

DANO MORAL AO FILHO EM FACE DA REPRODUÇÃO OU PROcriação ASSISTIDA UNILINEAR[†]

Clayton Reis¹



tema inseminação artificial *post mortem* suscita questionamentos em face de pontos de vistas controvertidos. A procriação ou a reprodução humana artificial insere na pós-modernidade como resultado dos extraordinários avanços da biogenética. Jamais a sociedade deparou com situações dessa natureza, considerando que a reprodução artificial de seres humanos engloba um contexto multidisciplinar de ampla magnitude. Orlando Gomes², ao publicar seu livro “A Crise do Direito”, em 1955 advertiu: “A Biologia não chegou ainda a conclusões definitivas quanto à possibilidade da procriação sem a colaboração do homem ou do desenvolvimento do feto fora do útero, ou ainda da escolha, pelos pais, do sexo do filho. Pode-se imaginar, contudo, que tremendas conseqüências advirão para a humanidade se a ciência alcançar esses resultados. *O direito de família sofrerá transformações radicais e, por sem dúvida, libertar-se-á de muitas concepções morais que o vivificam e a*

[†] Sinopse da Exposição nas Jornadas Luso-Brasileiras de Direito da Bioética, Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau do TJPR aposentado. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Negocial pela UFPR. Mestre em Direito Negocial pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor do Curso de Mestrado em Direito do CESUMAR. Professor da graduação e especialização do curso de Direito da UNICUTIBA. Professor da Graduação e especialização do Curso de Direito da UTP. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

² GOMES, Orlando, A Crise do Direito, p. 216.

muitos se afiguram inalteráveis” (destaque do autor). Como assinalado por Eduardo de Oliveira Leite³ em seu texto fazendo referência a Professora June Goodfield da Universidade Rockefeller aponta para o fato de que, “O poder que está ao alcance de nossas mãos, é uma ilusão altamente perigosa”.

A advertência remete-nos a reflexões nas questões no campo da reprodução humana, porque em situações dessa natureza estamos diante de elementos meta-jurídicos que dizem respeito não apenas a fatos relacionadas com a ciência ou com a biogenética. Nesse caso, será indispensável pensar na pessoa humana. Na ótica de Eduardo Vera-Cruz Pinto⁴, “A vida humana é resultado de um acto de concepção praticado a dois. Envolve necessariamente, além da mãe uma outra pessoa, o pai. Esta é a regra. Todos os casos em que a vida humana não é concebida por duas pessoas – o pai e a mãe – devem ser consideradas excepções”. Isto porque, o interesse do menor sobreleva nessas questões. A Constituição Portuguesa (art. 36, número 4), como a brasileira (art. 227, par. 6º) não admitem qualquer discriminação em relação ao estado de filiação. No mesmo sentido, o art. 43 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei número 8.069/90) no Brasil, combinado com o artigo 1.618 do Código Civil, estabelecem condições especiais destinadas à proteção do menor. Nessa linha de idéias, Ester Lopes Peixoto⁵ pontifica: “De outro lado, o respeito à pessoa humana é postulado constitucional, e isto, de certa forma, autoriza que o direito privado, por força da irradiação dos princí-

³ LEITE, Eduardo de Oliveira, Inseminação *post mortem* e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do Equívoco Ético ao Comprometimento Jurídico”, p. 1

⁴ PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito, p.230.

⁵ PEIXOTO, Ester Lopes, “A Tutela da Engenharia Genética: Reflexões sobre a sua Concretização no âmbito do Direito Privado”, no livro “A Reconstrução do Direito Privado”, obra coordenada por JUDITH MARTINS-COSTA, p. 579.

pios constitucionais, se preocupe em disciplinar as relações jurídicas oriundas da aplicação de tecnologias que interfiram na estrutura do ser humano”.

A reprodução ou a inseminação artificial *post mortem* unilateral violenta direitos fundamentais da pessoa. Subtrai do filho gerado a presença física e espiritual do pai morto. O argumento de Eduardo Vera-Cruz Pinto⁶ justifica adequadamente esta postura ao pontificar que, “Porque filho é aquele que é assumido e tratado como tal por um homem (pai) e uma mulher (mãe) numa família, mesmo que não exista qualquer vínculo biológico entre eles. A filiação não pode continuar a ser apenas um registro genético, resultante de uma relação sexual entre um homem e uma mulher”. E, na mesma perspectiva poderemos deduzir a mesma idéia quando se trata de inseminação ou reprodução artificial *post-mortem* por escolha unilateral da consorte viva. Essa questão revela um direito de personalidade, onde se concentram todos os direitos na defesa do ser humano em sua integralidade – especialmente o princípio da dignidade. Na realidade, um direito de “*imediata relevância Constitucional*”, segundo expressão utilizada por Jorge Miranda⁷.

Na perspectiva da exposição destacada na Jornada Luso-Brasileira de Direito da bioética há que analisar a questão sob o prisma das reações ético-jurídicas e afetivas que incidem sobre o tema. Na ótica de Eduardo de Oliveira Leite⁸; “O objetivo

⁶ PINTO, Eduardo Souza-Cruz, op. cit., p. 231.

⁷ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, na p.73 destaca que: “Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanções da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana ou defesa da própria dignidade”.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 4.

final, ressalte-se, é garantir a filiação *ao casal*, porque o projeto é sempre parental. Conforme já afirmamos: Qualquer projeto de criação de seres humanos fora do projeto parental ficaria imediatamente negado pela ética”. A idéia defendida por Eduardo de Oliveira Leite parte do princípio de que as relações paterno-filiais no âmbito da sociedade conjugal dependem substancialmente do intercambio psíco-emocional do filho com os dois pólos no núcleo familiar – pai e mãe. No caso vertente, os argumentos utilizados por Eduardo de Oliveira Leite⁹ são consistentes, ao proclamar que: “Claro está que, ao pretender um filho sem pai, ou melhor, *órfão de pai*, deliberadamente, a pretensão da inseminação *post mortem* repousa sobre uma premissa injustificadamente falsa: atender aos interesses egoísticos de uma mãe viúva, que alija, *ab initio*, a relação triangular, pai, mãe, filho”. Nessa mesma vertente Eduardo Vera-Cruz Pinto¹⁰ pontifica que, “por isso, as atitudes de extremo egoísmo de pessoas que recorrem à fecundação artificial ou a esperma incógnito – não para vivenciarem a experiência única da maternidade/paternidade, mas para dispensarem o outro de um acto que o requer, obtendo deste modo o mesmo resultado: o filho – devem ser apontadas e censuradas como práticas ego-cêntricas que não podem ser protegidas pelo Direito”. Ocorre que O Projeto Parental, veementemente defendido pela doutrina brasileira e portuguesa, passa necessariamente pela construção da família regular livremente constituída através do casamento ou da união estável, com a presença do pai, da mãe e do filho, que foi gerado nesse ambiente inviolável, segundo prescrição inserta no art. 67, número 2, letra “d” da Constituição de Portugal e, no artigo 226, par. 7º da Constituição do Brasil.

A postura retilínea de Eduardo de Oliveira Leite¹¹ repou-

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 3

¹⁰ PINTO, Eduardo Souza-Cruz, op.; cit., p. 231.

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, em sua obra citada, p. 5 pontifica: “Igualmente evidente – como hoje revela-se matéria pacificada no ambiente psico-

sa no princípio de que a família é o ponto de chegada e saída da existência da pessoa humana e, portanto, o local onde se mesclam interesses de ordem pessoal, espiritual e econômica. Pode-se enfatizar que o núcleo familiar é destinado à formação da cidadania, mediante a presença física e psicológica do pai e da mãe. Daí a postura de Eduardo Vera-Cruz Pinto¹² ao concluir que, “... devem ser apontadas e censuradas como práticas ego-cêntricas que não podem ser protegidas pelo Direito”. Realmente, não se poderá conceber que um dos progenitores exerça o direito exclusivo de gerar artificialmente o filho *post mortem* ao marido com o único propósito de perpetuar a imagem do ex-consorte. Nesse caso, estar-se-á subtraindo do futuro ser humano a presença física do pai-gerador. E, nesse caso, estar-se-á excluindo do filho gerado o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi relegado ou substituído pelo direito unilinear da mãe de reprodução unilinear.

A Constituição da República Portuguesa prescreve em seu artigo 67, 1 e 2, letra “e” que o Estado deverá assegurar a família: “... a realização pessoal dos seus membros”, como igualmente, “... salvaguardar a dignidade da pessoa humana”. Na mesma linha prescreveu o *caput* do art. 226 da Constituição do Brasil ao enfatizar que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, devendo igualmente ser tutelada a dignidade do ser humano, segundo prescrição inserta no

lógico – que a presença do pai e da mãe é fundamental ao desenvolvimento sadio de uma criança (embora algumas vezes, isoladas, ainda insistam em afirmar o contrário”.

¹² PINTO, Eduardo Vera-Cruz, em sua obra citada, p. 231 assinala ainda em nota de rodapé número 180 que: “O comportamento de um adulto que recorre à ciência para gerar um ser humano privando-o da paternidade corresponde não apenas a uma maldade antropológica como sobretudo a um acto que o Direito censura, em nome dos direitos da criança a nascer, nas condições decididas e impostas pelo seu progenitor único, como se do seu dono se tratasse. Basta colocar a criatividade jurídica ao serviço dos direitos dos ‘sem defesa’ para surgir norma adequada a expressar, de forma positiva, essa censura do Direito”.

art.1º, inciso III da Carta Magna brasileira. Esses comandos axiológicos servem de eixo central para as questões relacionadas com as graves violações aos direitos fundamentais da pessoa humana, que deságuam nas indenizações por danos morais à pessoa¹³.

A questão dos danos não patrimoniais se insere no contexto de uma nova realidade, oriunda das intervenções que violam princípios presentes na dignidade da pessoa ou nos direitos de personalidade¹⁴. Referidos danos especiais, porque integram uma categoria de perdas que não são patrimoniais e, portanto, difíceis de serem valorados em razão da sua dimensão espiritual ou psicológica serão, todavia, quantificados pecuniariamente para conferir à vítima uma idéia de satisfação. João de Matos Antunes Varela¹⁵ nessa linha de idéias assinala que essa modalidade de danos não patrimoniais, “... apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma satisfação (*Genugtuung*) do que uma indenização”. Dessa forma, distanciando-se do princípio da *restitutio in integrum* que alude, particularmente, aos danos patrimoniais, os danos não patrimoniais porque afetam direitos imateriais que não são suscetíveis de avaliação e reposição ao *stato quo ante* devem ser considerados como indenização meramente compensatória para a vítima. Portanto, o que merece destaque nesta situação é proteção dos valores que integram a personali-

¹³ MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 226 nesse sentido proclama que: “A procriação assistida é regulamentada em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana (art. 67, n. 2, alínea e) e, porque, para lá da noção privatística (art. 66º do Código Civil), se oferece, assim, um conceito constitucional de pessoa, confortado, porventura, pelo direito de todo o individuo ao reconhecimento da sua personalidade jurídica (art. 6º da Declaração Universal)”.

¹⁴ David de Oliveira Festas, em seu livro “Do Patrimonio do Direito À Imagem”, na página 94 ensina que, “O carácter não patrimonial dos direitos da personalidade é assumido pela generalidade da literatura como parte do *patrimonio genético* da categoria”.

¹⁵ VARELA, João de Matos Antunes, op. cit., p. 601.

dade da pessoa, tais como, a honra, o nome, a imagem, a privacidade e intimidade, dentre outros. Pelas razões expostas, a incidência de danos não patrimoniais ou morais no contexto da situação analisada haverá de ocorrer de forma inevitável. Será impossível subtrair do filho inseminado ou reproduzido unilinearmente o desconforto da ausência do pai, bem como, a dor íntima dessa ausência física do progenitor para que o filho possa desfrutar dos prazeres dos momentos de convivência e proteção.

Por esse motivo, essa proteção especial da família nos ordenamentos jurídicos dos países irmãos – Portugal e Brasil – são destacadas pelos Tribunais, como se denota no caso *sub examinis*: “Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral” (Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro – Recurso Especial número 1.159.242/SP). Todavia, não se pode descurar que é exatamente nessa ambientação onde predominam valores éticos que as agressões, sejam físicas ou verbais, produzem efeitos devastadores. A Constituição brasileira em seu artigo 226, par. 8º atentou para essa realidade ao prescrever que: “o Estado assegurará a assistência a família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações¹⁶”. Essa proteção é plenamente justificada em razão da importância do pai e da mãe na estruturação da família, bem como, da contribuição destes na condução do processo de sustento, guarda e educação dos filhos, um dos deveres inerentes dos cônjuges segundo

¹⁶ Nesse caso particular, o Estado editou legislação nesse caso ao instituir a “Lei Maria da Penha”, Lei número 11.340 de 07.08.2006, sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher.

prescrição contida no art. 1.566, inciso IV do Código Civil brasileiro e artigo 1.878, números 1 e 2, combinado com o artigo 1.885, números 1 e 2 do Código Civil português.

No âmbito do texto enfocado pelo autor na Jornada Luso-Brasileira de Direito da bioética, a reprodução unilinear do filho abrange questões de magnitude que envolve o núcleo familiar. Assim, a procriação ou a reprodução genética do filho em ambientes que subtraíam a formação integral do filho na presença material e psíquica do pai e da mãe, que contribuem para sua desestabilização emocional deverá ser evitada. O art. 68, 1 da Constituição de Portugal prescreve de forma enfática que: *“Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua INSUBSTITUÍVEL acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país”*. A norma constitucional conclui em seu artigo 68, número 2 que: *“A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes”* (destaque do autor). O legislador português entende que a participação do pai e da mãe será determinante na educação e na construção da personalidade do filho.

A história relata que a família é o núcleo da convivência formada pelos indivíduos que a compõem na pessoa do pai, da mãe, dos filhos e dos demais parentes consanguíneos e afins. Certamente que o núcleo pétreo dessa sociedade concentra-se nas pessoas dos pais e filhos, sendo estes últimos aqueles gerados pela relação conjugal entre os consortes. A idéia de reprodução e geração dos filhos no ambiente familiar se amolda ao preceito bíblico sedimentado no princípio: *“Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a terra (Gênesis 1, 28): as responsabilidades do homem pela vida”*, retrata a concepção da reprodução humana entre o homem e a mulher. Por sua vez, a Encíclica *Casti Connubii*, do Papa Pio XI, editada em 31 de dezembro de 1931, afirma que *o ato conjugal deve sempre estar aber-*

to à vida e não deve ser frustrado o poder de gerar a vida deliberadamente. Nessa mesma linha, os romanos já entendiam que os filhos são gerados no ambiente do casamento e para isso, proclamavam que *pater is est quem justae nuptia demonstrat*, ou seja, os filhos romanos deveriam ser gerados no ambiente das relações conjugais entre o marido e a mulher. A idéia que nutriu essa construção histórica foi basilar na formação e estruturação do núcleo familiar. Os filhos deveriam ser gerados pelos pais. No entanto, o extraordinário desenvolvimento da ciência e da tecnologia possibilitou na atualidade, a geração do filho através da inseminação ou reprodução mediante a utilização de meios científicos. Uma nova realidade se desenhou na estruturação da família – a geração do filho poderia ser realizada independentemente do congresso carnal entre seres heterossexuais.

Em recente decisão o STJ brasileiro firmou o entendimento: “Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V”. (In STJ – REsp. 1.281.093/SP – 3ª Turma – Relator: Min. Nancy Andrighi – julgado em 18.12.2012 – RSTJ 229/349). Portanto, o processo de inseminação ou reprodução humana artificial banalizou-se na sociedade moderna. A escolha do filho a ser reproduzido, em face do material genético de terceiros, é uma decisão livre do casal ou unilateral da mãe. E, neste último caso, resta indagar: em que espaço ficará o direito de personalidade do filho de poder conviver com o seu pai no caso de reprodução unilinear decidida pela mãe? As conseqüências de ordem psicológica para o filho unilinearmente inseminado com material genético do seu pai serão inevitáveis.

Nessa ordem de idéias os danos morais ao nascituro de-

correm exatamente na forma em que foi concebido serão inevitáveis ou, de acordo com os ensinamentos de Eduardo de Oliveira Leite¹⁷, que é enfático ao concluir: “claro está que, ao pretender um filho sem pai, ou melhor, órfão de pai, deliberadamente, a pretensão da inseminação *post mortem* repousa sobre uma premissa injustificadamente falsa; atender os interesses egoísticos de uma mãe viúva, que alija, *ab initio*, a relação triangular pai, mãe e filho”. Nessa perspectiva, o filho é inserido no ambiente existencial à sua revelia, sem a presença do pai que contribuiria de forma marcante para sua estabilidade psicoemocional. Isto porque o filho órfão de pai haverá desde cedo, de experimentar a ausência física do seu procriador. Esse sentimento de dor da ausência do pai se manifesta através de diversos fatores psicológicos diante da falta de elementos referenciais encontrados na figura paterna e/ou da mãe. “Como frisou Guy Corneau”, destaca Eduardo de Oliveira Leite¹⁸, “em profunda análise sobre os efeitos da ausência paterna para evoluir, um homem precisa ser capaz de identificar-se com a mãe e com o pai. O triângulo pai-mãe-filho deve poder formar-se e substituir a díade mãe-filho”. Certamente que essa mudança referencial não se processa sem quaisquer efeitos psicológicos na mente da criança. O próprio processo de separação e ou divórcio dos pais se apresenta nas Varas de Família como procedimentos traumáticos - o que não dizer da ausência do pai no âmbito familiar. Portanto, os argumentos no sentido da objeção das reproduções unilineares são fundamentais no sentido da preservação da integridade psíquica emocional do filho. Daí porque, Françoise Furkel¹⁹, assinala: “O princípio tradicional

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 5

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito civil, Rio de Janeiro, Editora GEN/Forense, 2011., p.162.

¹⁹ FURKEL, Françoise, Grandes Temas da Atualidade – bioética e Biodireito – Aspectos Jurídicos e Metajurídicos, obra coordenada por Eduardo de Oliveira Leite, “A Bioética de Alguns Aspectos Essenciais na República Federal da Alemanha”, p. 122/152, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

da primazia da pessoa e de sua dignidade continua sendo fundamental além-Reno. É em nome deste princípio, que faz prevalecer o interesse do homem e, portanto, do filho sobre o da ciência que tanto em matéria de procriação medicamente assistida quanto de genética, formulam-se múltiplas interdições”. O filho procriado no ambiente pai-mãe sofre efeitos duplos decorrentes do pai-autoridade e da mãe-maternidade. São forças-ideias construtoras da cidadania que interferem de formas naturalmente diferenciadas e que são determinantes no processo de construção da personalidade do filho. Portanto, os fundamentos invocados pelo autor no texto no Simpósio – O dano moral ao filho em face da reprodução ou procriação assistida linear – decorre exatamente dessas premissas oriundas da ausência física do pai, no caso do filho gerado ou reproduzido unilinearmente.

E, quando se trata de danos morais ao nascituro ou ao filho reproduzido unilinearmente, não se questiona a capacidade de sentir dessas pessoas. De acordo com a lição de Carlos Roberto Gonçalves²⁰, citando Antonio Jeová Santos que aponta para a seguinte situação, “A não existência de lágrimas ou a incapacidade de sentir dor espiritual não implica na conclusão de que tais pessoas não possam sofrer dano moral ressarcível. É que a indenização do dano moral não está condicionada a que a pessoa alvo do agravo de sentir e de compreender o mal que lhe está sendo feito”. Por consequência, a subtração do pai ao filho procriado de forma unilinear, resulta em inequívoca possibilidade da indenização por danos morais em face da progenitora. Na situação em debate, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro vêm decidindo que: “É importante ressaltar que não merece prosperar o fundamento constante do aresto recorrido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, tendo em vista que não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e

²⁰. GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, 13ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 644.

para sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes. *Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação (de ordem moral)*". (In STJ – REsp. 910.794/RJ – 1ª Turma - Relator: Min. Denise Arruda – j. em. 21.10.2008 – DJU de 04.12.2008).

Portanto, o tema exposto alude à violência ao princípio da dignidade do filho de quem fora subtraído o seu direito de companhia do pai. Isto porque se trata de uma agressão que se consumou pela decisão unilinear ou "*de forma egoística*" da mãe, como destacado por Eduardo de Oliveira Leite em seu texto citado, ou seja, da mãe utilizar-se do material genético do pai falecido e depositado em bio-banco para se auto-fertilizar. O autor²¹ utiliza-se de argumento irrefutável ao afirmar: "Paralelamente à questão jurídica, propriamente dita, e por derradeiro, vale sempre lembrar, que a monoparentalidade prevista no texto constitucional – art. 226, par. 4º da CFB/88 - e que o Constituinte visa proteger não é a monoparentalidade *programada*, mas sim a monoparentalidade, gerada pelas circunstâncias".

Pelas razões expostas, poderemos concluir que o direito ao dano moral do filho reproduzido nas circunstâncias delineadas na exposição do tema, nos remete ao princípio da ampla tutela das pessoas violadas em seus direitos fundamentais. Assim, a inseminação ou reprodução unilinear na medida em que atende aos desejos de um dos consortes, viola por outro lado, um dos deveres inerentes ao casamento que é a coabitação (art. 1.566, II CC), ou seja, a convivência presente na sociedade conjugal entre os seus componentes naturais e presentes nas pessoas do pai, da mãe e do filho. Por outro lado, segundo ob-

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 11.

servado por Eduardo de Oliveira Leite²², “com efeito, a maioria das legislações européias veda o acesso à inseminação *post mortem* minorando os efeitos nefastos de uma monoparentalidade desejada”. E, nessa linha, ninguém tem o direito – mesmo a progenitora – de decidir unilateralmente o direito de realizar inseminação e impor uma família sem a presença do pai ou do companheiro, para excluir a triangulação das relações que devem prevalecer no seio da família.

Quanto à quantificação dos valores de danos morais decorrentes da violação aos direitos do nascituro em face da ausência física do pai, se trata de questão relegada ao *arbitrium boni viri*. De acordo com o STJ português, “o montante da indemnização dos danos não patrimoniais será fixado equitativamente, tendo em atenção o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso – artigo 494 e 496 do CC” (In STJ – 28.06.1989: BMJ, 388. -377). Nessa linha ainda, Rabindranath V. A. Capelo de Souza²³ pontifica que: “Daí que, quem estiver obrigado a reparar um dano da personalidade, quer patrimonial quer não patrimonial, deva, por via de regra, adoptar as medidas necessárias tendentes a reconstituir a situação que existiria se não tivesse verificado o evento (violador da personalidade) que obriga à reparação (art. 562º do Código Civil)”. No Brasil, a quantificação do dano moral se encontra relegada às situações que merecem particular apreciação do magistrado em face do caso concreto. Para tanto, o STJ vem decidindo que: “No caso concreto, o Tribunal de origem, ao destacar a gravidade do ato ilícito praticado contra a autora, fixou a indenização por danos morais em *valor que não se distancia dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade*” (destaque do autor). (In STJ – AgRg no REsp. 237.005/RS – julgado em 05.02.2013 – 4ª Turma – Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira). Portanto, a

²² LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 10.

²³ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de, op. cit., p. 463.

gravidade e a extensão do dano, deve ser mensurado de acordo com a previsão inserta no artigo 944, par. único do CC brasileiro, levando-se em consideração a teoria da diferença ou seja, a situação da vítima antes e após o evento lesivo. É importante ponderar que os danos imateriais constituem lesões que afetam substancialmente os direitos da personalidade da vítima²⁴. Por consequência, os danos não patrimoniais violam direitos fundamentais e são constitucionalmente tutelados pelo ordenamento Maior do Brasil e de Portugal (art. 5º, inciso X da CFB) e (art. 25, 1 da CFP).

No caso *sub examem*, que trata da valoração dos danos não patrimoniais da pessoa reproduzida artificialmente de forma unilinear, a questão a ser observada cinge-se à avaliação dos dissabores vivenciados pelo filho inseminado por exclusiva e egoística vontade da mãe. Portanto, restaria saber qual o montante da indenização – *quantum indenizatório* - desses dissabores ou exatamente qual a dimensão dos expressivos aborrecimentos experimentados pela vítima. Não há na literatura jurídica do Brasil²⁵ ou de Portugal²⁶ valores quantificáveis que

²⁴ De acordo com RABINDRANATH V. A. CAPELO, em sua obra “O Direito Geral de Personalidade”, 1ª edição, Lisboa, Editora Coimbra Editora, 2011, página 458: “Dado que a personalidade humana do lesado não integra propriedade o seu património, acontece que da violação de sua personalidade emerge directa e principalmente danos não patrimoniais ou morais, isto é, prejuízos de interesses de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exactamente indemnizados, com a obrigação pecuniária imposta ao agente”.

²⁵ A decisão do STJ demonstra com clareza a dificuldade na fixação de valores nessa área do direito, como se observa da decisão exposta: Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz

possa determinar com precisão os valores equivalentes dessas situações. Mesmo porque, como pontifica Rabindranath Capelo de Souza²⁷, “...o montante da indemnização dos danos não patrimoniais ‘*será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstancias referidas no artigo 494*’, ou seja, o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso”. Portanto, prepondera nessas situações critérios valorativos que se sujeitam, como nos demais casos, ao puro arbítrio do magistrado.

Deduz-se que não se tratam de valores quantificáveis sujeitos ao poder arbitrário do magistrado. Serão importantes considerações relacionadas com os traumas vivenciados pelo filho gerado pela ausência e desconhecimento do pai-gerador, que deverão perdurar em sua existência. Yussef Said Cahali²⁸ narra situação das perdas emocionais vivenciado por nascituro

fixa o valor da reparação”. (In STJ – REsp. 931.556/RS – Relator: Min. Nancy Andrichi – 3ª. Turma – j.em 17.06.2008).

²⁶ Nesse caso, “nomeadamente, o ac. RP de 13 de abril de 1989 (CJ 1989, 2º. 221) *considerou que quaisquer tabelas para cálculo de indemnizações não são directamente aplicáveis ao compute da indemnização por acidente de viação, embora possam servir de orientação, sem necessidade de demonstração aritmética do resultado alcançado*”.

²⁷ SOUZA, Rabindranath V.A. Capelo de, op. cit., p. 466.

²⁸ CAHALI, Yussef Said, em sua obra narra situação *mutatis mutandi* que se aplica ao caso, objeto da exposição

na Jornada Luso-Brasileira de Direito da Bioética quando proclama: “E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado” (*Dano Moral*, RT, 2ª ed., n. 4.8.4, p. 162).

em face da perda do seu progenitor em acidente que o vitimou, subtraindo do filho o direito de conviver com o pai em sua trajetória existencial. Não obstante a diversidade de situações, o que se destaca nessa proclamação é a perda emocional do menor, em face da ausência do progenitor.

Nessa ordem de idéias, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro balizou seu entendimento na seguinte perspectiva: *“Assim, a melhor exegese está com o aresto paradigmático, que não subtrai o direito da parte à percepção do dano moral, eis que assegurada está a sua vindicação por duas décadas, mas, sim, adequar o ressarcimento à atenuação da dor pelo tempo, pela superação do impacto da perda do ente familiar nos anos em que se seguiram, mesmo sem a percepção de uma quantia que visaria aliviar dificuldades materiais paralelas, possibilitando melhor recuperação do sofrimento tido pelos autores”*. (in STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 399.028/SP - 2001/0147319-0 – Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Nessa direção, sustenta-se a premissa de que não obstante as dificuldades de avaliação dos danos não patrimoniais não se poderá, em razão dessas dificuldades, subtrair do menor gerado ou reproduzido em tais circunstância o Constitucional Direito de ser indenizado por danos não patrimoniais em valores alicerçados em princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Para tanto, proclamando com critérios de avaliação e quantificação dos danos não patrimoniais João de Matos Antunes Varela²⁹ destaca: “O montante da indemnização correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado em qualquer caso (haja dolo ou mera culpa do lesante) segundo critério de equidade, atento ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação econômica e às do lesado e do titular da indemnização (art. 496, 3), aos padrões de indemnização geralmente adotados na jurisprudência, às flutuações do valor da moeda”.

²⁹ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral, Vol. 1, 10ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2012, p. 607.

Portanto, critérios ditados pelo Código Civil português e, no mesmo sentido, de acordo com o Código Civil brasileiro. Mas, o que merece ser destacado no exame do caso exposto na Jornada Luso-brasileira de Direito da Bioética é o inegável direito à indenização pelos danos morais em face da violação ao princípio da dignidade e aos direitos da personalidade do filho reproduzido ou inseminado unilinearmente. A subtração do filho ao direito de conhecer seu pai e com ele conviver – por decorrência de ato de reprodução exclusivo da progenitora – na expressão da Ministra Nancy Fátima Andrigh do Superior Tribunal de Justiça (In STJ – REsp. 931556/RS) *mutatis mutandi*: “*Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida*” – retrata uma perda emocional de grande magnitude. E, nesse caso, não se poderá subtrair dessa pessoa humana uma indenização justa e adequada ao caso, de forma a compensar as perdas emotivas vivenciadas sem, no entanto, pretender restaurar os fatos ao *stato quo ante*. Afinal, a função dos danos não patrimoniais objetiva apenas e tão somente compensar a vítima nas perdas que não atingem diretamente seus bens patrimoniais e sim valorativos.



BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 3ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

- FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito À Imagem – Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter-Vivos*, Lisboa, Editora Coimbra, 2009.
- GOMES, Orlando, *A Crise do Direito*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1955.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*, 13ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.
- LEITE, Eduardo de Oliveira, *Inseminação post mortem e a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina: do equívoco ético ao comprometimento jurídico*, publicado no livro *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*, São Paulo, Editora revista dos Tribunais, 1995.
- _____, Eduardo de Oliveira, *Estudos de Direito de Família e Pareceres de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense/GEN, 2011.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª edição, Lisboa, Coimbra Editora S. A., 2012.
- PEIXOTO, Ester Lopes, “A Tutela da Engenharia Genética: Reflexões sobre a sua Concretização no âmbito do Direito Privado”, no livro “A Reconstrução do Direito Privado”, obra coordenada por JUDITH MARTINS-COSTA, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito*, Cascais, Editora Principia, 2010.
- SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, 1ª. edição, Lisboa, Coimbra Editora, 2011.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. 1, 10ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2012.