disponível do pai ou da mãe. Estes devem - estão obrigados - a exercê-lo; e, mais, estão obrigados a exercê-lo pessoalmente já que esse exercício é indelegável a terceiros”⁹⁵.

Eis a razão pela qual “as relações jurídicas contidas no pátrio poder pressupõe um direito-dever”⁹⁶.

Assim, resta claro que a autoridade parental se exerce no interesse dos filhos e não no interesse pessoal do pai ou da mãe. Nada obstante, o pátrio poder implica um complexo de direitos subjetivos do pai e da mãe na medida em que permite o exercício *erga omnes* do poder, impondo-se sua titularidade a quem pretender desconhecer seu exercício⁹⁷.

Para Eduardo Zannoni, o pátrio poder destaca-se pela sua indisponibilidade ou irrenunciabilidade, ou seja:

Os pais não podem modificar, dispor ou renunciar a sua titularidade e ao seu exercício, abdicando dos deveres-direitos que constituem o seu conteúdo, pois a atribuição aos pais das prerrogativas surgidas do pátrio poder é de ordem pública⁹⁸.

Por outro lado, a indisponibilidade importa a indelegabilidade, pois os pais devem assumir o seu exercício pessoalmente. Quanto à indelegabilidade, o mesmo autor assinala que alguns países preveem uma relativização, dando como exemplo o direito francês que prevê expressamente a possibilidade da delegação da autoridade parental em relação aos filhos menores de 16 anos, “quando os entregam a uma pessoa de sua confiança, a um estabelecimento ou

94 *Ibidem, loc. cit.*

95 *Idem, loc. cit.*

96 *Idem, loc. cit.*

97 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

98 *Ibidem*, p.694.

serviço de assistência social a infância, renunciando no todo ou em parte ao exercício de sua autoridade parental”⁹⁹.

Ainda em França, esta delegação pode se dá judicialmente, a partir de requerimento dos responsáveis pelos estabelecimentos que recebam menores cujos pais se desinteressaram de sua educação e guarda (artigo 377 do *code civile*). Porém, fora destes casos, nenhuma renúncia ou cessão da autoridade é admissível (artigo 376).

Por fim, reafirma Laquis, citado por Eduardo Zannoni¹⁰⁰, que o pátrio poder não é somente o conjunto de direitos que se exercem no interesse exclusivo dos seus titulares, isto é, o pai e a mãe, senão que se trata também do exercício de direitos-deveres previstos na lei e derivados das relações ordinárias entre pais e filhos e da estrutura do grupo familiar e sua inserção no meio social, e que se exerce não somente no interesse que seus titulares têm como pais, como também em atenção aos interesses do filho, e, em última instância aos interesses do grupo familiar, que não estão delimitados exclusivamente pelos interesses particulares de cada um de seus membros.

Distinguindo titularidade e exercício do pátrio poder, afirma Eduardo Zannoni que a titularidade dos direitos-deveres, que implica a autoridade dos pais, pertence a ambos, mas, separadamente, a lei encarrega-se de regular quem a tem a seu cargo, e de que modo; quem dos pais tem a titularidade de exercer as mencionadas prerrogativas.

Sobre a distinção entre titularidade e exercício do pátrio poder, o próprio Eduardo Zannoni admite que são noções conceituais difíceis de compreensão, dificilmente distinguíveis. De toda maneira, ele afirma que “o exercício supõe âmbitos de atuação prática, delimitados pela lei, que permitem a um ou outro titular, ou a ambos, desenvolver o conjunto de faculdades que a titularidade confere”¹⁰¹. Assim, conclui o autor argentino que pode haver titularidade com exercício atual do pátrio poder, ou titularidade com faculdades potenciais de atuação, subsidiárias ou dependentes, segundo se estabeleça em lei¹⁰².

99 *Idem, loc. cit.*

100 *Idem, p.700-701.*

101 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002, p.700-701.

102 *Ibidem, p.703.*

Outro autor argentino, Jorge Azpiri, após afirmar que o conceito de pátrio poder evoluiu através do tempo e que este fenômeno foi seguido pela legislação argentina, aduz que:

A expressão pátrio poder alude por uma parte à figura do pai, ainda que haja opiniões no sentido que está também inserida a figura da mãe, e por outra parte a expressão “poder” que, segundo dicionário é a faculdade que alguém tem para mandar sobre uma coisa, sendo sinônimo de domínio, jurisdição e poder¹⁰³.

Este mesmo autor, após anotar que a expressão pátrio poder já não reflete o sentido atual da instituição, aponta que em algumas legislações se modificou, prevendo-se agora a expressão “autoridade dos pais”, como no código francês.

Para ele, “a forma atual de encarar este instituto tende a enfatizar que se trata de beneficiar o menor pondo em jogo os deveres e responsabilidades dos pais em relação aos filhos”¹⁰⁴.

Quanto à titularidade e ao exercício do pátrio poder, Jorge Azpiri, ainda que admita que a linha divisória entre estes conceitos podem resultar em alguns casos em alguma dúvida, explica que “a titularidade alude ao conjunto de deveres e direitos que a lei reconhece em favor de ambos os pais, enquanto que o exercício se refere à possibilidade de atuar em cumprimento desses deveres e direitos”¹⁰⁵.

Concluindo esta seção, aduz-se que o estudo do direito comparado – relativamente ao poder familiar – contribui para o nosso direito positivo, sendo uma fonte importante de interpretação de nossos dispositivos constitucionais e legais.

103 AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p.263.

104 *Ibidem*, p.264.

105 *Idem*, p.265.

3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O artigo 226, parágrafo sétimo, da Constituição brasileira trata do planejamento familiar como livre direito do casal, que deve estar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, proibindo-se qualquer intervenção de natureza coercitiva de instituições oficiais ou privadas:

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 privadas¹⁰⁶.

Este dispositivo foi regulamentado pela Lei nº. 9.263/1996 que trata do planejamento familiar, além de prever penalidades em casos de violação ao que dispõe o dispositivo constitucional:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

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 saúde¹⁰⁷.

Segundo o legislador ordinário, o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”¹⁰⁸, proibindo-se qualquer ação que vise a algum tipo de controle demográfico.

106 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

107 BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 26 set.2022.

108 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez., 2016.

O Código Civil, por sua vez, praticamente repetindo o texto constitucional, consagrando o princípio e confirmando sua importância, prevê que:

Art.1.565. [...] §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 públicas¹⁰⁹.

Desta forma, o livre planejamento familiar encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, além de estar intimamente ligado à paternidade responsável¹¹⁰.

Para Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Luísa Cristina de Carvalho Morais o princípio do planejamento familiar:

[...] constitui direito fundamental intimamente relacionado à autonomia da vontade e à proteção da interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, cujo fundamento está na autodeterminação, que neste caso, é exercida em conjunto, no âmbito da célula familiar¹¹¹.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo 12, estabelece que:

[...] ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Todos os seres humanos têm direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques¹¹².

Comentando o artigo 226, parágrafo sétimo, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos esclarecem que ele é direcionado ao planejamento familiar, que só

109 BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 out.2022.

110 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez., 2016.

111 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

112 *Ibidem*.

pode ocorrer desde que respeitados os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável¹¹³.

Para Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos:

Medidas deploráveis como a do Banco Mundial, que pressionou Estados indianos a forçar o planejamento familiar à força (sic), inclusive com pena de prisão para os casais com dois filhos que não abortassem o terceiro (Estado de Maharashtra), no Brasil são proibidos pela constituição, pois a liberdade do casal não pode ser atingida por interesses que atentem contra a dignidade humana¹¹⁴.

Segundo Ana Virgínia Ramos e Luísa Moraes, desde que o planejamento familiar não afete outros princípios constitucionais, não cabe ao Estado interferir nas decisões que dão rumo ao desenvolvimento da família, por envolver nitidamente a questão da procriação.

É bem verdade que a reprodução já pode não ser mais considerada como elemento constitutivo da família, sem a qual nem mesmo seria possível reconhecê-la. Nesse sentido, Clovis Beviláqua, autor do Código Civil de 1916, conceituava família como a “associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito”¹¹⁵.

Atualmente, por óbvio, a procriação não pode estar imediatamente vinculada ao conceito de família, o que não significa, porém, que ela seja um elemento desimportante, pois, “ao contrário, na grande maioria das vezes, esta célula da sociedade se forma entre duas pessoas, unidas por laços afetivos e com o desejo de ter filhos”¹¹⁶.

Como visto acima, no Brasil, a decisão quanto ao número de filhos é de livre escolha dos pais, observando-se que:

Com o avanço da ciência, os direitos reprodutivos evoluíram, sendo que a decisão de ter ou não ter filhos tornou-se mais segura, seja pelo

113 MARTINS, Ives Gandra; BASTOS Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.8. São Paulo: Saraiva, 1998.

114 *Ibidem*, p.962-963.

115 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.18.

116 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

desenvolvimento de novas técnicas reprodutivas, seja pelo aperfeiçoamento dos métodos contraceptivos¹¹⁷.

De se destacar, firme nas lições das autoras acima referidas, que o princípio fundamental do planejamento familiar, como qualquer outro, comporta certa relativização, levando-se em consideração, por exemplo, cada realidade, a religião, o desejo e a vontade; assim, a questão reprodutiva, ainda que esteja no âmbito da vida privada:

Encontra limites por envolver outros indivíduos, as crianças, que necessitam de proteção, e cujo tratamento desrespeitoso pode exigir a intervenção do Estado, em nome do princípio do melhor interesse da criança (art. 227 CF), e, acima de tudo em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º., III da Constituição Federal)¹¹⁸.

A questão, no entanto, torna-se tormentosa porque o princípio do livre planejamento familiar e os demais direitos fundamentais constitucionalmente assegurados não estão perfeitamente definidos, especialmente quando se trata de formas atuais de concepção de embriões em laboratório, além da evolução da genética.

A controvérsia está justamente no fato de que atualmente não se pode descrever limites exatos ao planejamento familiar, sabendo-se que tal planejamento encontra óbices como, por exemplo, na tutela da criança. Neste aspecto, importante destacar, com base nas mesmas autoras acima referidas, que a partir do momento que “ocorre o desrespeito a outro princípio fundamental que, naquela situação, deve prevalecer, se comparado ao planejamento familiar, o Estado precisa intervir para evitar maiores danos”¹¹⁹, razão pela qual o princípio do planejamento familiar limita-se a partir da análise de cada caso concreto, autorizando-se ou não a intervenção estatal.

Como se vê, no Brasil, o constituinte originário destacou a necessidade do planejamento familiar e da paternidade responsável. Mas, o que seria exatamente uma paternidade responsável, nos termos da disposição constitucional?

117 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, p.5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

118 *Ibidem*, loc. cit.

119 *Idem*, loc. cit.

Para José Afonso da Silva, trata-se da paternidade consciente, “não animalesca”¹²⁰. Ainda na fala do autor:

Na paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana, é que se fundamenta o planejamento familiar que a constituição admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício¹²¹.

Conforme a sua lição, sempre pertinente, o constituinte originário “não se satisfez em declarar livre o planejamento familiar, indo mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas”¹²².

Assim, conforme Nader Natal:

Cumpra ao casal determinar livremente o número de seus filhos, sem a coerção de entidades privadas ou do poder público, devendo este assegurar o acesso à educação, à informação e aos meios e métodos adequados de controle da natalidade, respeitadas as convicções éticas e religiosas dos pais, bem como a ordem legal vigente¹²³.

Ainda sobre a paternidade responsável, importante trazer à colação o entendimento de Alexandre de Moraes, segundo o qual:

Em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais, e aplicando-se os princípios da convivência das liberdades públicas e da concordância das normas constitucionais, o princípio da paternidade responsável, consagrado no parágrafo sétimo, do artigo 226, deve ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana¹²⁴.

Em outra obra, o mesmo autor reafirma que a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares, entre elas o planejamento familiar:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar

120 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.777.

121 *Ibidem*, *loc. cit.*

122 *Idem*.

123 NATAL, Nader, O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, v.305, ano 85, jan/mar/1989, p.346.

124 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p.1996.

recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas¹²⁵.

Ademais, segundo o autor:

É dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹²⁶.

Outrossim, importante ressaltar, relativamente ao tema, que em relação aos menores deve ser atendido o princípio da prioridade, conforme consta do artigo 227 da Constituição Federal; neste sentido, nota-se que:

O constituinte originário pretendeu reafirmar a proposição de que os direitos fundamentais são titularizados por todos, incluindo os menores, com o propósito deliberado de deferir-lhes o princípio da prioridade de tratamento, não havendo controvérsia sobre a guarida da criança e do adolescente no contexto dos direitos destinados ao ser humano¹²⁷.

3.1 Autonomia reprodutiva

É necessário tratar também da autonomia reprodutiva, que tem como um dos seus fundamentos o livre planejamento familiar que, como já foi visto, é um direito garantido pelo parágrafo sétimo do artigo 226 da Constituição Federal¹²⁸.

Outro fundamento da autonomia reprodutiva é o direito ao corpo, pois muitas violações à autonomia reprodutiva acabam resultando em casos até de lesão corporal, a exemplo de erros em procedimentos médicos que atingem a integridade psicofísica da pessoa, tirando-lhe a possibilidade de escolher se quer ou não ter filhos. Além dessa perspectiva, tem-se também a ideia de que o direito ao corpo dá suporte à proteção da autonomia reprodutiva.

O avanço tecnológico impôs que o direito se transformasse e se ressignificasse no que diz respeito ao direito ao corpo. Assim, a adequada compreensão do direito ao

125 *Idem. Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p.741-743.

126 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p.743.

127 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.394-395.

128 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out.2022.

corpo é aquela que “abrange todas as diversas formas de tutela frente às violações de uma autonomia reprodutiva, que também se manifesta como autonomia corporal”¹²⁹.

Para Stefano Rodotà, citado por Carlos Konder e Cíntia Konder, na esfera da reprodução:

Vivemos uma longa história de libertação de limites naturais, jurídicos, e culturais: primeiro com recurso aos métodos contraceptivos, que separaram a sexualidade da reprodução, permitindo um movimento rumo à procriação responsável; segundo com as técnicas de reprodução assistida, que separaram a reprodução da sexualidade, pondo ênfase no “filho desejado” e permitindo a livre escolha do se, como e quando procriar¹³⁰.

O desenvolvimento dos métodos contraceptivos trouxe grandes transformações, tanto para o direito quanto para a sociedade; neste aspecto, importante destacar que a pílula anticoncepcional, diferente dos demais métodos já conhecidos à época, foi extremamente eficaz “em separar a sexualidade e reprodução e permitir um controle muito mais efetivo do processo reprodutivo pela mulher”¹³¹.

A pílula trouxe também uma autonomia inexistente às mulheres e, somado aos movimentos feministas, deu a elas uma verdadeira emancipação social e sexual. Com isso, elas passaram a experimentar uma liberdade que era desconhecida, dando-lhes “o direito a manter uma vida sexual ativa sem ter filhos”¹³².

Com o tempo, surgiram diversos casos de falhas de métodos contraceptivos, a exemplo do conhecido caso das “pílulas de farinha” e das falhas envolvendo o “dispositivo intra-uterino” (DIU) que passaram a ser caracterizados como uma violação à autonomia reprodutiva, privando a mulher do direito de não ter filhos. Surgiu, inclusive, o questionamento se haveria um dano indenizável nos casos dos filhos nascidos por falha na contracepção.

129 TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

130 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez.2016.

131 *Ibidem*, p.117.

132 *Idem, loc. cit.*

Outrossim, importante ressaltar que se costuma diferenciar as hipóteses de “nascimento equivocado”, “vida equivocada” e “parentalidade custosa”¹³³.

A parentalidade custosa “ocorre quando há o nascimento de um filho não planejado, saudável, por conta de uma esterilização frustrada ou de um tratamento médico errado”¹³⁴.

Já o nascimento indesejado “se daria quando o filho fosse planejado, mas uma falha médica no diagnóstico ou na informação sobre a saúde do feto privou os pais da possibilidade de interrupção da gravidez”¹³⁵.

Antonio Pinto Monteiro, citado por Carlos Konder e Cíntia Konder, diferencia ainda, o nascimento equivocado que são os casos em que “os pais pleiteiam a indenização pelo nascimento do filho”, da vida equivocada, que ocorre “quando o próprio filho pleiteia indenização por ter nascido”¹³⁶.

Quando se refere à reprodução assistida e autonomia reprodutiva, a discussão torna-se ainda mais complexa, pois a tecnologia impacta de forma grave no direito de ter ou não ter filhos.

3.2 Os responsáveis por lesões à liberdade procriativa

Para Carlos Konder e Cíntia Konder, existem três atores responsáveis por lesões à liberdade procriativa no Brasil: o Estado, as clínicas (e sua equipe) e os cobeneficiários da técnica¹³⁷.

Ainda, para os autores:

Os órgãos estatais, administrativos ou legislativos, regulam ou pretendem regular o acesso às técnicas de forma incompatível com a principiologia constitucional, criando distinções injustificadas e restrições incompatíveis com a tutela da dignidade da pessoa humana¹³⁸.

133 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez.2016, p.121.

134 *Ibidem*, loc. cit.

135 *Idem*, p.122.

136 *Idem*, loc. cit.

137 *Idem*.

138 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez.2016, p.123.

Neste sentido, nada obstante algumas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias prevalecem o entendimento de que o Estado não tem o dever de arcar com tratamentos de reprodução assistida no sistema público de saúde, “acabando por restringir a autonomia reprodutiva de todos aqueles que não têm condições financeiras de arcar com os caros tratamentos envolvidos.”¹³⁹

Mas não somente o Estado pode ser apontado como obstáculo à liberdade procriativa no Brasil, pois são os médicos e as clínicas que aplicam os procedimentos, além de outros prestadores de serviço, como os “bancos de sêmen”, os responsáveis pela criopreservação de embriões e as agências de gestação substitutivas¹⁴⁰.

Segundo os mesmos autores:

É incompatível com a dignidade da pessoa humana coisificar a criança ou feto por nascer como produto encomendado pelos pais, com características genéticas específicas, mas, novamente, deve-se reconhecer a violação à autonomia reprodutiva dos beneficiários da técnica como alteração do projeto de vida¹⁴¹.

Como terceiro responsável pela lesão à liberdade procriativa no Brasil, pode-se apontar o próprio casal que procura a utilização da técnica, mas durante o procedimento, muitas vezes caríssimo e longo, um deles diverge a respeito do prosseguimento, ou não pode mais consentir.

Concluindo o texto, Carlos Konder e Cíntia Konder afirmam que “é possível reconhecer a existência, no ordenamento brasileiro, de uma autonomia reprodutiva, que garante a defesa da liberdade de escolher se, quando e como procriar e desenvolver a atividade de genitor”¹⁴².

Assim, para eles:

A autonomia reprodutiva se coloca como parte da autonomia existencial da pessoa humana, que, associada à privacidade, pode ser entendida como “a proteção de escolhas de vida contra qualquer forma de controle público e

139 Em sentido contrário ver: RIO DE JANEIRO. Tribunal da Justiça – TJRJ, 16ª CC., Ap.0009211-56.2014.8.19.0037, Rel. Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito, jul. 28/09/2015. De outro lado, a favor: TJRJ 6ª CC., Ap.0356648-02.2012.9.19.0001 Rel. Des. Ines da Trindade, Julg. 16/07/2014.

140 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez.2016.

141 *Ibidem*.

142 *Idem*.

estigma social” ou a “reivindicação dos limites que protege o direito de cada indivíduo a não ser simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto”, que marcam “uma inclusão progressiva de novos aspectos de liberdade”¹⁴³.

Neste aspecto, nada obstante não haver notícias sobre casos brasileiros, pode-se apontar o casal americano Davis e Kass que se divorciaram durante o procedimento e a esposa “buscava a implantação, mas a justiça americana resguardou o direito do marido de não ser pai contra a sua vontade”¹⁴⁴.

Neste tópico, faz-se referência à Constituição portuguesa, especialmente ao artigo 67, 2, d, que afirma que incumbe, designadamente, ao Estado, para a proteção da família, garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planejamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

Comentando este dispositivo, José Joaquim Canotilho e Vital Moreira, afirmam que:

O direito ao planejamento familiar e à maternidade e paternidade conscientes estão reconhecidos, impondo-se ao Estado a divulgação dos necessários conhecimentos e a criação das estruturas jurídicas e técnicas pertinentes¹⁴⁵.

Para eles:

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais – informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se, sobretudo, as capacidades cognitivas e a capacidade para autodeterminação¹⁴⁶.

143 KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez.2016.

144 *Ibidem*.

145 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v.1. Coimbra: Coimbra, 2007, p.569.

146 *Ibidem*, p.858-859.

O artigo 67, 2, e, da Constituição de Portugal, limita-se a prever a incumbência do Estado em “regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”¹⁴⁷.

Comentando este dispositivo, Jorge de Miranda e Rui Medeiros afirmam:

A constituição não regula *ex professo* esta complexa temática. Mas, em face do expresso mandato constitucional que se extrai do artigo 67, 2, e, não pode o legislador refugiar-se na complexidade da problemática da procriação assistida para permanecer inativo sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Por isso, como se procura demonstrar desenvolvidamente na anotação ao artigo 24, a propósito do estatuto jurídico do embrião, existe, atualmente, no Direito Português, uma omissão legislativa inconstitucional – omissão parcial, ainda que relativamente extensa -, dada a ausência de instrumentos de proteção da vida do embrião humano em situações de risco típicas, como as que resultam da sua criação e manuseamento nos domínios da procriação assistida e da investigação científica¹⁴⁸.

Para eles, a proibição de criação de embriões para o uso na investigação científica não basta para satisfazer a verdadeira proibição de déficit legislativo, não devendo ser ignorado, “na concreta conformação, legal ou extralegal, da procriação assistida”, os direitos e interesses constitucionalmente protegidos. A própria constituição portuguesa, no artigo 67, 2,e, impõe que a questão seja equacionada à luz do princípio basilar da dignidade da pessoa humana (art.1)¹⁴⁹.

Ainda comentando a Constituição portuguesa, mais especificamente o artigo 36, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira anotam que:

O direito a constituir família implica não apenas o direito de estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos; direito que, embora não seja elemento essencial do conceito de família e nem sequer a pressuponha, lhe vai naturalmente associado. Isso compreende tanto a liberdade de procriação, como o direito a uma paternidade e maternidade consciente e responsável¹⁵⁰.

147 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v.1. Coimbra: Coimbra, 2007, p.859.

148 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005, p.695.

149 *Ibidem*, p.695,696.

150 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. *Op. cit.*, p.567.

Destarte, o direito a constituir família significa que todas as pessoas, independentemente da situação jurídica (casados ou não, por exemplo), têm o direito de procriar, que não é ilimitado, por óbvio¹⁵¹.

Assim, o direito de procriar não é absoluto, podendo-se colocar a questão de saber se o direito de procriar vale igualmente para portadores de doenças genéticas e contagiosas graves ou para menores ou adultos com deficiência psíquica grave. Também, do ponto de vista do acesso aos procedimentos de procriação, põe-se a questão de saber se o direito de procriar envolve também um direito de recurso aos referidos procedimentos; de toda maneira, as limitações ou as restrições do direito de procriar estão sujeitas às normas constantes na Constituição e ao princípio da proporcionalidade¹⁵².

A questão da autonomia reprodutiva é fundamental ser discutida nessa tese, pois diz respeito à possibilidade de admissão do bebê medicamento, como será visto no próximo capítulo.

151 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005, p.696.

152 *Ibidem*, p.399-400.

4 O BEBÊ MEDICAMENTO

Tratar-se-á agora do tema central da presente dissertação, qual seja o bebê medicamento. Antes de aprofundar as discussões e problematizações que a questão enseja, faz-se necessário trazer a sua origem, o conceito e a sua regulamentação jurídica.

Neste sentido, observa-se que o termo “bebê salvador” tem origem na expressão inglesa “*saviour sibling*” que quer dizer “irmão salvador”. O termo, na língua inglesa, foi utilizado pela primeira vez no ano de 2002 por Julian Savulescu e Merle Spriggs, em um artigo publicado no *I Journal of Medical Ethics*¹⁵³.

Desde então, o termo “bebê salvador” vem sendo utilizado para “qualificar a criança que nasce após um membro da família adoecer para servir como doador de material humano como forma de tratamento. Essa criança pode ser concebida naturalmente ou através da técnica de fertilização *in vitro*”¹⁵⁴.

Há também outros grupos de crianças que são enquadradas como “bebês medicamentos”, apesar da terminologia não ser tão adequada a elas. Veja-se:

Assim, é possível identificar alguns grupos em relação aos quais é utilizado o termo “bebê medicamento”: a) aquela criança que é concebida naturalmente com o objetivo de fornecer material para um irmão mais velho doente; b) aquela que é concebida por meio da fertilização *in vitro*, com diagnóstico pré-implantação e teste de compatibilidade HLA, isto é, com realização de teste prévio para garantir a compatibilidade entre os irmãos; c) aquela criança já nascida que será o doadora de material genético para o irmão doente¹⁵⁵.

As duas primeiras categorias geram mais discussão, “já que as crianças nascem deliberadamente para servir como doadores”¹⁵⁶.

Essa dissertação limitar-se-á a estudar a segunda categoria de “bebê medicamento”, que são as crianças concebidas por meio da fertilização *in vitro*, com diagnóstico pré-implantação e teste de compatibilidade HLA, ou seja, através do

153 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.119.

154 *Ibidem*, p.119.

155 *Idem*, p.119.

156 *Idem*, p.119.

processo de seleção embrionária para que possa efetivamente ter alta chance de compatibilidade entre os irmãos e que o tratamento da doença seja frutífero¹⁵⁷.

A técnica de fertilização *in vitro* “consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os em uma placa de Petri, para, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora”¹⁵⁸. Após ser realizada uma análise dos espermatozóides e dos óvulos, normalmente a mulher passará por um processo de indução à ovulação, como uma forma de estímulo à produção de óvulos, para garantir o sucesso da técnica e aumentar o número de óvulos que serão fecundados e implantados¹⁵⁹.

Como forma de estimular a ovulação, a mulher é submetida a tratamento com hormônio; para avaliar o bom desenvolvimento dessa estimulação, são feitas dosagens de hormônio (estrogênio) no sangue e avaliado o crescimento dos folículos ovarianos, através de exame de ecografia¹⁶⁰.

Se os níveis de estrogênio estiverem adequados e os folículos com um bom tamanho, será desencadeada a ovulação, com injeção de gonadotrofina coriônica (Hcg), responsável pela maturação final do óvulo¹⁶¹.

Após cerca de trinta e seis horas, vai ser realizada uma punção e o parceiro deverá doar o sêmen ou deverá ser recolhido o sêmen congelado. Assim, os óvulos e espermatozóides são analisados e colocados em contato, aguardando quarenta e oito horas para verificar se ocorreu a fertilização.

Observa-se que, de início, a ideia de ser possível conceber uma vida humana em laboratório chocou a sociedade. Com a evolução das pesquisas com embriões humanos se desenvolveu de forma célere a possibilidade de se realizar testes genéticos nos embriões antes de sua implantação no útero. Com isso, uma vez ocorrida a fecundação, os embriões serão testados por meio do “diagnóstico pré-implantação”. Os primeiros casos de diagnóstico pré-implantação (DPGI) foram feitos por *Handyside e Verlinky* em 1990¹⁶².

157 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

158 *Ibidem*, p.120.

159 *Idem*.

160 *Idem*.

161 *Idem*.

162 *Idem*, p.121.

Durante a fertilização é feito o diagnóstico pré-implantacional que consiste em um exame que permite auxiliar casais portadores de doenças genéticas a ter filhos saudáveis utilizando-se técnicas moleculares ou de citogenética molecular, objetivando selecionar embriões saudáveis e transferi-los para o útero. Nessa técnica, dentre os vários embriões obtidos, são retirados um ou dois blastômeros, por meio da biópsia embrionária, a fim de, posteriormente transferir somente os embriões livres das alterações genéticas.

Esse procedimento também é realizado em caso de seleção de tipagem do sistema HLA e do embrião para seleção de HLA compatíveis com um filho do casal afetado por alguma doença, cujo tratamento efetivo se dá por meio do transplante de células tronco ou de órgão¹⁶³.

Como visto, o diagnóstico pré-implantação é um método pré-natal feito em embriões com objetivo de evitar o nascimento de filhos com doenças hereditárias consideradas graves em virtude de alterações genéticas parentais com herdabilidade¹⁶⁴.

Esse diagnóstico vem sendo feito também para possibilitar que as famílias tenham crianças compatíveis com o irmão doente, para que seja realizado o tratamento de transplante de células-tronco hematopoiéticas, encontradas na medula óssea e no cordão umbilical. Para algumas doenças graves, o único tratamento possível e existente é o transplante de medula óssea ou de células do cordão umbilical¹⁶⁵.

O sucesso do transplante depende da compatibilidade do HLA entre o doador e o receptor; quanto maior a compatibilidade, maiores as chances de sucesso, veja-se:

Todo ser humano dispõe em suas células de antígenos denominados de HLA, que distinguem os antígenos do próprio organismo dos estranhos. Nosso sistema imune reconhece os antígenos diferentes aos das próprias células, levando a uma reação imunológica. Os antígenos HLA representam a marca registrada de cada indivíduo, a impressão digital única, que pode ter uma

163 RESOLUÇÃO Nº 2.168, de 21 de setembro de 2017. **Diário Oficial da União**. Publicado em: 10/11/2017. Edição: 216. Seção: 1. Página: 73. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026. Acesso em: 14 set.2022.

164 *Idem*.

165 *Idem*.

similaridade maior ou menor com duas pessoas. Assim, quanto maior a distância dessa similaridade, maior a chance de rejeição¹⁶⁶.

De acordo com Devolver, citado por Ana Claudia Brandão Ferraz:

O diagnóstico pré-implantação não é condição necessária para nascer uma criança doadora HLA compatível, tanto que antes de ser rotina o seu uso, alguns casais utilizavam a fertilização *in vitro* ou até mesmo da procriação natural, na esperança de terem filhos compatíveis com a criança doente¹⁶⁷.

Ana Claudia Brandão Ferraz discorre que é associado ao transplante de um irmão com idêntico HLA um “maior grau de sucesso em relação a outros doadores. Isso porque cada irmão tem uma chance em quatro de ter HLA idêntico de outro irmão na medida em que um herda 50% da mãe e 50% do pai”¹⁶⁸.

O diagnóstico pré-implantação para o teste HLA, por conseguinte:

É um método superior para fazer nascer uma criança doadora compatível com o receptor, já que ele fornece informação genética sobre o embrião, antes da implantação, de modo que pode ser implantado apenas aquele embrião integralmente compatível¹⁶⁹.

Para a autora, sem a realização do teste, “a taxa de compatibilidade gira em torno de 20%, com ele a compatibilidade HLA entre irmãos pode ser garantida”¹⁷⁰.

4.1 Condições essenciais para a procriação terapêutica

Existem quatro condições essenciais para que a técnica tenha sucesso: a) o metabolismo do óvulo deve estar em perfeitas condições de funcionamento; b) o espermatozoide deve penetrar o óvulo e a ele se incorporar; c) o núcleo e cromossomas do

166 *Idem*, p.121.

167 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Filhos para Cura: Bebê Medicamento Como Sujeito de Direito. *Jusbrasil*, 2020, p.120. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/149232/filhos_para_cura_ferraz.pdf. Acesso 28 set.2022.

168 *Ibidem*, p.121.

169 *Idem*, *loc.cit.*

170 *Idem*, p.122.

óvulo devem estar unidos; d) o núcleo e cromossomas do espermatozóide que penetrou também devem estar unidos¹⁷¹.

Para realizar o diagnóstico pré-implantação e testar a compatibilidade HLA, os médicos retiram uma ou duas células do embrião, sendo possível constatar os perfis genéticos dele, permitindo a não implantação daqueles que possuam características de incapacidade grave ou doenças indesejadas¹⁷².

Os médicos podem selecionar embriões geneticamente e imunologicamente compatíveis com o destinatário pretendido, aumentando-se as chances do corpo receptor aceitar o novo material pós-transplante¹⁷³.

Essa técnica médica já vem sendo aplicada em alguns países, sendo o primeiro bebê-medicamento, Jamie, um britânico que nasceu nos Estados Unidos em 2003, resultado de uma fertilização *in vitro* e um diagnóstico pré-implantação. O casal recorreu a uma clínica nos Estados Unidos para se submeter a um tratamento de fertilização *in vitro*, depois de ter sido negado esse procedimento pelas autoridades britânicas. Jamie nasceu podendo fornecer tecidos idênticos aos que seu irmão de quatro anos necessitava, já que era acometido de uma doença chamada “*Anemia Blackfan Diamond*”¹⁷⁴.

4.2 A experiência no Brasil e no Direito Comparado

Em 2005, nos Estados Unidos, Adam Nash foi o bebê escolhido entre catorze embriões pelo fato de suas células serem compatíveis com a de sua irmã Molly, portadora da doença de Fanconi¹⁷⁵.

Na Espanha, o primeiro bebê-medicamento nasceu em 2008; o sangue do seu cordão umbilical permitiu a cura de seu irmão afetado por uma grave anemia congênita¹⁷⁶.

171 WIDER, Robert. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.9.

172 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.123.

173 *Ibidem, loc. cit.*

174 *Idem, loc. cit.*

175 *Idem, loc. cit.*

176 *Idem, loc. cit.*

Na França, em 2011, nasceu Amut-Talha, um bebê livre da grave doença genética que acometeu seus irmãos mais velhos, a beta-talassemia¹⁷⁷.

Em Portugal, em 2005, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) autorizou a implementação do embrião com o objetivo de ajudar em um transplante de medula de um casal cuja filha, de cinco anos, sofria de leucemia linfoblástica¹⁷⁸.

No Brasil, esse procedimento foi realizado pela primeira vez em 2012, pela clínica Figueira e colaboradores, com o objetivo de obter células-tronco para transplante de uma menina de cinco anos que sofria da doença beta-talassemia. Foram analisados dez embriões, dos quais dois saudáveis e HLA-compatíveis foram implantados¹⁷⁹.

Após o nascimento da criança, foram coletadas as células-tronco do cordão umbilical e células da medula óssea. O irmão mais velho, após o transplante, começou a produzir células saudáveis e foi considerado curado da doença.

Em 2013, houve outro caso no Brasil, quando foi gerada uma criança a partir de um zigoto selecionado livre de doença genética e compatível de transplante com sua irmã¹⁸⁰.

Maria Clara, a criança gerada, passou por processo para evitar que tivesse talassemia¹⁸¹, com indicação de transplante de medula óssea. Ela foi escolhida quando ainda era um zigoto, de modo que nascesse sem a mesma doença da irmã Maria Vitória e pudesse ajudá-la a viver. Maria Vitória, a irmã mais velha, de 6 anos, tinha “talassemia maior”, a forma mais grave. A doença fazia com que seus glóbulos vermelhos fossem mais fracos e a deixava anêmica – para isso, recebia transfusões de sangue a cada 20 dias, aproximadamente. A única solução definitiva para a doença seria o transplante de medula óssea, onde os glóbulos vermelhos são produzidos.

A seleção genética foi necessária porque a talassemia é uma doença hereditária, ou seja, os pais das meninas possuem os genes que causariam esse mal.

177 *Idem, loc. cit.*

178 *Idem*, p.124.

179 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

180 *Ibidem*.

181 A beta-talassemia é um defeito genético na produção de cadeias beta-globinas, resultando em anemia com níveis variáveis de gravidade.

Assim, seria bastante provável que a segunda filha também tivesse a doença, o que não aconteceu porque a seleção foi feita.

De dez zigotos separados na clínica Fertility, oito dariam origem a bebês doentes e foram descartados; os outros dois foram colocados no útero da mãe, sendo que um deles se perdeu e o outro deu origem à gestação de Maria Clara.

Maria Clara nasceu em 11 de fevereiro de 2012, mas o material não pode ser retirado de uma doadora tão pequena. O transplante só foi feito em 27 de março de 2013¹⁸².

Para Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹⁸³, a possibilidade de nascimento de um “bebê salvador” requer o preenchimento de circunstâncias específicas, comuns na apreciação por parte dos diversos países, a saber: a) a doença que afeta a pessoa precisa ter um componente genético que possa ser facilmente identificado por meio de um teste genético; b) a doença precisa ser considerada severa e só pode ser tratada por meio de transplante, envolvendo células-tronco do cordão umbilical e da medula óssea, ou do sangue periférico; c) que não tenha um doador compatível; d) a doença não deve ser imediatamente fatal, já que pode levar anos para que o irmão salvador seja capaz de fornecer todo o material biológico necessário ao irmão doente.

O tratamento com células-tronco pode ser usado para combater diversas doenças, sendo normalmente associado ao tratamento de cânceres de sangue e medula óssea, como leucemia, linfoma *Hodgkin*’s e outras doenças do sangue que não são cânceres¹⁸⁴.

Importante frisar que existem muitos registros de casos bem sucedidos ao redor do mundo, mas isso não minimiza os impactos e discussões na sociedade e na comunidade científica a respeito da eticidade dessa prática¹⁸⁵.

182 CRIANÇA selecionada geneticamente doa medula e cura doença da irmã. *G1*. Publicada em: 19 abr.2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/04/crianca-selecionada-geneticamente-doa-medula-e-cura-doenca-da-irma.html>. Acesso em: 14 set.2022.

183 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

184 *Ibidem*.

185 *Idem*.

Por óbvio, a regulamentação jurídica acerca da realização do diagnóstico pré-implantação varia de acordo com o país, havendo, portanto, certo consenso acerca da limitação ao seu uso¹⁸⁶.

Nos Estados Unidos não há legislação federal regulamentando o diagnóstico pré-implantacional, nem sequer normas deontológicas acerca do “bebê salvador”. Diante da falta de regulação, acaba por ficar a cargo dos médicos e dos pais a decisão do que e como fazer, sendo discricionária a decisão da utilização da técnica, bem como os aspectos éticos e morais envolvidos¹⁸⁷.

Em 2003, o casal Michele e Hayson Whitaker realizou o procedimento em Chicago, após a negativa do *Human Fertilisation Authority* na realização da técnica¹⁸⁸.

Diferente do que ocorre nos Estados Unidos, no Reino Unido houve uma ampla discussão acerca das questões éticas que a utilização do referido diagnóstico traz. O *Human Fertilisation and Embrioly Act* 1990 não previa a hipótese de utilização de fertilização *in vitro*, com diagnóstico prévio, para o nascimento do “bebê-medicamento”. Em 2008, houve uma alteração para deixar clara a possibilidade de implantar um embrião compatível HLA com uma criança doente, para o transplante de células-tronco, com algumas limitações, só podendo ser utilizado em caso de irmãos, não podendo haver a finalidade e doação de órgãos e devendo ser utilizadas células-tronco do cordão umbilical, da medula óssea ou de outro tecido da criança¹⁸⁹.

Em Portugal, a Lei nº. 32/2006, com as alterações da Lei nº. 58/2017, não se refere propriamente ao uso do diagnóstico pré-implantação para teste de compatibilidade HLA, apesar de seu art. 28 contemplar a sua realização para o diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, de acordo com o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida¹⁹⁰.

Na Espanha, a Lei nº. 14/2006 regulamenta as técnicas de reprodução assistida e permite a realização do diagnóstico para fins de teste de compatibilidade HLA, porém condiciona a prática à prévia autorização da autoridade sanitária

186 *Idem*.

187 *Idem*.

188 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.133.

189 *Ibidem*.

190 *Idem*.

correspondente e a um parecer favorável da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida¹⁹¹

Na França, desde 2004, a lei autoriza a prática, desde que a Agência de Biomedicina autorize.

Na Itália, uma lei aprovada em 2004 é uma das mais conservadoras de toda a Europa e seus dispositivos vêm sendo questionados na Corte Constitucional Italiana, que já derrubou regras como a proibição de doação de espermatozóides e óvulos, assim como em relação ao número de óvulos que poderiam ser fecundados, reduzidos a três, que deveriam ser todos implantados, já que é vedado o descarte e o congelamento¹⁹².

Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos repreendeu a Itália para permitir que casais com doenças optassem por utilizar embriões saudáveis, entendendo que a escolha tratava-se de um direito do casal¹⁹³.

Na Alemanha, a realização do diagnóstico foi permitida em julho de 2011, mas de forma limitada; para que seja possível a sua realização os casais precisam receber aconselhamento genético e precisam ter a solicitação aprovada por um comitê de ética¹⁹⁴.

Importante ressaltar que razões de natureza ética e disciplinar levaram vários países a regulamentar a prática do diagnóstico pré-implantacional, pois normas meramente internas (médicas) não dão conta de atender as várias demandas que envolvem a questão.

4.3 A normatividade do procedimento no Direito positivo brasileiro

No Brasil, não há lei sobre reprodução humana assistida e a matéria hoje é regulamentada apenas por resoluções do Conselho Federal de Medicina, normas de caráter ético e dirigidas aos profissionais de saúde¹⁹⁵. Esta ausência de legislação específica é problemática porque retira da sociedade civil a possibilidade de um

191 *Idem*.

192 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

193 *Ibidem*, p.134.

194 *Idem*.

195 *Idem*, p.135.

debate mais amplo acerca de matéria tão delicada, deixando para o âmbito restrito do Conselho Federal de Medicina toda a discussão e a normatização, retirando a possibilidade de democratização do debate, bem como de se estabelecer políticas públicas.

Feita esta ressalva, observa-se que a primeira resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a matéria foi a de nº 1.358/1992 que previa em seu item VI, a possibilidade de realização de diagnóstico pré-implantação para evitar a transmissão das doenças hereditárias genéticas¹⁹⁶.

A Resolução nº 2.013/2013-CFM, pela primeira vez, tratou da possibilidade de utilização do diagnóstico pré-implantação para realização de fertilização *in vitro* e seleção de embrião compatível HLA com outro filho doente:

VI- DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES:

- 1 As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.
- 2 As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito da seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.
- 3 O tempo máximo de desenvolvimento de embriões “in vitro” será de 14 dias¹⁹⁷.

Uma nova resolução, a de nº. 2.121/2015 revogou a anterior, estabelecendo:

VI- DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES:

- 1 As técnicas de RA podem ser aplicadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças-podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados.
- 2 As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito da seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal, já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.
- 3 O tempo máximo de desenvolvimento de embriões “in vitro” será de 14 dias¹⁹⁸.

196 *Idem*.

197 RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013, de 16 de abril de 2013. *CREMESP*, 2013. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=11185>. Acesso em: 12 set.2022.

198 RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121, de 16 de julho de 2015. *CREMESP*, 2015. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=13408&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=2121&situacao=VIGENTE&data=16-07-2015>. Acesso em: 12 set.2022.

Por fim, a Resolução nº 2.320/2022-CFM, atualmente em vigor, mantém a possibilidade de utilização do diagnóstico pré-implantação para o nascimento do “bebê-salvador”:

VI- DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES:

1 As técnicas de reprodução assistida podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido.

2 As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitária Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3 O tempo máximo de desenvolvimento de embriões “in vitro” é de até 14 dias¹⁹⁹.

Observa-se que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 115/2015, que disciplinará a reprodução assistida no Brasil, prevendo:

Art.4º O Diagnóstico pré-implantacional de embriões tem como objetivo avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves a fim de tratá-las ou impedir sua transmissão.

§ 1º O Diagnóstico pré-implantacional e toda e qualquer intervenção sobre embriões in vitro somente serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal ou pessoa que se submete às técnicas reprodutivas.

§ 2º Os procedimentos diagnósticos dirigidos a avaliar a capacidade reprodutiva e a viabilidade da fertilização e/ou implantação que envolvam manipulação de gametas ou embriões são submetidos às disposições deste Estatuto.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias

Art.5º As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave²⁰⁰.

199 RESOLUÇÃO CFM Nº 2.320, de 1º de setembro de 2022. *CREMESP*, 2022. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=19910&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=2320&situacao=VIGENTE&d ata=00-00-2022>. Acesso em: 12 set.2022.

200 BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. *Câmara dos Deputados*. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 20 out.2022.

Tramita também no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.880/2017 que estabelece a possibilidade de implantação de embriões humanos produzidos *in vitro* com o intuito de doação de células ou tecidos para utilização terapêutica em irmão.

O referido projeto propõe a alteração da Lei nº 9.263/1996 que trata do planejamento familiar, senão veja-se:

Art.2º A Lei nº 9.263 de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 9º-A: [...].

Art.9º-A. É permitida a implantação de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, cujo diagnóstico genético pré-implantacional demonstrar ausência de patologia geneticamente determinada, com intuito de doação de células ou tecidos para utilização terapêutica em irmão que a apresente, de acordo com as normas regulamentadoras.

Parágrafo único: O procedimento não provocará dano irreversível ao doador e respeitará sua autonomia (NR)²⁰¹.

Observa-se que na jurisprudência brasileira encontra-se uma decisão liminar proferida na comarca de Rio Grande, no Rio Grande do Sul, determinando que o Poder Público custeasse o procedimento de fertilização *in vitro* de um casal que pretendia ter um bebê para servir como doador do filho de onze anos, portador de leucemia. A decisão fundamentou-se no direito à saúde, ressaltando que crianças e adolescentes têm prioridade na efetivação dos direitos à vida e à saúde²⁰².

Ocorre que o referido projeto de lei, embora trate do diagnóstico pré-implantacional para fins de evitar transmissão de doenças hereditárias, não contempla a possibilidade de realização para fins de nascimento de bebê compatível HLA com outra criança enferma²⁰³.

Com isso, pode haver uma dissonância entre os valores bioéticos adotados pela comunidade médica brasileira e os valores eleitos pelo sistema jurídico brasileiro, como merecedores de proteção. Por isso a necessidade de perfeita regulamentação da matéria, diante do vazio legislativo existente e dos questionamentos éticos e jurídicos que surgem²⁰⁴.

201 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

202 *Ibidem*, p.139.

203 *Idem*.

204 *Idem*.

Portanto, não há no Brasil lei que discipline a matéria, mas apenas normas ético-profissionais, algumas, inclusive, conflitantes com as normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, o que traz dúvidas e insegurança jurídica²⁰⁵.

Neste aspecto, vale ressaltar a opinião de Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Luísa Cristina de Carvalho Moraes, segundo as quais:

Considerando que a regulamentação do Conselho Federal de Medicina não tem força de lei, há verdadeiramente uma lacuna sobre o tema no país. O descumprimento da previsão acima pode, no máximo, levar à cassação da licença médica do responsável. A ausência de previsão, nesse caso, não é de se estranhar, visto que o primeiro caso *saviour sibling* brasileiro é recente, e os desafios e questionamentos mal começaram em território nacional²⁰⁶.

Por isso, é de extrema urgência que seja editada uma lei própria que defina conceitos, regulamente práticas e estabeleça limites a serem respeitados pelas ciências médicas, levando sempre em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁷.

4.4 Origem e conceito de bebê medicamento

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o “bebê-medicamento” é uma pessoa concebida intencionalmente para salvar um irmão mais velho, portador de uma doença genética grave; após o parto, faz-se uma coleta do sangue umbilical para o futuro transplante, caso o bebê seja compatível com o seu irmão doente; a presença de uma hemoglobina funcional pode acarretar a cura total dessa doença²⁰⁸.

Segundo Flaviana Estrela Maroja e Agnés Lainé²⁰⁹, pode haver vários projetos de gravidezes; assim, por exemplo, há mulheres que engravidam apenas com o desejo de se sentirem grávidas e testarem a funcionalidade de seu corpo; outras têm

205 Exemplo dessa afirmação é o provimento nº 61/2017, do Conselho Nacional de Justiça, que garante a revelação da identidade do doador de espermatozoides e óvulos, como reconhecimento do direito à ascendência biológica, enquanto as resoluções do Conselho Federal de Medicina adotam o sistema do segredo absoluto.

206 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

207 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.140.

208 MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnés. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. *Revista de saúde mental e subjetividade da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC*, v.IX, n.17, jul./dez. 2011, p.571-587.

209 *Ibidem*.

desejo de se tornarem mães e a gravidez é apenas um meio para essa finalidade maior; há um terceiro grupo de mulheres que engravidam para se afirmarem mulheres, no sentido de provar uma feminilidade.

Ao lado desses projetos de gravidezes, as autoras propõem mais um: o desejo de procriar uma cura; nesse sentido, afirmam que tal:

Desejo é, em parte, um tanto incestuoso: um filho para meu filho. Uma reparação para o filho narcisicamente debilitado, sendo o transplante um meio de poder finalmente transformá-lo no filho sonhado. Podemos também pensar que seria uma forma de acabar com a culpabilidade destes pais, de terem transmitido uma doença grave²¹⁰.

Neste mesmo trabalho, Flaviana Maroja e Agnés Lainé²¹¹ fazem um alerta sobre eventuais riscos psíquicos que podem ocorrer em tais gravidezes. Com efeito, numa gravidez típica existe uma relação biológica entre a mãe e o feto, mas também uma relação de afeto, de maneira que muitas mães, desde a gravidez, têm uma relação forte com o seu futuro bebê, imaginando-o, sonhando-o, desejando-o e criando roteiros e cenários sobre seu futuro. Assim, “essas representações maternas, ou seja, os pensamentos sobre a futura maternidade e o bebê a nascer são de extrema importância para construção da futura interação mãe-bebê após o parto”²¹².

Neste aspecto, esta gravidez pode ser considerada como um início da relação entre mãe e filho, momento de preparação para a maternidade, representando uma importante fase de surgimento de diversos conflitos psíquicos nas mulheres. Mas, no caso de uma gravidez “encomendada”, o que pode acontecer? As autoras acima referidas, a partir de diversos relatos com mães, observam “que a gravidez não simboliza um momento de prazer, e sim um momento de passagem para obter um resultado: um filho compatível”²¹³.

Com efeito, ao longo das entrevistas que foram feitas no trabalho, as autoras não encontraram representações das entrevistadas como mãe “e as pobres representações do futuro bebê estão completamente absorvidas como bebê planejado

210 *Idem*, p.574.

211 *Idem*.

212 MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnés. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. *Revista de saúde mental e subjetividade da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC*, v.IX, n.17, jul./dez. 2011, p.580.

213 *Idem*, *loc. cit.*

para a cura”²¹⁴. Esta última observação não pode ser generalizada, afirmando-se que todas as gravidezes de “bebês medicamentos” são pobres em representações maternas.

Outra ressalva importante é que, caso haja compatibilidade entre o “bebê-medicamento” e seu irmão, “algumas mães investirão duplamente, um “bebê-salvador” que contribui para o bem-estar da família e pertencente à sua filiação, dessa forma, ele será potencialmente narcísico para essa mãe”²¹⁵.

A questão é: se a compatibilidade não existe, será que a criança poderá ser amada por ela mesma? Para as pesquisadoras:

O risco é que a família não consiga apreciá-la como uma criança normal e que exista uma lamentação por ela não ter cumprido o dever de “nascer para salvar”, o dever de um “Messias”, transformando-se a criança numa ferida narcísica a mais nessa família já marcada pela transmissão de uma doença grave²¹⁶.

Aspecto também interessante abordado no trabalho de Flaviane Estrela e Agnés Lainé²¹⁷ é a que diz respeito à relação com os irmãos envolvidos, o doador e o receptor. Assim, sendo compatível, será que não haverá uma eterna dívida de um para com o outro? Por outro lado, em caso de incompatibilidade:

O bebê medicamento poderá se recusar de ser um outro, um outro que poderia trazer uma possível cura para seu irmão e, possivelmente ele será reprovado por não ter nascido à altura do desejo dos pais, mas se auto-reprovará por não ter sido a “salvação”²¹⁸.

As autoras abordam no mesmo trabalho questões éticas que envolvem a concepção de um bebê medicamento, observando, inicialmente, que a própria expressão “bebê medicamento” carrega a noção de coisificação, “um bebê-coisa”. Assim, “indubitavelmente, há um misto de excitação em torno dessas novas práticas e uma polêmica ao ver uma criança posta ao mundo, não para si, mas a fim de ajudar o outro. A criança já não é um fim em si mesmo, mas um meio”²¹⁹.

214 *Idem, loc. cit.*

215 *Idem, p.581.*

216 *Ibidem, p.581.*

217 MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnés. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. *Revista de saúde mental e subjetividade da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC*, v.IX, n.17, jul./dez. 2011.

218 *Ibidem, p.581.*

219 *Idem, p.582.*

Sob esse aspecto, poder-se-ia afirmar que o bebê medicamento representa uma regressão na evolução do reconhecimento de direitos específicos para o bebê, já que agora eles são considerados como indivíduos que carregam um determinado projeto. Perguntam, então, as autoras a quem pertence o corpo da criança? Eis a primeira questão de natureza ética, pois:

Um dos problemas éticos que essa prática impõe é o uso sem autorização da criança, que não tem o direito legal de ser responsável de si mesmo. A prática de doação de órgãos, tecidos, sangue de um irmão para o outro pode ser louvável, mas uma reflexão sobre a instrumentalização do corpo da criança precisa ser pensada²²⁰.

Outro aspecto, ainda no campo da ética, é salientado por Longneaux e Hayez, citados por Flaviana Estrela Maroja e Agnés Lainé, ao afirmarem que essa instrumentalização não é válida em todos os casos e que:

O problema não é essencialmente sobre o fato de que os “bebês-medicamentos” são projetados por razões alheias à sua vontade. A questão real é se eles estarão livres das circunstâncias especiais as quais envolvem seu nascimento. Porque nascer não é apenas sair do útero, mas também sair dos projetos de seus pais, para tornar-se sujeito da sua própria vida²²¹.

Uma terceira abordagem ainda de natureza ética – anotada pelas autoras acima referidas – diz respeito à incapacidade de a nossa sociedade moderna suportar cada vez menos a falta de soluções rápidas. Modernamente, as nossas necessidades e os nossos desejos precisam ser muito mais rapidamente preenchidos, inclusive no campo da saúde e da vida:

[...] aceitando-se menos os limites da nossa condição humana. O grande risco disso é uma eterna insatisfação, nos fazendo pensar em uma sociedade histórica, querendo sempre mais. No caso dos “bebês-medicamentos”, alguns pais estão prontos a ir muito longe para escapar da morte²²².

Neste aspecto, Fagniez, Loriau e Tayaz, citados por Flaviana Estrela Maroja e Agnés Lainé, anotam que “essas descobertas científicas possam debutar uma

220 *Idem, loc. cit.*

221 MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnés. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. *Revista de saúde mental e subjetividade da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC*, v.IX, n.17, jul./dez. 2011, p.582.

222 *Ibidem, loc. cit.*

sociedade eugênica”²²³. Para estes autores, se hoje procura se evitar a ocorrência de uma doença genética rara através do diagnóstico genético pré-implantatório, “será que amanhã não iremos determinar banalmente o sexo, a cor do cabelo, a cor dos olhos da criança por nascer, para que, finalmente, os pais possam escolher o filho ‘ideal’ fantasiado?”²²⁴.

Concluindo o seu trabalho, as autoras alertam para o fato que “os benefícios da ciência perturbam claramente as relações humanas por meio da remoção de muitos interditos, talvez essenciais para a sociedade, e algumas práticas valem ser questionadas”²²⁵.

Portanto, deve-se permanecer vigilantes:

[...] para não ceder à tentação de cair no reino das possibilidades, na medida em que a tecnologia avança, sem, primeiramente, iniciar uma séria reflexão, sendo mais importante abordar todas essas questões éticas pensando com profundo respeito a todas as pessoas envolvidas²²⁶.

Assim, se por um lado há o sofrimento de crianças doentes que exige o sentimento de solidariedade, por outro lado “não parece aceitável que o tratamento da doença de um imponha uma ameaça à integridade do corpo do outro, tendo um nascimento agendado para ser provedor de sangue, de tecidos e, se necessário, de órgãos”²²⁷.

4.5 A questão do bebê medicamento e o planejamento familiar

Como já foi visto o planejamento familiar e a parentalidade (paternidade) responsável estão previstos na Constituição brasileira e devem nortear, evidentemente, a questão relativa ao bebê-medicamento.

O planejamento familiar e a parentalidade responsável exigem dos pais uma atenção especial, ainda que seja para gerar um filho com o objetivo de curar outro.

223 *Idem, loc. cit.*

224 *Idem, p.571-587.*

225 *Idem, p.584.*

226 *Idem, loc. cit.*

227 MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnés. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. *Revista de saúde mental e subjetividade da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC*, v.IX, n.17, jul./dez. 2011, p.584.

No caso específico do “bebê-medicamento” trata-se de estabelecer se a autonomia da família autoriza a ter um filho objetivando unicamente salvar a vida de outro. Destarte, quais as consequências de tal decisão e quais seriam os princípios constitucionais eventualmente afetados? É possível admitir esse tipo de planejamento familiar, à luz, por exemplo, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana?

Para responder a estes questionamentos, Ana Virgínia Ramos e Luísa Cristina Morais apresentam os principais argumentos contrários e as posições favoráveis ao bebê medicamento. Com efeito, para as autoras o principal argumento contrário seria os chamados *designers babies*²²⁸:

[...] crianças com características genéticas específicas escolhidas (como cor dos olhos, cabelo, estatura etc.), possibilitando a seleção genética para salvar a vida de outra pessoa, abrindo-se também espaço para que essa seleção genética se dê também para fins meramente superficiais²²⁹.

Assim, “o receio é que a vontade de se ter um filho se assemelhe a vontade de se ter algo material, como um carro, por exemplo: deseja-se um bebê com olhos da cor x, cabelos da cor e textura y e assim por diante”²³⁰.

Anotam, então, as mesmas autoras que uma das grandes preocupações do futuro é tratar as crianças como simples mercadorias, com uma diferença: “não se pode trocar/devolver uma criança pelo simples fato de ela não ter vindo conforme a encomenda”²³¹.

A propósito, interessante o texto de Lori Andrews sobre o tema; diz ele:

A ousadia da espécie humana é cada vez mais incrível. Com os estudos do Genoma humano e das cadeias e códigos genéticos, é muito clara a intenção distorcida de muitos cientistas de criarem uma nova ordem mundial através da seleção genética dos seus indivíduos. Com a seleção de embriões considerados perfeitos, cria-se um difícil dilema: que lugar no mundo caberá

228 A expressão “designer babies” é adotada pelas autoras “para especificar os embriões geneticamente selecionados, tendo em vista características ligadas à aparência. Faz-se esta diferenciação pois há quem entenda que as duas expressões são sinônimos, considerando que os “designer babies” como “bebês por encomenda, que os “saviour siblings” não deixam de ser. É o caso de Juliano Ralo Monteiro: MONTEIRO, Juliano Ralo. Saviour Sibling: limites ao poder familiar: *In*: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e Direitos Fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.180.

229 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

230 *Ibidem*.

231 *Idem*.

ao menos afortunados e que não possuam as características consideradas ideais. As pessoas se dividem. Numa pesquisa feita nos Estados Unidos, 43% das pessoas foram favoráveis pela melhoria genética dos bebês por meio de métodos artificiais, o que torna o assunto ainda mais polêmico. Tudo fica mais simples quando olhamos o problema somente pelo ângulo científico, por exemplo: os cientistas alegam que será possível prever doenças e tratá-las antes do nascimento do feto, o que dá ao processo um aspecto bastante humano. Infelizmente essa visão do assunto não é verdadeira e não justifica as experiências com o gene humano²³².

Ademais, não se pode confundir os objetivos do diagnóstico pré-implantacional para salvar uma criança portadora de doença genética crônica, do caso da criação de um *saviour sibling* com finalidades eugênicas. Aliás, neste sentido, é clara a Resolução CFM nº 1957/2010 ao afirmar que:

As técnicas de reprodução assistida não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem), ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer²³³.

Assim, no Brasil, a regulamentação médica é claramente contrária à prática da seleção de características biológicas por questões fúteis.

A propósito, José Nicolau Heck afirma que:

Há muito tempo o progresso científico provoca nossas convicções e ameaça deixar o discurso moral para trás. Mais recentemente, a polêmica em torno da permissão ou proibição da eugenia negativa e positiva questiona nossa autocompreensão de natureza, moralidade e liberdade. [...] A naturalidade humana consiste, desde os primórdios da espécie, em autocriação natural, de modo que cabe à moralidade e ao direito preencherem o vácuo do destino criado pela biotecnologia²³⁴.

É preciso, portanto, diferenciar aquele caso em que se quer escolher determinadas características desejadas pelos pais, sem justificativa plausível, daquele outro caso em que são selecionados embriões livres de alguma anomalia,

232 ANDREWS, Lori. *Bebês sob medida*. 1987. Disponível em: <http://resumos.netsaber.com.br/resumo-75178/bebes-sob-medida>. Acesso em: 12 set.2022.

233 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. *Op. cit.*

234 HECK, José Nicolau. Eugenia negativa/positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas. *Veritas – Revista de Filosofia da Pucrs*, v.51, n.1, p.42-55, 2006. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/HECENO>. Acesso em: 12 set.2022.

evitando-se que a futura criança nasça com uma grave doença. Neste segundo caso enquadra-se a seleção genética de embrião compatível para salvar o seu irmão.

Assim, conclui-se que:

Os *saviour siblings* e os *designer babies* estão separados por uma grande distância. Estes não são consequências inevitáveis daqueles. Entretanto, esta não é a única polêmica que permeia o tema, tão pouco a mais dramática²³⁵.

Segundo Jürgen Habermas, citado por Marcela Gorete Rosa Maia Guerra e Valéria Silva Galdino Cardin:

À aplicação da técnica pré-implantação vincula-se a seguinte questão normativa: é compatível com a dignidade da pessoa humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Podemos dispor livremente da vida humana para fins de seleção? Uma questão semelhante se faz quanto ao aspecto do “consumo” de embriões (inclusive a partir das próprias células somáticas) para suprir a vaga esperança de um dia poder-se produzir e enxertar tecidos transplantáveis, sem ter de enfrentar o problema de transpor as barreiras da rejeição a células estranhas²³⁶.

De acordo com Marcela Guerra e Valéria Cardin²³⁷, a seleção de embriões sem critérios pré-estabelecidos, pode ocasionar a “rampa escorregadia”, termo utilizado pelos doutrinadores para dizer que essa técnica, sem a devida regulamentação, permite a prática de eugenia, ou seja, a escolha de características físicas, o sexo etc., sem que isto esteja vinculado a uma finalidade terapêutica ou preventiva.

Como no Brasil falta legislação específica, importante observar, neste aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana, “epicentro normativo e axiológico do ordenamento jurídico”, a fim de se dar à criança uma proteção especial; assim como para o embrião, pois ainda que não lhe seja conferida a especial proteção que a legislação civilista prevê ao nascituro,

235 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022. Neste sentido, conferir SHELDON, S.; WILKINSON, S. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/30/6/533>. Acesso: 12 set.2022.

236 GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. *In: RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.35, jun.2019.

237 GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. *In: RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.35, jun.2019.

“carrega a potencialidade da vida humana, e por sua vulnerabilidade, deve ser tutelado, ainda que minimamente, diante da autonomia arrazoada dos genitores e da evolução desmedida das pesquisas científicas”²³⁸.

Outro questionamento feito com frequência para contestar os *saviour babies* diz respeito ao risco de dano físico que ele pode causar, seja um risco futuro “decorrente da biópsia embrionária feita durante um procedimento do diagnóstico pré-implantação”, seja o risco de dano físico à pessoa, “resultante das técnicas invasivas de transfusões e/ou transplantes feitos para que um irmão possa salvar outro”²³⁹.

Em relação ao primeiro risco (a biópsia embrionária) não há na literatura a descrição de nenhuma consequência negativa para o embrião relacionada à retirada de uma célula para o estudo genético.

Neste sentido, Philip Wolff, Ciro Derech Martinhago e Joji Ueno afirmam que:

Erros cromossômicos numéricos são comuns durante as primeiras etapas do desenvolvimento embrionário humano, contribuem significativamente com processos de falta de implantação e são causadores da perda gestacional recorrente em pelo menos 50 por cento dos abortos ocorridos no primeiro trimestre. Tradicionalmente, a prevenção das anomalias genéticas cromossômicas em pacientes de alto risco é realizada por exames pré-natais, como a biópsia do vilo coriônico, amniocentese e a cordocentese. Uma vez diagnosticada a anomalia, não existe tratamento eficaz para portadores de aberrações genéticas e a interrupção da gestação nestes casos ainda é ética e legalmente questionável. O diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI) representa uma ferramenta valiosa aos casais de alto risco, por permitir a seleção de embriões saudáveis obtidos através de programas de fertilização *in vitro* antes de estes serem transferidos para um útero materno²⁴⁰.

Nada obstante, alguns autores entendem ser prematuro afirmar a inexistência desse tipo de risco, pois, sendo um procedimento relativamente novo, ainda não há resultados em longo prazo, havendo que se considerar, por precaução, um risco futuro, próprio da técnica, “risco este que atinge a todas as pessoas que passaram pelo diagnóstico de pré-implantacional”²⁴¹.

238 *Ibidem*, p.69.

239 *Idem*, *loc. cit.*

240 WOLFF, Philip; MARTINHAGO, Ciro Derech; UENO, Joji. Diagnóstico Genético Pré-Implantacional: uma ferramenta importante para a rotina de fertilização *in vitro*? *FEMINA*, jun.2009, v.37, n.6. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-534073>. Acesso em: 12 set.2022.

241 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, p.13. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022. Dentre os autores citados, destacam-se Sheldon e Philip Wolff, ambos referidos no citado artigo.

Diante dessa incerteza o procedimento só seria válido se a sua realização fosse feita: a) para evitar que a futura criança sofresse de uma doença genética; b) para que a futura criança seja compatível com o seu irmão doente, podendo salvá-lo.

Na primeira hipótese o benefício compensaria o risco, já que o procedimento ensejou um nascimento de uma criança saudável. Na segunda hipótese, porém, como o bebê medicamento não vai ser beneficiado diretamente pelo diagnóstico, e o benefício é voltado apenas para o seu irmão, não haveria vantagem que viesse a compensar a exposição a um risco futuro.

A partir de tais argumentos, afirma-se que o diagnóstico somente poderia ser permitido no primeiro caso. Este entendimento não é adotado por Ana Virgínia Ramos e Luísa Cristina Morais quando ponderam que “a técnica genética em si trata de seleção de embriões saudáveis, e não de fabricação ou criação deles”²⁴².

Segundo elas:

O diagnóstico somente escolhe embriões saudáveis, não os cura de nenhuma doença, podendo, no máximo, permitir que a seleção em laboratório determine dentre os embriões aqueles saudáveis, descartando os que apresentarem anomalias genéticas²⁴³.

Assim, o eventual dano físico causado pela biópsia embrionária:

Além de hipotético, não justifica a proibição da seleção genética para a criação do *saviour siblings*, uma vez que todos os embriões escolhidos pelo diagnóstico estão expostos aos mesmos riscos, e se beneficiam do mesmo fato: a seleção²⁴⁴.

Logo, o benefício para qualquer criança que foi selecionada pelo diagnóstico seria exatamente o mesmo, independentemente do objetivo por trás da técnica utilizada. No que diz respeito ao risco do dano físico à pessoa resultante das técnicas invasivas, entra-se em um debate mais complexo, pois:

Tecnicamente, não é somente o cordão umbilical do *saviour siblings* que pode ser utilizado para tentar curar a doença do irmão. Este ser humano

242 *Ibidem*, p.14.

243 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. *Op. cit.*, p.14.

244 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, p.13. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022. Dentre os autores citados, destacam-se Sheldon e Philip Wolff, ambos referidos no citado artigo.

geneticamente selecionado, além de ser livre de doenças crônicas que poderiam prejudicar a sua saúde e desenvolvimento, possui as mesmas bases genéticas de seu irmão, ou seja, é um fortíssimo candidato a transplantes bem sucedidos²⁴⁵.

A complexidade do debate está exatamente no fato de se aceitar que a criança gerada possa ser obrigada a fazer a doação, forçada por sua família a passar por um procedimento (delicado e doloroso) de transplante de medula óssea, ou mesmo doar um órgão²⁴⁶.

A resposta para esta questão, sem dúvida, é que uma criança não pode ser obrigada a passar por procedimento médicos invasivos, ainda que houvesse autorização de seus pais.

No Brasil, por exemplo, o Decreto nº 9.175/17, que regulamentou a Lei nº. 9434/97 (Lei de Transplantes) estabelece:

Art.27: Qualquer pessoa capaz, nos termos da lei civil, poderá dispor de órgãos, tecidos, células e partes de seu corpo para serem retirados, em vida, para fins de transplantes ou enxerto em receptores cônjuges, companheiros ou parentes até o quarto grau, na linha reta ou colateral.

Art.28. As doações entre indivíduos vivos não relacionados dependerão de autorização judicial, que será dispensada no caso de medula óssea.

Parágrafo único. É considerada como doação de medula óssea a doação de outros progenitores hematopoiéticos.

Art.29. Somente será permitida a doação referida nesta Seção quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos, células e partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e de sua saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável²⁴⁷.

Por fim, é importante observar que a possibilidade de realização de técnicas invasivas no irmão saudável para tratamento do irmão doente não é característica exclusiva do *saviour siblings*, mas sim de qualquer criança compatível, sendo “ingenuidade afirmar o contrário. A compatibilidade, caso descoberta em um irmão, é

245 *Ibidem*, p.14.

246 Tal situação ficou evidenciada no filme “uma prova de amor” (*My Sister’s Keeper*), de 2009, e baseado no romance de Jodi Picoult; neste filme, Anna é uma menina geneticamente selecionada para salvar a vida da irmã, Kate, que sofre de um tipo raro de leucemia. Quando a saúde de Kate se agrava, com a perda das funções renais, a sua única chance de ter um novo rim esta vinculada à irmã, que, além de saudável é compatível. No filme Anna se recusa ao transplante, requerendo judicialmente sua emancipação médica e seu direito de dispor sobre o próprio corpo.

247 BRASIL. Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm. Acesso em: 30 set.2022.

motivo para que ele se tornasse a esperança fraterna, ainda que não houvesse sido selecionado geneticamente para tal”²⁴⁸.

Assim,

O sofrimento, a pressão psicológica e o risco de ter sua vontade suprimida pelo desejo desesperado dos pais em salvar seu filho enfermo afetam tanto ao *saviour siblings* quanto à criança naturalmente compatível, não havendo na prática nenhuma diferenciação²⁴⁹.

Como último argumento contrário ao procedimento, coloca-se a questão de um eventual dano psicológico que acometeria a criança, mais tarde, ao saber que foi gerada com a única finalidade de salvar a vida do irmão, e não por um desejo afetivo de seus pais²⁵⁰.

Este risco de dano psicológico, efetivamente, deve ser levado em consideração; de toda maneira, concorda-se com Ana Virgínia Ramos e Luísa Morais quando afirmam que “o que vai definir, ou pelo menos, em muito influenciar o resultado será a conduta dos pais, o modo como eles irão conduzir a situação”, evitando-se “a coisificação destes indivíduos, a sua transformação em um objeto”²⁵¹.

Neste aspecto, Juliano Ralo Monteiro afirma que:

Essa criança merece, como qualquer outra, existir por si, ser criada em um ambiente que lhe ofereça propícias condições de progresso e evolução pessoal, tudo de forma a possuir acesso à assistência material e moral das quais necessite. [...] Ao que parece, o motivo que leva um casal a conceber um Saviour Sibling é muito mais nobre e altruístico. Há verdadeiramente o afeto e a tentativa de preservação dos laços familiares²⁵².

248 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, p.16. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

249 *Ibidem*, loc. cit.

250 Ressalta-se que na pesquisa não foram encontrados casos concretos acerca de eventuais danos psicológicos para as pessoas que serviram como bebê medicamento.

251 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, p.17. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

252 MONTEIRO, Juliano Ralo. Saviour Sibling: limites ao poder familiar. In: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e Direitos Fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.193-194.

Na verdade, deve o bebê salvador ser tratado como fim em si mesmo, e o fato de ser um meio para a salvação de seu irmão não o diminui ou fere sua dignidade, ao contrário, pois “a motivação neste caso é a mais nobre possível e pode, inclusive, aumentar ainda mais o amor que aquela família sente pela criança cujo nascimento possibilitou a cura do irmão”²⁵³.

Portanto, eventual dano psicológico pode ser minorado, ou mesmo evitado, se a família do doador for suficientemente madura e esclarecida, devendo, de preferência, ser assistida por uma equipe multidisciplinar composta por assistentes sociais, psicólogos, advogados, religiosos (se for o caso), dentre outros atores, além de proporcionar a devida assistência aos pais, antes, durante e após a gravidez.

Para Marcela Guerra e Valéria Cardin, com base nas lições de Restrepo, os principais argumentos favoráveis ao procedimento são: a) a técnica é melhor, pois caso a concepção de modo natural não resulte na compatibilidade genética entre o feto e o irmão, a gravidez pode resultar em um aborto; b) deve ser respeitada a autonomia dos pais e a sua liberdade reprodutiva; c) possibilita a salvação de uma vida, por isso é eticamente válido; d) não se causa um dano, pelo contrário, está se fazendo um bem para uma vida e para toda uma família; e) permite uma forma de tratamento mais fácil para o irmão enfermo, na medida em que, na maioria das vezes, são utilizadas células do cordão umbilical, sem precisar do transplante de medula óssea, o que é menos invasivo para o próprio bebê-medicamento²⁵⁴.

Para elas, ainda a partir da lição de Restrepo, os principais argumentos contrários são: a) a técnica não é ética, pois utiliza o diagnóstico pré-implantacional para selecionar vidas e discriminar embriões saudáveis, na medida em que se deve escolher somente aquele que for compatível geneticamente; b) a técnica enseja na fecundação de um número maior de embriões, e conseqüentemente no maior descarte, pois a chance de causar dano ao embrião com a realização do diagnóstico pré-implantacional é muito grande; c) coloca-se em risco a saúde da mãe submetida à estimulação ovárica; d) a técnica apresenta baixa eficácia, visto o grande descarte de embriões saudáveis para conseguir encontrar aquele que seja, além de saudável,

253 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. *Op. cit.*, p.18

254 GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. *In: RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.35, jun.2019.

compatível geneticamente; e) atenta contra a diversidade genética; f) por fim, em relação ao bebê nascido, os problemas psicológicos o problema que a técnica pode lhe acarretar no futuro.

Feitas estas ponderações, entende-se que o que importa é que a criança seja respeitada em sua dignidade; neste sentido, importante transcrever o entendimento de Marcela Guerra e Valéria Cardin, ao afirmarem que:

[...] imoral e contrário aos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável seria, após o nascimento de um bebê-medicamento e de ter servido seu propósito, os pais promoverem o seu abandono ²⁵⁵.

Assim, o que deve ser ressaltado é que a parentalidade responsável continua a ser exigível mesmo que se trate de um bebê-medicamento.

Como já afirmado anteriormente, repita-se que a parentalidade responsável é um princípio constitucional assegurado no parágrafo sentido do artigo 226 da Constituição Federal, segundo o qual, 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 privadas²⁵⁶.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, do mesmo modo, encontram-se dispositivos referentes à parentalidade responsável, senão veja-se:

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,

255 *Ibidem*, p.72.

256 VELTRINI, Maria Cristina Seara. *Planejamento familiar: um direito ou um dever do casal?* 2014, p.7. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fa350192410b66f>. Acesso em: 29 out.2022. A Constituição Federal, como se vê, preferiu utilizar a expressão “paternidade responsável”; nada obstante o termo “parentalidade” é mais adequado, especialmente tendo em visto o princípio da igualdade dos cônjuges e o seus respectivos deveres para com os filhos.

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária²⁵⁷.

Ressalta-se, mais uma vez, que o Código Civil, no artigo 1.566, IV, estabelece que são deveres de ambos os cônjuges sustento, a guarda e a educação dos filhos.

Diante de tais dispositivos legais e constitucionais, a parentalidade responsável pode ser conceituada, seguindo a lição de Marcela Gorete Rosa Maia Guerra e Valéria Silva Galdino Cardin, “como a obrigação que os pais têm de prover assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual e de orientar acerca da sexualidade os filhos”²⁵⁸.

Assim, como visto, o planejamento familiar vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao exercício de uma parentalidade responsável, pois a opção de procriar gera uma série de responsabilidades para a prole, naturalmente pessoas vulneráveis.

Neste sentido, é correto afirmar que o cidadão, de forma responsável e observando os interesses da criança, tem o direito de escolher a quantidade de filhos que deseja para formar sua família, o direito também de escolher técnicas de reprodução humana assistida (ainda que não necessite) e por fim, direito de exercer a sua parentalidade.

Neste aspecto, ressalta-se que a Suprema Corte decidiu que:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º) , aqui entendida como

257 BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

258 GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. *In: RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.35, jun.2019.

autonomia de vontade. (ADI 3.510. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008)²⁵⁹.

A questão é compatibilizar constitucionalmente a utilização do diagnóstico pré-implantacional para seleção de embriões com fins terapêuticos com a parentalidade responsável.

Observa-se, favoravelmente ao procedimento, e nada obstante os argumentos contrários:

Que a preocupação com um ente familiar de tenra idade, que sofre de uma doença, quase que incurável, faz com que os pais tomem a atitude de querer ter outro filho para o próprio bem desta família, almejando não só a cura, mas, principalmente, a sonhada convivência familiar saudável e feliz²⁶⁰.

Assim, resta enfrentar a questão a respeito da compatibilidade do bebê medicamento com o poder familiar.

Ao ser analisado o poder familiar, foi possível entendê-lo como um poder-dever, uma função a ser exercida pelos pais em favor dos seus filhos. Em assim sendo, é plenamente possível e razoável, que os pais, munidos do poder familiar, possam tomar a decisão e fazer a escolha de conceber outro bebê que, dentre outras coisas, também servirá como cura para a enfermidade do irmão mais velho.

Portanto, o poder familiar não deve ser visto como um óbice a possibilidade de procriação terapêutica, mais sim um facilitador, visto que esta é uma ferramenta que será utilizada em benefício do filho mais velho, sem que haja malefício para o mais novo.

259 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Ação julgada improcedente, sem a publicação de Acórdão até a presente data (25/02/2009). Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=112&dataPublicacaoDj=20/06/2008&numProcesso=3510&siglaClasse=ADI&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=2&numMateria=20&codMateria=4>. Acesso em: 16 set.2022.

260 GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. In: *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.35, jun.2019, p.13.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, cabe agora concluir se os procedimentos utilizados para o surgimento de um “bebê medicamento” tocam alguma questão de natureza ética ou mesmo interfere no poder familiar, no princípio do planejamento familiar e na autonomia reprodutiva.

Em relação à questão deontológica, observa-se que o “bebê medicamento” deve ser visto não como um mero instrumento a serviço dos pais, mas, ao contrário, como um meio legítimo para salvar a vida de um irmão enfermo, sendo, neste sentido, um fim em si mesmo.

Importante ressaltar que não se está a falar de doação de órgãos humanos, mas da geração de um ser humano com a finalidade precípua de salvar a vida de outro ser humano, a partir de um procedimento absolutamente seguro e feito por profissional altamente especializado.

Tomado ainda neste sentido, o “bebê salvador” não pode ser considerado como um mero meio à disposição dos pais e do futuro irmão, mas como uma pessoa que servirá como salvação para outra vida humana, o que por si só, já torna legítimo e eticamente aceitável o procedimento.

Visto dessa maneira, e observando-se os limites legais e constitucionais acima explicitados, ultrapassa-se a questão ética e admite-se, desde um ponto de vista deontológico, a concepção de um “bebê salvador”.

Neste aspecto, é importante ressaltar – conforme visto – que os procedimentos para a realização do método devem obedecer rigorosamente o princípio da proporcionalidade, devendo ser necessária a técnica utilizada, adequada e proporcionalmente (em sentido estrito) aceitável.

Aqui, torna-se de suma importância observar o princípio da proporcionalidade, nos termos já referidos ao longo do trabalho.

Assim, eticamente, não há óbice para a realização dos procedimentos para a concepção do “bebê medicamento”, desde que observados os limites impostos pela lei e pela Constituição Federal.

Com relação ao poder familiar, igualmente, não se vislumbra qualquer obstáculo à aceitação do bebê medicamento, pois a escolha desse procedimento deverá sempre ser tomada em conjunto pelos pais e tem a possibilidade de alcançar a realização do respectivo método.

Entende-se que o exercício poder familiar (exercido igualmente pelo pai e pela mãe) permite a realização de métodos e técnicas que possibilitam a concepção do “bebê medicamento”. A extensão do poder familiar aceita essa conclusão, não fazendo sentido restringi-lo a ponto de limitar desproporcionalmente o poder de decisão do pai e da mãe.

Ademais, insta acentuar que não haverá qualquer agressão de natureza física ao “bebê medicamento”, considerando-se que qualquer que seja a técnica utilizada será extraído apenas o sangue retirado do cordão umbilical e/ou a medula óssea, não havendo qualquer possibilidade de lesão corporal, ao menos que seja referida na literatura médica atual.

Com relação ao planejamento familiar e à autonomia reprodutiva, tampouco se vislumbra qualquer óbice ao bebê medicamento, pois a decisão de concebê-lo cabe conjuntamente aos pais, sem necessidade de qualquer intervenção estatal ou de outra natureza. São ínsitas ao planejamento familiar e à autonomia reprodutiva essas escolhas relativas à concepção da prole, ainda mais quando se tem como finalidade um fim tão altruístico: salvar uma vida humana.

Não se pode cogitar, ainda sob esse aspecto, tratar-se de motivo egoístico por parte dos pais, pois, acima da motivação está a salvação de um ser humano, o que basta para justificar a possibilidade de concepção de um “bebê salvador”. Ao contrário, motivo egoístico haveria deixar que um ser humano viesse a morrer quando havia uma possibilidade de cura, sem riscos físicos para os envolvidos.

Observa-se, para concluir, que o bebê medicamento deve ser visto como a realização de um fim absolutamente legítimo, qual seja, a salvação de uma pessoa e a manutenção, sem sequelas, de outra. Não se trata de um meio para salvar uma vida, mas de um fim em si mesmo.

Assim, não se vê qualquer óbice do ponto de vista ético no procedimento acima explicado, desde que sejam observados os princípios constitucionais respectivos e seja respeitado o bem estar físico e psíquico das crianças; assim sendo, e assim se fazendo, o “bebê medicamento” mostra-se compatível com a sua finalidade – salvar uma vida – e absolutamente consentâneo com a normatividade constitucional.

Do ponto de vista jurídico, sem dúvidas, carece o direito brasileiro de uma normatização moderna e completa para que sejam evitadas dúvidas e equívocos quando da realização do procedimento, não sendo suficientes resoluções do

Conselho Federal de Medicina. Neste caso é necessário observar o princípio da reserva legal ou da legalidade estrita, em razão dos interesses dos menores.

Por fim, conclui-se pela admissibilidade da concepção do “bebê medicamento”, pois compatível com o ordenamento constitucional brasileiro e com os princípios gerais do direito.

REFERÊNCIAS

A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL 1988. Comparada e Comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

ANDREWS, Lori. *Bebês sob medida*. 1987. Disponível em: <http://resumos.netsaber.com.br/resumo-75178/bebes-sob-medida>. Acesso em: 12 set.2022.

ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. p.66. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf. Acesso em: 30 set.2022.

ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. p.66. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf. Acesso em: 30 set.2022.

AZPIRI, O. Jorge. *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Ação julgada improcedente, sem a publicação de Acórdão até a presente data (25/02/2009). Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=112&dataPublicacaoDj=20/06/2008&numProcesso=3510&siglaClasse=ADI&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=2&numMateria=20&codMateria=4>. Acesso em: 16 set.2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out.2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.175*, de 18 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm. Acesso em: 30 set.2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 out.2022.

BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 22 set.2022.

BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 set.2022.

BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 26 set.2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 115/2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. *Câmara dos Deputados*. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 20 out.2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v.1. Coimbra: Coimbra, 2007.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

CRIANÇA selecionada geneticamente doa medula e cura doença da irmã. G1. Publicada em: 19 abr.2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/04/crianca-selecionada-geneticamente-doa-medula-e-cura-doenca-da-irma.html>. Acesso em: 14 set.2022.

DANTAS, Ana Florinda. O controle judicial do poder familiar quanto à pessoa do filho. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de Direito e Processo de Família: Primeira Série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA [1959]. *Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil*. Ministério Público do Paraná (MPPR). 1959. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 12 set.2022.

ELIAS, João Roberto. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal da Justiça – TJRJ, 16ª CC., Ap.0009211-56.2014.8.19.0037, Rel. Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito, jul. 28/09/2015. De outro lado, a favor: TJRJ 6ª CC., Ap.0356648-02.2012.9.19.0001 Rel. Des. Ines da Trindade, Julg. 16/07/2014.

ESPANHA. *Código Civil Espanhol*. Disponível em: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>. Acesso em: 17 set.2022.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Filhos para cura: bebê medicamento como sujeito de direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diagnóstico genético pré-implantacional para a seleção de embriões com fins

terapêuticos: uma análise do bebê-medicamento. *In: RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.35, jun.2019.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HECK, José Nicolau. Eugenia negativa/positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas. *Veritas – Revista de Filosofia da Pucrs*, v.51, n.1, p.42-55, 2006. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/HECENO>. Acesso em: 12 set.2022.

ITÁLIA. *Codice Civile Italiano*. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 17 set.2022.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Autonomia reprodutiva e novas tecnologias no ordenamento brasileiro: violações e ameaças ao direito a gerar e a não gerar filhos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n.69, p.113/131, jul./dez., 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de informação legislativa*, v.36, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em: 30 ago.2022.

MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnés. Esperando o messias: reflexão sobre os bebês nascidos para curar um irmão. *Revista de saúde mental e subjetividade da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC*, v.IX, n.17, jul./dez. 2011, p.571-587.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.8. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Direito de família: direito parental: direito protectivo*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Savior Sibling: limites ao poder familiar: *In: GOZZO, Débora (coord.)*. *Informação e Direitos Fundamentais: A eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

NATAL, Nader, O Direito de Família na Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, v.305, ano 85, jan./mar.1989.

OLIVEIRA, Neiva Flávia. Pátrio poder e poder familiar: diferenças sociojurídicas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 10, jul/set 2001.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire Ramos; MORAIS, Luisa Cristina de Carvalho. Os limites da luta para salvar um filho: questionamentos acerca dos *saviour siblings*. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67f7fb873eaf2952>. Acesso em: 12 set.2022.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013, de 16 de abril de 2013. *CREMESP*, 2013. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=11185>. Acesso em: 12 set.2022.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121, de 16 de julho de 2015. *CREMESP*, 2015. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=13408&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=2121&situacao=VIGENTE&data=16-07-2015>. Acesso em: 12 set.2022.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.320, de 1º de setembro de 2022. *CREMESP*, 2022. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=19910&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=2320&situacao=VIGENTE&data=00-00-2022>. Acesso em: 12 set.2022.

RESOLUÇÃO Nº 2.168, de 21 de setembro de 2017. *Diário Oficial da União*. Publicado em: 10/11/2017. Edição: 216. Seção: 1. Página: 73. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026. Acesso em: 14 set.2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal da Justiça – TJRJ, 16ª CC., Ap.0009211-56.2014.8.19.0037, Rel. Des. Eduardo Gusmao Alves de Brito, jul. 28/09/2015. De outro lado, a favor: TJRJ 6ª CC., Ap.0356648-02.2012.9.19.0001 Rel. Des. Ines da Trindade, Julg. 16/07/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELTRINI, Maria Cristina Seara. *Planejamento familiar: um direito ou um dever do casal?* 2014. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fa350192410b66f>. Acesso em: 29 out.2022.

WIDER, Robert. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

WOLFF, Philip; MARTINHAGO, Ciro Derech; UENO, Joji. Diagnóstico Genético Pré-Implantacional: uma ferramenta importante para a rotina de fertilização in vitro? *FEMINA*, jun.2009, v.37, n.6. Disponível em:
<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-534073>. Acesso em: 12 set.2022.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil- Derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.