

A autoridade parental e seus obstáculos na ordem civil-constitucional

Julia Rocha Caffaro¹

Sumário

1. Introdução – 2. A Entidade Familiar Constitucionalizada – 3. A Autoridade Parental na Ótica Civil-Constitucional – 4. A Autoridade Parental frente às Modernas Técnicas de Reprodução Assistida – 5. Notas Conclusivas – 6. Referências.

1. Introdução

Diante do avanço tecnológico, principalmente na área da medicina, novas situações subjetivas familiares surgiram de forma tão desenfreada que os institutos jurídicos então existentes se tornaram insuficientes para assegurar proteção aos direitos existenciais. Apesar desse inconveniente, as pessoas, incentivadas pelo âmago da felicidade se vêem atraídas em participar dessas novas situações.

Nesse cenário insurge a urgência de se repensar os institutos jurídicos frente às situações jamais imaginadas pelo legislador, visando adaptá-los a essas mudanças. Esse é caso da disciplina da autoridade parental, chamada de poder familiar pelo legislador civil, que se vê acuada na hipótese em que existem dois pais e/ou duas mães, ao menos em potencial, e não se pode determinar com precisão a qual deles caberão os direitos e deveres que compõem o conteúdo da autoridade parental.

Nesse estudo, pretende-se abordar, a partir da metodologia civil-constitucional, as transformações sofridas pela entidade familiar ao se deparar com os novos valores trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, destacando o importante papel da autoridade parental no processo emancipatório da criança e do adolescente, pessoas em desenvolvimento, bem como a problemática dessa disciplina frente às modernas técnicas de reprodução assistida.

¹ Pós-graduanda em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2. A entidade familiar constitucionalizada

Da valorização ao patrimônio privado à proteção prioritária do ser humano, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi imprescindível e determinante na transformação dos valores a serem priorizados no seio familiar.

Logo no seu artigo 1º, inciso III², o legislador constituinte tutelou a pessoa humana estabelecendo sua dignidade como fundamento da República, ou seja, “atribuiu ao valor da pessoa humana importância máxima, protegendo a sua dignidade de forma privilegiada.”³

Neste sentido, Daniel Sarmento afirma que:

o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e, balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvam no seio da sociedade civil e do mercado⁴.

A importância do princípio da dignidade da pessoa é tamanha que Ingo Wolfgang Sarlet ensina que o mesmo delimita a atuação e aplicação de outros princípios presentes no ordenamento:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.⁵

Ainda sobre a importância desse princípio constitucional no âmbito do Direito de Família, afirma Gustavo Tepedino que:

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. (...) À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida que a Constituição entrevê seu

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III - a dignidade da pessoa humana;

3 MEIRA, Fernanda de Melo. A Guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 225.

4 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 59.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5 e.d. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento dessa função.⁶

Assim, a promoção da dignidade de cada membro passou a ser a função essencial da família, como também, uma condição para sua tutela constitucional privilegiada, eis que, na perspectiva civil-constitucional, se tornou contraditório proteger as relações privadas existentes quando não pautadas em suas respectivas funções.

Segundo Norberto Bobbio, “a estrutura específica do ordenamento jurídico desempenha uma função específica, que é assegurar a certeza, mobilidade e eficácia ao sistema normativo.”⁷ Acrescenta ainda que: “A função do direito na sociedade não é mais servir um determinado fim (...), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins.”⁸

No que tange à proteção à dignidade da pessoa, faz-se imprescindível citar a inovadora construção elaborada por Maria Celina Bodin de Moraes que compreende a Constituição como fundamento da República, sendo o valor supremo do ordenamento, devendo, portanto, ser respeitado por todos os ramos do direito. Partindo da concepção de Kant sobre a dignidade, afirma que tudo que reduzir a pessoa à condição de objeto será contrário à dignidade.⁹

Nesse sentido, a autora leciona que a dignidade seria um macroprincípio que se subdivide em quatro subprincípios: i) o sujeito moral reconhece a existência de outros, como iguais a ele, do qual é corolário o Princípio da Igualdade; ii) todos são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica, o que induz ao Princípio da Integridade Psicofísica; iii) todos são dotados de vontade livre, de autodeterminação, de onde se extrai o Princípio da Liberdade; iv) todos fazem parte do grupo social, em relação ao qual se tem a garantia de não ser marginalizado, o que leva ao Princípio da Solidariedade.”¹⁰

6 TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 20084. p. 394.

7 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rev. Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, São Paulo: Manole, 2007. p. 54.

8 Idem p. 57.

9 MORAES, Maria Celina Bodin de, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 69.

10 Idem. p. 70.

Dessa forma, na hipótese em que haja colisão entre os subprincípios, deve-se analisar cada caso concreto de forma a prevalecer sempre o princípio maior da dignidade da pessoa.¹¹

No seu artigo 5º, *caput*, e inciso I¹², o legislador constitucional destacou o princípio da igualdade, abolindo o tratamento desigual entre homens e mulheres no que diz respeito aos seus direitos e deveres, quando em situações semelhantes, tutelando-os como pessoas cujas dignidades devem ser preservadas.

Nesse tocante, também foi inserido no texto constitucional, a igualdade entre cônjuges (artigo 226, § 5º)¹³, suprimindo o poder marital e, conseqüentemente, a figura do chefe de família, apesar da doutrina minoritária sustentar que a Constituição de 1988 não havia revogado o artigo 233 de 1916 e, portanto, o poder marital continuava existindo.¹⁴

Ademais, no artigo 227, alterado pela Emenda Constitucional n.º 66 de 2010¹⁵, impõe-se à família, ao Estado e à sociedade, o dever de garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a promoção de diversos direitos fundamentais, trazendo para o núcleo da família os filhos, que durante longo e árduo período histórico não eram reconhecidos como sujeitos de direito.¹⁶

Não se pode olvidar o princípio da solidariedade, um dos objetivos fundamentais da República¹⁷, o qual instiga a participação de todas as pessoas na efetivação da tão almejada democracia, destacando sua pluralidade e horizontalidade, suprimindo a supremacia de um grupo sobre o outro.

11 Ibidem.

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

13 Art. 226. (...)§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

14 BODIN de MORAES, Maria Celina . A Família Democrática. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família (dignidade e Família), 2005, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo : Thomson IOB, 2005. p. 614. Ressalte-se que essa discussão já se encontra mais do que superada, eis que o Código Civil de 2002 aboliu a expressão pátrio poder substituindo por poder familiar, visando partilhar a responsabilidade e a autoridade dos pais.

15 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

16 BODIN de MORAES, Maria Celina . A Família Democrática. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família (dignidade e Família), 2005, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo : Thomson IOB, 2005. p. 620.

17 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

No âmbito do direito de família, foi determinado ao Estado garantir assistência a cada membro da família, individualmente, como forma de reprimir a violência nessas relações (artigo 226, §8º)¹⁸, como também, foi instituído a responsabilidade dos pais pelos seus filhos menores e a dos filhos maiores pelos pais idosos, carentes ou enfermos (artigo 229)^{19 20}.

No que se refere à solidariedade nas relações familiares, Flávio Tartuce lembra, citando Maria Berenice Dias, que, além de ser patrimonial, como o dever dos pais de pagar alimentos no caso de necessidade (artigo 1.694 do Código Civil vigente²¹), é também afetiva e psicológica²²:

ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois a sociedade e finalmente ao estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.²³

Dessa forma, a família, base do Estado (artigo 226, *caput*, CRFB/88), é o principal ente responsável na promoção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo essencial no processo de desenvolvimento da sua dignidade e da personalidade, bem como no processo gradativo de maturação.

Ensina Ana Carolina Brochado Teixeira que a família passou a ser nuclear, formada pela tríade pai, mãe e filhos, não se esquecendo da família monoparental decorrente do constante crescimento do número de separações, divórcios e dissoluções de uniões estáveis²⁴, bem como das novas entidades familiares formadas por casais homossexuais.

18 Art. 226. (...) § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

19 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.

20 BODIN de MORAES, Maria Celina . A Família Democrática. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família (dignidade e Família), 2005, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo : Thomson IOB, 2005. p. 620.

21 Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

22 TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). Manual de direito das famílias e das sucessões, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 6-7.

23 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.56.

24 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 34.

Foi nesse contexto, e não poderia ser diferente, que a família deixou de ser institucionalizada, hierarquizada e patrimonializada, para ser instrumentalizada, igualitária e solidária.

Além dos artigos constitucionais já mencionados, existem outros que consubstanciam esse novo modelo de família: artigo 226, § 3º e 4º²⁵ (proteção à união estável e às famílias monoparentais); artigo 226, § 6º²⁶ (a dissolução do casamento pelo divórcio); artigo 226, § 7º²⁷ (o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável).²⁸

Para se estabelecer a igualdade nas relações familiares, além da solidariedade e do respeito recíproco à dignidade de cada membro da família, tem-se ainda a garantia da liberdade dos seus membros no limite de suas responsabilidades.

Com a supressão da necessidade de se comprovar a separação judicial por 01 (um) ano ou a separação de fato por 02 (dois) anos, diante da nova redação do §6º do artigo 226 da Constituição através da Emenda Constitucional n.º 66 de 2010, pode-se afirmar que houve a facilitação da ruptura definitiva do vínculo conjugal. Esta modificação, apesar de possuir aspectos positivos nas relações familiares, como o desprendimento dos cônjuges em menos tempo e, muitas vezes, o encurtamento do tempo das discórdias e, conseqüentemente, diminuindo o sofrimento de ambos; esse novo modelo de ruptura, aumenta a individualidade e a instabilidade familiar.

Diante da instituição da igualdade entre os cônjuges e da ampliação das formas de famílias tuteladas pelo ordenamento vigente, houve um aumento da individualização dos pais, ao exercer o direito à liberdade, na busca de uma estrutura familiar mais conveniente.²⁹

25 Art. 226. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

26 Art. 226. (...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

27 Art. 226. (...) § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

28 Exemplos lembrados em TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 34, elencados em TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397.

29 BODIN de MORAES, Maria Celina . A Família Democrática. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família (dignidade e Família), 2005, Belo Horizonte. Família e Dignidade Humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo : Thomson IOB, 2005. p. 620-621.

A priorização da liberdade individual em prol da união conjugal, fez disparar o número de divórcios, dificultando o imprescindível compartilhamento de projetos comuns, passando, o casamento, a representar uma realização de projetos individuais.³⁰

Em que pese a importância da conjugalidade no processo de formação da personalidade da criança e do adolescente, esta não mais se encontra dotada de estabilidade, razão pela qual foi necessário afastá-la do centro dos interesses da família para que a filiação assumisse essa posição central.³¹

Com essa mudança de eixo e constante aumento do número de divórcios, diversos institutos passaram a ser estudados com mais frequência e atenção, tais como a autoridade parental, o que não poderia ser diverso, eis que, com o advento do artigo 227 da Constituição, as relações paterno/materno-filiais contemporâneas passaram ser pautadas no melhor interesse da criança e do adolescente.

3. A autoridade parental na ótica civil-constitucional

O tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente nas relações mais íntimas com seus pais, como também, na sociedade e pelo Estado, previsto no artigo 227 da Constituição, foi fruto da personalização³² do direito de família e da necessidade de se proteger as pessoas mais vulneráveis da relação privada, na busca da paridade. Esse fenômeno consiste no estabelecimento de valores sociais e na priorização à proteção da pessoa humana pela Constituição, que passou a ocupar o vértice do ordenamento jurídico, influenciando todos os ramos do direito.

Foi nesse contexto histórico e social, que os menores, pessoas vulneráveis, pois em processo de desenvolvimento da sua personalidade, passaram a ser dotados de dignidade e foram reconhecidos como sujeitos de direitos fundamentais, como qualquer outra pessoa, e seus direitos passaram a direcionar as relações familiares.³³

30 Idem. p. 621.

31 Ibidem.

32 Preferiu-se adotar a expressão adotada em TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 58, apesar de importantes doutrinadores chamarem, esse fenômeno, de descodificação, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do direito.

33 Art. 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela 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 desenvolvimento.

Indo de encontro com a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) dispôs diversos direitos e garantias em prol dos menores, protegendo-os, de forma a fazer jus a sua deficiência em razão da idade.

Dentre os artigos 3º, 4º e 5º, estão previstas as normas protetivas que garantem a efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente, como também informa sobre a amplitude da prioridade absoluta prevista no texto constitucional.³⁴

Destaca-se que a garantia dos direitos de alguns, no caso, crianças e adolescentes, não se pode existir sem a imposição de deveres a outros (pais). Em sua dissertação de mestrado, Ana Carolina Brochado Teixeira cita o estudo desenvolvido por José Carlos Vieira de Andrade, ressaltando que este binômio direitos-deveres representa “o relevante cunho ético e solidarista dos deveres fundamentais dos cidadãos, pois significa que o homem não existe isoladamente e, por isso, sua liberdade não é absoluta.”³⁵

Nessa ótica de liberdade delimitada pelo caráter solidário presente em um Estado que almeja a Democracia, deve-se salientar a importância do papel da autoridade parental, na relação paterno/materno-filial, na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos menores e, por conseguinte, do processo de desenvolvimento da personalidade e dignidade de cada um deles.

Apesar do Código Civil de 2002 tratar desta disciplina através da nomenclatura poder familiar, entende-se por ser mais adequada a expressão autoridade parental, pois traduz a democracia, privilegiando os deveres dos pais para com os filhos e ignorando a

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

35 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 83.

noção de poder. Além disso, o termo parental restringe melhor esses deveres aos pais do que a palavra familiar, a qual traduz um dever de toda a família.³⁶

Nesse tocante, a autoridade parental foi basilar na transformação da relação paterno/materno filial, pois aboliu-se o caráter hierárquico e patriarcal, priorizando uma relação dialogal pautada no afeto e no respeito mútuo, a fim de efetivar a função emancipatória da educação.

Por esse motivo, deve-se compreender que a autoridade parental também afastou todo conteúdo de direito subjetivo, assumindo o perfil de poder jurídico.³⁷ O direito subjetivo visa o binômio pretensão/satisfação “em que a atribuição de poderes é assegurada para a proteção de interesse ou de posição de vantagem própria do titular”³⁸, peculiaridade típica dos direitos creditícios e reais. Neste conteúdo se enquadra melhor a ultrapassada nomenclatura de pátrio poder do Código Civil de 1916. A contrário senso, o poder jurídico traduz a atribuição à alguém do poder de interferência na esfera jurídica de outro, no interesse deste e não do titular do chamado poder jurídico³⁹, como no caso da situação jurídica subjetiva existencial entre pais e filhos.

A autoridade parental na ordem civil-constitucional, expressa, portanto, a imprescindibilidade da aplicação de princípios constitucionais fundamentais, em especial, o princípio da dignidade, abrangendo seus subprincípios, de forma a funcionalizar a relação entre pais e filhos enaltecendo a participação bilateral no processo educacional, em que tanto os filhos, quanto os pais, devem participar de forma ativa, na medida dos seus direitos e deveres. Até porque, “se as crianças devem ser formadas com vistas ao pleno exercício da cidadania, o processo que permite trazê-las a esta condição não pode contradizer seu próprio fim.”⁴⁰

Os filhos, por exemplo, possuem o dever de obedecer seus pais, conforme estabelece o artigo 1.634, inciso VII do CC/2002⁴¹, entretanto, os pais não podem extrapolar este poder a ponto de ferir a dignidade dos próprios filhos. Até porque o processo educacional contribui não só para o desenvolvimento da dignidade da criança

36 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 205-206.

37 Ibidem.

38 TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. Disponível em: www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca8.pdf, acesso em 20 fev. 2011, p. 8.

39 Ibidem.

40 SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 182.

41 Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...)

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

e do adolescente, mas também, para a construção da dignidade dos pais de forma que o respeito ao melhor interesse de seus filhos caracteriza também o desenvolvimento da personalidade dos pais. Esclarece-se, no entanto, que a função nuclear do processo educacional é o desenvolvimento da dignidade dos filhos, em razão do déficit da idade.⁴²

A condição de pessoa em desenvolvimento atribuída à criança e ao adolescente não traduz somente a partir do que eles não sabem, não têm condições de saber e não são capazes, pois desprovidos de discernimento, seja de forma absoluta, no caso das crianças e adolescentes antes de completar 16 anos, ou relativamente, na hipótese do adolescente com 16 anos completos ou mais.⁴³

Nesse diapasão, a doutrina mais sensata ressalta que:

Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.⁴⁴

Esclarece-se que esse processo educacional se refere tanto à educação escolar quanto ao desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos filhos enquanto menores através de uma relação dialógica na qual prepondera o melhor interesse do menor, conduzindo-o gradativamente à assumir responsabilidades e reduzindo, proporcionalmente, o exercício da autoridade parental.⁴⁵

Após tecer algumas noções preliminares dessa importante disciplina para o direito de família contemporâneo, faz-se necessário apresentar os aspectos que envolvem o conteúdo de autoridade parental, tais como: os deveres de criar, assistir e educar os filhos.

O dever de criar os filhos, desde a concepção até completarem a maioridade, está atrelado ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, como cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir,

42 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 100.

43 Idem. p. 141.

44 COSTA, Antônio Carlos Gomes da, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 141.

45 Insta salientar que esta redução proporcional não deve se ater à idade ou grau de escolaridade, mas sim ao processo evolutivo de maturação de cada menor, compreendendo que cada pessoa desenvolve sua personalidade em ritmos diversos.

o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente, que, por sua vez estão ligados ao dever de assistir.⁴⁶

A assistência está conectada ao dever de sustento que consiste em propiciar subsistência básica aos filhos. O não cumprimento, sem motivos, configura crime de abandono, nos termos do artigo 244 do Código Penal.⁴⁷

Outro aspecto que envolve o conteúdo de autoridade parental é o dever de educar que se refere ao “incentivo intelectual para que a criança e o adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia pessoal e profissional,”⁴⁸ de modo que possa adquirir, gradativamente, capacidade necessária para fazer suas próprias escolhas.

Para tanto é imprescindível que esse processo seja dialógico, uma vez que tanto os filhos quanto os pais constroem mutuamente sua dignidade, limitado pelo respeito à personalidade do filho e pautada nas peculiaridades pessoais de cada filho.

Quanto à definição do dever dos pais educarem seus filhos, leciona Paulo Luiz Netto Lôbo que:

A noção de educação é ampla. Inclui a educação escolar, moral, política, profissional, cívica e a formação que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho menor, como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade.⁴⁹

Conforme já demonstrado neste estudo, a criança e o adolescente passaram a ocupar o centro das relações paterno/materno-filiais e, portanto, do processo educacional. Sobre essa mudança Gustavo Tepedino apresenta três fundamentos. O primeiro se refere a tutela da formação da personalidade como critério interpretativo adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com fulcro no seu artigo 6º⁵⁰ que orienta o tratamento prioritário assegurado aos filhos enquanto menores.

O segundo fundamento trazido pelo autor é a participação ativa da criança e do adolescente no seu processo educacional, visando assegurar os direitos fundamentais à dignidade e à liberdade de expressão e opinião (artigo 16, inciso II do ECA)⁵¹, de modo

46 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 142.

47 Idem, p. 144.

48 Ibidem.

49 LÔBO, Paulo Luiz Netto, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 145.

50 Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela 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 desenvolvimento.

51 Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...)

II - opinião e expressão;

que podem ser ouvidos e consentir, na medida vão adquirindo discernimento suficiente, nos termos dos seguintes artigos do ECA: artigo 28, § 1º;⁵² artigo 45, § 2º;⁵³ artigo 53, inciso III⁵⁴.

Quanto ao discernimento da criança e do adolescente, Pietro Perlingieri ensina que:

as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões de gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento à programática da inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.⁵⁵

Como bem lembra Ana Carolina Brochado Teixeira, a participação ativa da criança e do adolescente se encontra estabelecida em diversos ordenamentos jurídicos, tais como: o português (artigo 1878º, nº 2, do Código Civil); o espanhol (artigo 154º do Código Civil); o francês (artigo 371º, n. 1, Lei nº 2002-205); o alemão (no § 1.626 II do BGB).

Ademais, ressalte-se que esses direitos de serem ouvidos e de opinarem também estão previstos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 no seu artigo 12,⁵⁶ bem como no artigo 8º, letra “c”, da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO de 16 de outubro de 2003⁵⁷.

52 Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

53 Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. (...)

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

54 Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: (...)

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

55 PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 260.

56 Artigo 12 - 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

57 Artigo 8º - (c) Um adulto que não esteja em condições de exprimir o seu consentimento deverá participar na medida do possível no processo de autorização. A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um fator cujo caráter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade.

Segundo Gustavo Tepedino, o terceiro embasamento consiste na regulamentação do controle da conduta dos pais e educadores, a fim de evitar excessos, nos termos do artigo 226, § 8º, CF/88⁵⁸ e dos artigos 4º, 18, 53, inciso II e 98 do ECA⁵⁹.

Destarte, percebe-se que a compreensão da disciplina da autoridade parental a partir de uma leitura civil-constitucional é essencial não só para que os menores desenvolvam gradativamente sua personalidade e dignidade, na medida que passam a adquirir discernimento e capacidade suficiente para fazer suas escolhas, como também, para que entendam a necessidade da colaboração mútua.⁶⁰

4. A autoridade parental frente às modernas técnicas de reprodução assistida

Não restam dúvidas de que a autoridade parental deve ser exercida por ambos os pais, independentemente da situação conjugal existente entre eles, uma vez que o Código Civil Brasileiro de 2002 prevê nos seus artigos 1.579⁶¹ e 1.632⁶² que, com a ruptura do vínculo conjugal, as relações paterno/materno-filiais não se modificam.⁶³

58 Art. 226. (...)§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

59 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: (...)

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

60 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 154.

61 Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Considerando as constantes rupturas do vínculo conjugal e a formação de nova família, o legislador civil no parágrafo único do artigo 1579⁶⁴ e no artigo 1.636⁶⁵, também estabelece que os direitos e deveres não se alteram quando da construção de uma nova família, seja pelo pai e/ou pela mãe. Lembrando que deve haver paridade entre os pais no exercício da autoridade parental sempre atendendo ao melhor interesse do menor.

No caso de famílias monoparentais o genitor (no caso de falecimento da genitora ou abandono) ou a genitora (quando do falecimento do genitor ou não há o reconhecimento da paternidade) exerce os seus direitos e deveres com exclusividade.⁶⁶

Diante das diversas unidades familiares encontradas na experiência brasileira, considerando o estudo apresentado por Paulo Luiz Netto Lôbo que enumerou o total de 11 (onze) unidades familiares⁶⁷, não cabe aqui analisar o exercício da autoridade parental em cada uma delas. Além disso, afirma o autor que as entidades familiares dispostas na Constituição “não encerram numerus *clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, estão constitucionalmente protegidas (...).”⁶⁸

Nesse tocante, não se pode deixar de reconhecer a existência de modernas técnicas de reprodução assistida utilizadas na construção da família, como a fertilização *in vitro* (utilização de material genético de terceiro para viabilizar a reprodução heteróloga)⁶⁹, o coito programado (“orientação ao casal a manter relações sexuais em determinados dias do ciclo menstrual da parceira, para aumentar as chances de uma

62 Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

63 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 252.

64 Art. 1.579 (...) Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

65 Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

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

67 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além dos numerus *clausus*. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>, acesso em: 21 fev. 2011. p. 01.

68 Idem. p. 11.

69 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. p. 142.

fecundação”)⁷⁰, a inseminação artificial (“consiste em injetar espermatozóides vivos, originados de sêmen preparado em laboratório, no útero da mulher genitora, sem a ocorrência do ato sexual”)⁷¹, a injeção intracitoplasmática de espermatozóides (“por micromanipulação injeta-se um único espermatozóide diretamente dentro do citoplasma do oócito, para obter uma fertilização”)⁷², e a gravidez de substituição (alternativa trazida pela medicina na hipótese em que a mãe não apresenta possibilidade física de gerir o seu filho em razão de alguma anomalia genética, ou quando homossexuais do sexo masculino manifestam a intenção de ter um filho usando material genético de um ou de ambos).

O Conselho Federal de Medicina tratou da maternidade de sub-rogação pela primeira vez na Resolução 1.358/92, publicada em 19 de novembro de 1992⁷³, que foi revogada pela Resolução 1.957/2010, publicada em 06 de janeiro de 2011, a qual repete todo o conteúdo do artigo 7º da resolução revogada, *verbis*:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.⁷⁴

Assim, para o Conselho Federal de Medicina é permitido a prática desde 1992, de forma gratuita, quando a doadora possuir parentesco até o segundo grau com a doadora genética, como também, em outras hipóteses desde que autorizado pelo Conselho Regional de Medicina, ampliando essa prática nas mais variadas situações.

Em que pese o grau de parentesco entre os doadores, quando estes são da mesma família, a possibilidade de discórdias e/ou de arrependimento de uma das partes é bastante reduzida. Já nas situações em que os doadores genéticos optam por procurar

70 BORGES, Janice Silveira; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 186.

71 Ibidem.

72 Ibidem.

73 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1358 de 11 de novembro de 1992. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. D.O. [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Seção I, p. 16053, 19 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/19_92/1358_19_92.htm, acesso em 20 fev. 2011.

74 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.957 de 15 de dezembro de 2010. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. D.O. [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Seção I, p.79, 06 de janeiro de 2011. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/20_10/1957_2010.htm, acesso em 20 fev. 2011.

uma terceira pessoa para ser a doadora temporária do útero que não possui vínculo de parentesco algum, essa possibilidade aumenta.

Apesar do conteúdo da Resolução 1.957/2010 existir desde o ano de 1992, até o momento não existe norma jurídica regulamentando sobre a maternidade de substituição.⁷⁵ Fato este que acaba por prejudicando a pessoa mais vulnerável da relação: a criança.

Diante da ausência de norma jurídica regulamentando a gestação de substituição e dos valores que fundamentam as relações familiares, tais como a dignidade humana, o afeto, a responsabilidade parental, incluindo os direitos e deveres que integram o conteúdo de autoridade parental, não se pode esquecer que na hipótese de arrependimento de uma das partes insurge um difícil debate sobre quem seria o(s) responsável(is) no exercício da autoridade parental.

Essa problemática ganha maior espaço uma vez que, quando do nascimento de uma criança viva, a unidade hospitalar deve expedir a “Declaração de Nascido Vivo”, informando o nome da pessoa que sofreu o parto, com fulcro nos artigos 1.603 e 1.608 do Código Civil⁷⁶ e do artigo 10, incisos II e IV do ECA⁷⁷.

Nesse diapasão, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama que:

tal possibilidade se revela inimaginada pela legislação – que sempre se fundou no brocardo *mater semper certa est* –, devida à convicção humana quanto à certeza da maternidade diante da coincidência entre verdade biológica e verdade jurídica verificada através da gravidez e do parto.⁷⁸

Nas situações em que não há arrependimento de uma das partes (doadores genéticos ou doadora temporária de útero), não existem maiores problemas quanto ao

75 Em razão dessa demora corre o risco da futura lei nascer desatualizada, diante do rápido e constante avanço tecnológico. Nesse sentido, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Tese de Doutorado, UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 749, lembra que “os estudos científicos em desenvolvimento para tentar desenvolver o “útero” artificial.”

76 Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

77 Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: (...)

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; (...)

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

78 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 745.

exercício da autoridade parental, devendo prevalecer a verdade biológica que está atrelada a verdade socioafetiva, uma vez que a mãe gestacional jamais demonstrou a intenção de reconhecer a maternidade.⁷⁹

Insta salientar que a filiação biológica e socioafetiva são espécies do gênero estado de filiação e a segunda vem sobrepondo a primeira em razão da funcionalização da relação parental. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lobo afirma:

Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, embora derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos.⁸⁰ (...) O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue.⁸¹

Acrescenta ainda o autor, que não há em dispositivo algum no ordenamento jurídico brasileiro, que priorize a filiação biológica sobre a não biológica. Portanto, considerar essa sobreposição seria insistir em uma interpretação equivocada e sem fundamentação jurídica, como se a disciplina da filiação não tivesse passado por transformações.⁸²

Sobre esse conflito, é imperioso citar o entendimento de Luiz Edson Fachin:

Sem embargo, a plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame em DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, da verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação.⁸³

No que se refere ao exercício da autoridade parental durante e após a gestação, faz-se necessário os seguintes questionamentos: teria essa terceira pessoa a responsabilidade solidária de criar e assistir a criança no período gestacional? Teria uma responsabilidade subsidiária de criar, assistir e educar após o nascimento da criança e a entrega, na hipótese de abandono ou maus-tratos dessa família? Caberia a mãe doadora genética exigir determinado comportamento ou alimentação especial da mãe gestacional

79 Foi nesse sentido que o Meritíssimo Juiz Auxiliar da Corregedoria de São Paulo José Marcelo Tossi Silva elaborou o parecer de n.º 82/2010 no processo administrativo de n.º 2009/104323 em 19 de março de 2010. JusBrasil Notícias. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323>, acesso em 20 fev. 2011.

80 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>, acesso em: 21 fev. 2011. p. 48.

81 Ibidem. p. 50.

82 Ibidem. p. 51.

83 FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 255-256.

durante a gravidez? Caso ocorresse a morte dos doadores genéticos, durante a gestação, teria a mãe gestacional os deveres atinentes à autoridade parental até a maioridade?

Essas questões visam alertar a sociedade como um todo para a problemática diante dessa nova situação subjetiva, em que uma das partes ou ambas podem se arrepende do que foi pactuado seja negando os deveres de criar, assistir e/ou educar, no caso dos pais doadores genéticos, seja manifestando o interesse de manter a criança consigo, no caso da doadora do útero. Devendo considerar ainda a possibilidade dos pais biológicos morrerem no curso do período gestacional ou da perda do bebê por falta de cuidados da mãe gestacional.

Dessa forma, diante da ausência de norma jurídica e das diversas hipóteses que podem ocorrer durante o longo período de gestação, o julgador, deparando-se com tal complexidade, deverá analisar os fatos e as razões de cada parte, buscando a melhor solução em favor da criança.

Apesar dessa espécie de reprodução assistida ser permitida em alguns países, outros continuam atados ao paternalismo vedando essa prática no território nacional, desconsiderando que, diante da enorme facilidade de adquirir informações através do veloz avanço dos meios de comunicação, e de se locomover, os seus nacionais podem procurar em outros países a realização dessa prática.

Em Portugal, essa técnica chamada de maternidade por substituição é prevista na Lei n.º32/2006 que regulamenta a procriação medicamente assistida (PMA). O artigo 8º veda esta técnica estabelecendo que :

- 1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.
- 2 - Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.
- 3 - A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.⁸⁴

Em contraposição, na Índia, se permite a comercialização da reprodução assistida pela maternidade por sub-rogação desde o ano de 2002. Em razão do baixo custo do procedimento, vem ensejando uma crescente procura de doadoras provisórias de úteros de nacionalidade indiana por casais estrangeiros.

84 PROCURADORIA DISTRITAL DE LISBOA. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tab_ela=leis, acesso em 20 fev.2011.

Em que pese a realização dessa prática ser na forma gratuita ou onerosa, não se pode olvidar que durante o período gestacional, que pode perdurar por até 09 (nove) meses, os doadores podem se arrepender, violando de forma irreversível o melhor interesse do menor, tudo isso por não haver legislação regulamentando tal matéria.

5. Notas conclusivas

A autoridade parental, expressão que melhor traduz os princípios e valores estabelecidos pelo legislador constituinte, representa um marco na restauração da primazia do ser humano nas relações paterno/materno-filiais, incentivando o afeto, a reciprocidade (solidariedade) e a igualdade entre os membros familiares.

Ademais, esse instituto é determinante para a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, compreendidas como pessoas vulneráveis por se encontrarem em processo de desenvolvimento da personalidade e dignidade.

A entidade familiar, portanto, sofreu drásticas mudanças comportamentais, passando a ser pautada na relação afetiva e dialogal, reconhecendo e respeitando o direito de expressão de cada filho através da ponderação do grau de maturação, e não em razão da idade.

Dessa forma, todos os deveres (de criação, de educação e de assistência) e direitos (de obediência) inerentes ao conteúdo da autoridade parental passaram a ter participação ativa da criança e do adolescente, na medida do grau de maturação de cada um, de forma que o exercício da autoridade deverá ser reduzido gradativamente até a maioridade.

Ocorre que, em certas situações subjetivas, o exercício da autoridade parental poderá ser restringido, diante das circunstâncias que cercam uma eventual ruptura litigiosa do vínculo conjugal, ou ser exclusiva de um dos genitores como nas famílias monoparentais, ou até mesmo ser exercida por dois pais ou duas mães (reconhecendo as novas entidades familiares), ou ser incerta.

A dúvida surge quando a família opta pela reprodução assistida pelo método da gestação de substituição, que na hipótese de arrependimento, emerge o conflito entre a filiação biológica e afetiva, dificultando a determinação de quem detém o exercício da autoridade parental. Até porque, não há norma jurídica que regule essa matéria, existindo apenas a permissão do Conselho Federal de Medicina.

Nesse interstício, os julgadores devem se contentar com as regras, princípios e valores que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, além do disposto no texto constitucional, as regras previstas na lei civil⁸⁵, na Lei 6.015/73⁸⁶ e na Lei 8.560/92⁸⁷ que tratam da presunção relativa da paternidade e maternidade, primando sempre pelo melhor interesse da criança em cada caso individualmente analisado.

85 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

86 Art. 59. Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas. (Renumerado do art. 60, pela Lei nº 6.216, de 1975).

87 Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

6. Referências

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rev. Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, São Paulo: Manole, 2007.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A Família Democrática. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família (dignidade e Família), 2005, Belo Horizonte. *Família e Dignidade Humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: Thomson IOB, 2005. p. 613-640.

BORGES, Janice Silveira; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 183-202.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Código Civil. Lei n.º 10.046 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>, acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>, acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm, acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Lei n.º 6015 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm, acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Lei n.º 8.560 de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm, acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1358 de 11 de novembro de 1992. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. D.O. [da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Seção I, p. 16053, 19 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm, acesso em 20 fev. 2011.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.957 de 15 de dezembro de 2010. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. D.O. [da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Seção I, p.79, 06 de janeiro de 2011. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm, acesso em 20 fev. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

JUSBRASIL NOTÍCIAS. Parecer de nº 82/2010. Processo administrativo de nº 2009/104323 em 19 de março de 2010. Juiz Auxiliar da Corregedoria de São Paulo João Marcelo Tossi Silva. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323>, acesso em 20 fev. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos numeros clausus*. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>, acesso em: 21 fev. 2011.

_____. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>, acesso em: 21 fev. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. *Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2569.pdf, acesso em: 21 fev. 2011.

MEIRA, Fernanda de Melo. A Guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 225-247.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PROCURADORIA DISTRITAL DE LISBOA. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis, acesso em 20 de fevereiro de 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2009.

_____. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 203-223.

_____. A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 249-265.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 03-17.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 393-418.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.