



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD**

ANDRÊSA MAYARA ANDRADE DE SOUSA

**DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS DOS MENORES
FRENTE À REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL**

**SOUSA – PB
2018**

ANDRÊSA MAYARA ANDRADE DE SOUSA

**DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS DOS MENORES
FRENTE À REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.. Emília Paranhos Santos Marcelino.

ANDRÊSA MAYARA ANDRADE DE SOUSA

**DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS DOS MENORES FRENTE À
REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL**

Monografia apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Emília Paranhos Santos Marcelino

Data de aprovação: ____/____/____

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Emília Paranhos Santos Marcelino

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

*Dedico este trabalho a Deus, minha fonte
de força. A minha filha Helena, presente
Divino, milagre de Deus em minha vida.
Ao meu esposo, meus pais e amigos,
por toda paciência e apoio.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, responsável por todas as minhas conquistas, minha fortaleza, razão da minha existência.

À minha filha Helena, minha fonte de força e superação diária. O maior milagre de Deus na minha vida e prova do seu imenso amor por mim.

Ao meu esposo, aos meus pais e aos meus sogros, por todo apoio, preocupação, paciência e confiança a mim depositada ao longo dessa jornada. Com vocês, tudo, sem vocês, absolutamente nada.

Aos meus familiares e amigos por toda credibilidade que puseram a mim durante toda essa caminhada acadêmica.

À minha orientadora, professora Emília Paranhos por tamanha dedicação e disponibilidade, a qual não se eximiu de me ajudar todas as vezes que pedi auxílio e orientação.

À todos aqueles, que de alguma maneira, contribuíram com o meu progresso profissional e também pessoal, ao decorrer de toda essa jornada universitária.

À todos vocês, meus singelos agradecimentos.

RESUMO

O avanço biotecnológico proporcionou a humanidade uma série de melhorias, uma delas reside na possibilidade de concepção humana por meio da reprodução humana artificial, essa técnica consiste no conjunto de procedimentos utilizados por profissionais médicos especializados com o fulcro de realizar a procriação humana. Diante do crescimento de infertilidade, do avanço científico, do crescimento de clínicas médicas especializados, bem como, de fatores sociais modernos, houve uma maior busca por essa técnica de reprodução, elas possibilitam a concretização do desejo de conceber um filho àqueles que, por via natural, encontram-se, de alguma maneira, impossibilitados. Tais modalidades de concepções artificiais, não encontram respaldo em legislação brasileira específica, estando apenas, regulamentadas, de forma esparsa por alguns dispositivos do código civil e da própria Constituição Federal. Embora tal omissão legislativa, o Conselho Federal de Medicina em Resolução nº 2.121/2015, que estabeleceu regras e normas éticas para o prosseguimento da reprodução assistida, considerada, inclusive, uma norma padrão para as partes envolvidas em tal procedimento. Dentre as disposições dessa resolução, admite-se aos doadores de material genético a preservação do anonimato de sua identidade, não o obrigando a manter qualquer vínculo com o ser gerado, seja parental, de afeição, subsistência ou afinidade. Dessa forma, embora reconhecido o direito de planejamento familiar, a monoparentalidade, bem como, o uso de técnicas de reprodução para procriação humana, estes não podem subestimar as garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, seres titulares e prioritários de direitos, nem ainda, ter por infligido a garantia da dignidade da pessoa humana do menor. Para a confecção deste estudo, o método de pesquisa utilizado foi o dedutivo. Quanto ao procedimento técnico, houve o uso pesquisa teórica com emprego de material bibliográfico e documental em todo o trabalho desenvolvido, além de ter utilizado da legislação constitucional e civil brasileiro, bem como, de resolução específica do tema. Assim, o presente estudo objetiva realizar um estudo acerca da aplicabilidade e efetivação dos direitos e garantias da criança e do adolescente frente à reprodução humana assistida. Assim, este trabalho buscou encontrar os limites éticos e jurídicos existentes entre o avanço científico e a garantia dos direitos desses menores, tais como, direito à dignidade humana, direito à convivência familiar, direito ao conhecimento de sua origem genética, direito ao seu melhor interesse e à sua proteção integral.

Palavras-chave: Dignidade humana. Reprodução Assistida. Interesse do menor. Primariedade de proteção.

ABSTRACT

Biotechnology advances provided mankind a lot of improvements, one of them resides in the possibility of human conception by artificial human reproduction, this technique consists of the set of procedures used by medical professionals specialized with the fulcrum of human procreation. On infertility, growth of scientific advance, the growth of specialized medical clinics, as well as of modern social factors, there was a greater search for this technique, they make it possible to achieve the desire to conceive a son to those who, by nature, are somehow unable. Such methods of artificial concepts, do not find support in Brazilian legislation, and only specific, regulated, so sparse for some provisions of the civil code and the Federal Constitution. Although this legislative omission, the Federal Council of Medicine in resolution nº 2.121/2015, which established rules and ethical standards to the continuation of assisted reproduction, considered, including, a standard for the parties involved in such procedure. One of the provisions of that resolution, to donors of genetic material to preserve the anonymity of your identity, not forcing the maintain any link to be generated, whether parental, affection, livelihood or affinity. Thus, although the right to family planning, single parenthood, as well as the use of reproduction techniques for human procreation, they cannot underestimate the fundamental guarantees of children and adolescents, and beings rights priority, nor yet, have inflicted the guarantee of human dignity of the child. For the preparation of this study, the research method used was the deductive. As for the technical procedure, use theoretical research with use of bibliographic and documentary material in the entire work, in addition to having used the constitutional and civil law in Brazil, as well as theme-specific resolution. Thus, the present study aims to conduct a study on the applicability and effectiveness of rights and guarantees of children and adolescents assisted human reproduction front. Thus, this study sought to find ethical and legal limits that exist between the scientific advancement and to guarantee the rights of these minors, such as the right to human dignity, the right to family living, the right to knowledge of your origin Genetics, right to your best interests and your full protection.

KEYWORDS: Human dignity. Assisted Reproduction. Interest of the minor. Primarity of protection.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FIV – Fertilização “in vitro”

GIFT – Transferência Intrafalopiana de Gametas

IAIU – Inseminação Intrauterina Artificial

ICSI – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides

ONU – Organização das Nações Unidas

RHA – Reprodução Humana Assistida

SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões

SUMÁRIO

<u>1</u>	<u>INTRODUÇÃO</u>	11
<u>2</u>	<u>DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS MENORES E INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO DOS INFANTES</u>	14
<u>2.1</u>	<u>INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS DA PROTEÇÃO DOS INFANTES</u>	
<u>2.1.1</u>	<u>Convenção de Genebra (1924)</u>	14
<u>2.1.2</u>	<u>Declaração dos Direitos da Criança (1959)</u>	16
<u>2.1.3</u>	<u>Convenção dos Direitos da Criança (1989)</u>	20
<u>2.2</u>	<u>INTRUMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS NA PROTEÇÃO DOS INFANTES</u>	24
<u>2.2.1</u>	<u>CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CF/88) E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES</u>	
<u>2.2.2</u>	<u>CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS DOS INFANTES: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90 – ECA)</u>	28
<u>3</u>	<u>REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL</u>	36
<u>3.1</u>	<u>BREVE RELATO ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS LEGAIS</u>	37
<u>3.2</u>	<u>DAS ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL</u>	45
<u>3.3</u>	<u>DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA</u>	51
<u>4</u>	<u>DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS DOS INFANTES FRENTE À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</u>	54
<u>4.1</u>	<u>PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</u>	54
<u>4.2</u>	<u>DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR</u>	61

<u>4.3</u>	<u>DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR</u>	67
<u>4.4</u>	<u>DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO MENOR NA REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA</u>	70
<u>5</u>	<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	77
	<u>REFERÊNCIAS</u>	79

1 INTRODUÇÃO

O final da década de 80 foi marcado por uma grande revolução no campo jurídico, familiar e social concernente à tutela das garantias dos infantes e o reconhecimento desses como sujeitos de direitos.

Aqueles que não tinham por respeitados seus direitos, que sempre foram alvos de rejeição por parte da comunidade e do estado, que não eram reconhecidos como pessoas de fato, nem muito menos levada em conta sua condição de indivíduo em amadurecimento, viu nessa época histórica, uma mudança drástica na forma como eram encarados pela sociedade, bem ainda, no tratamento jurídico a eles conferido.

Após incessantes batalhas e uma longa jornada, a confirmação das garantias da criança e do adolescente ocorreu, de forma definitiva, mediante o lento, porém existente avanço, no campo normativo para a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Com tal progresso, foram rompidos os paradigmas tradicionais de tratamento e “proteção” desses menores, e estes, passaram a ser assunto de variados debates nas comunidades internacionais e, conseqüentemente, na promoção de políticas públicas a seu favor.

Com isso, a infância e tudo que lhe diz respeito passaram gradualmente a ganhar destaque e atenção por parte da coletividade e também do próprio ordenamento jurídico, a nível nacional e internacional.

No Brasil, a afluência referente aos direitos da criança e do adolescente, tem como marco a década de oitenta. Cronologicamente falando, os anos de 1988 a 1990 surgiram como símbolo na proteção e efetivação das garantias desses menores. A partir desse contexto histórico, foram promulgados diversos acordos, tratados e leis que reconheceram e confirmaram, à criança e ao adolescente, a qualidade de cidadãos, titulares de direitos e garantias próprias.

Apesar de tal reconhecimento, é imprescindível a existência de debates sobre o tema em questão, para que essas conquistas não caiam no esquecimento nem sofram qualquer tipo de negligência, assim, este trabalho surge com o fulcro de realizar um estudo acerca da aplicabilidade e efetivação dos direitos e das garantias das crianças e dos adolescentes.

O objetivo geral do trabalho é analisar manutenção desses direitos àqueles menores concebidos por reprodução artificial frente a todo esse processo reprodutivo. Aqui foi explanada a eminente preocupação da garantia desses direitos em detrimento das mudanças advindas com o processo evolutivo da biotecnologia e da alteração do padrão familiar moderno.

Do ponto de vista metodológico, o procedimento técnico de pesquisa utilizado foi o dedutivo. Foi aqui desenvolvida uma pesquisa teórica, com emprego de material bibliográfico e documental, respaldado principalmente no uso de artigos, tratados, livros e também de todo material disponibilizado na internet, além de ter utilizado da legislação brasileira, bem como, de resoluções tratativas do tema. Primariamente foi feito um embasamento teórico, por meio do estudo de todo acervo referente aos assuntos aqui abordados, para a posteriori, desenvolver as reflexões aqui elencadas.

O trabalho foi desenvolvido em três capítulos, cada qual apresentando suas próprias considerações, a fim de auxiliar o leitor na construção de uma reflexão filosófica e jurídica do tema abordado.

O primeiro desses capítulos apresenta-se em torno da temática dos direitos dos infantes. Foi aqui desenvolvida uma análise histórica acerca dos direitos e das garantias dos menores, desde os marcos referenciais para reconhecimento dos direitos desses sujeitos até a consolidação destes no âmbito nacional. Dessa forma, foram aqui elencados os principais acordos e leis, nacionais e internacionais que marcaram no reconhecimento das garantias desses indivíduos. No âmbito internacional foram analisados os acordos: a Declaração de Genebra (1924), a Declaração dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção dos Direitos da Criança (1989); Na ordem nacional, o sistema de proteção aos Direitos da Criança e do Adolescente deu-se com a Constituição Federal Brasileira (1988) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), através dos quais foram conferidas a esses sujeitos inúmeras garantias e prerrogativas, atribuindo-lhes prioridade e máxima proteção.

No segundo capítulo foi feita uma breve abordagem acerca dos métodos de reprodução assistida, bem como, de seus aspectos legais. Nesse último contexto, foi dada ênfase na omissão da legislação nacional no tocante a regulamentação desta prática. Foi abordado ainda, o explosivo aumento na procura desses métodos reprodutivos, e também, as circunstâncias que

possibilitaram tamanho o crescimento na procura pela reprodução em tela, bem como, a prerrogativa conferida ao doador de material genético na reprodução artificial heteróloga, em ter por resguardado seu anonimato.

Por fim, no terceiro capítulo, foram elencados os direitos dos menores em conhecer suas raízes genéticas, ter como garantida a sua convivência familiar e ter por respeitado o seu direito a proteção primária e integral, todas essas garantias respaldadas como direitos a dignidade humana, em contrassenso as prerrogativas que são estabelecidas ao doador do material biológico, nos casos de reprodução humana assistida heteróloga. Destarte, consoante dispõe resolução médica acerca desse tema, os doadores de sêmen não são obrigados a manter vínculos familiares, de afeição e subsistência para com o concebido. Frisa-se ainda, a maior de todas essas prerrogativas, qual seja, a garantia do seu anonimato, que atribui a esse doador, o direito de preservação e não divulgação de sua identidade

Salienta-se, no entanto, que em virtude dessas faculdades, emana um conflito com os direitos e garantias fundamentais do menor, quais sejam, de terem conhecimento de sua real fonte biológica, de ter por atendido seu melhor interesse e ainda, ter resguardado seu direito a coexistência familiar, violando de tal modo, o supra princípio da dignidade da pessoa humana.

2 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS DOS MENORES E INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DOS INFANTES

Ao decorrer da história a tutela das crianças e dos adolescentes passou por sua série de evolução até chegarem à consolidação dos direitos desses sujeitos. Foi necessária a firmação de muitos acordos, tratados para, enfim, dar titularidade de sujeitos de direitos àqueles, que outrora, estavam à margem da sociedade.

No âmbito internacional, diversos foram os acordos que trataram acerca desse assunto e que marcaram no reconhecimento das garantias desses indivíduos. Dentre eles, cita-se: a Declaração de Genebra (1924), a Declaração dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção dos Direitos da Criança (1989).

Na ordem nacional, o sistema de proteção aos Direitos da Criança e do Adolescente deu-se com a Constituição Federal Brasileira (1988) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Com a promulgação da Constituição Cidadã Brasileira (1988) foi conferidas a esses sujeitos inúmeras garantias e prerrogativas, reconhecendo-os como detentores de direitos fundamentais, merecedores, portanto, de respeito e proteção.

O Estatuto, por sua vez, surge como símbolo de proteção dos direitos dos menores, ao introduzir em seu texto legal, os princípios norteadores da Declaração de Direitos Humanos e ainda, ao primar pela condição peculiar de sujeito em desenvolvimento desses menores, atribuindo-lhes prioridade e máxima proteção. Na defesa dos direitos da criança no Brasil, esse código adquire um caráter essencial e progressista, simbolizando todo um projeto de sociedade apoiado nos direitos humanos e no interesse primordial da criança, resultando em mudanças no conteúdo, método e gestão das políticas para a infância.

2.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS DA PROTEÇÃO DOS INFANTES;

2.1.1 Declaração/Convenção de Genebra (1924);

A convenção de Genebra foi aprovada, de forma unânime, em 26 de setembro de 1924, pela Assembleia da Liga das Nações Unidas. Essa Convenção foi inicialmente denominada de “Declaração da Criança da Sociedade das Nações”, tendo sua nomenclatura alterada, posteriormente, para a conhecida Declaração de Genebra.

A declaração de Genebra dos Direitos da Criança foi e ainda é considerada marco inicial para a proclamação, a nível internacional, dos direitos dos infantes.

Essa convenção era de caráter amplo, protegendo, assim, não apenas parcela das crianças, mas todos os sujeitos sob essa condição, diferentemente de anteriores convenções, a exemplo da OIT, que abrangia apenas parte desses sujeitos.

Embora não questionável sua importância e magnitude na tutela dos direitos das crianças, tal declaração não obteve um efeito esperado e imprescindível para o eficaz reconhecimento das garantias desses menores.

Outra “crítica” a respeito dessa convenção reside no fato de que esta não considerava as crianças como sujeitos de direitos, contudo, deve ressaltar o fato de que, embora não houvesse tal reconhecimento, este documento cuidou de elencar importantes e necessários pontos na tutela dos direitos das crianças, tais como: a primazia na prestação de socorro; garantia de saúde e educação; proteção a toda e qualquer forma de exploração, bem como, a garantia de meios necessários para o seu desenvolvimento econômico, social e moral.

Com todo o exposto, registra-se a maneira pretensiosa da Declaração de tentar garantir, de forma máxima, os direitos das crianças, através da conscientização da sociedade. Esta convenção mostrou que a comunidade como toda, encontra-se no dever de proteger os infantes, através da promoção de condições necessárias para o desenvolvimento destes.

Desse modo, a mencionada declaração surgiu como uma forma de elencar os deveres de todos os países para com as crianças, primordialmente, na obrigação de fornecer a estas, tudo que lhes é seu por direito.

Embora, possuísse caráter aclamatório, não resta contestada sua influência para surgimento de posteriores tratados de proteção das crianças.

Como outrora já elencada, embora a Declaração de Genebra de 1924 não cuidasse de um efetivo reconhecimento da criança como sujeito de direitos, ela consistiu no primeiro documento de salvaguarda para a criança, passo primordial de uma luta incessante. Marcava-se assim, o princípio da tamanha transformação do cenário de tutela. A partir desta declaração, esses sujeitos foram vistos sob uma nova perspectiva, sobretudo, admitindo-se seu importante papel para a sociedade de direitos, e por assim ser, merece efetiva atenção e cuidado.

2.1.2 Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959);

Logo após a aprovação da Declaração dos Direitos Humanos, datada de 1948, a Organização das Nações Unidas, cuidou de tratar pontos específicos na salvaguarda dos direitos da criança.

Assim, no dia 20 de novembro do ano de 1959, com aprovação unânime, a Assembleia Geral das Nações Unidas consagrou a renomada Declaração dos Direitos da Criança que consiste no primeiro documento a tratar, de forma específica, acerca das garantias das crianças.

Esta declaração despontou como instrumento de real importância, ao abordar e também velar os direitos das crianças, no âmbito internacional, tornando-se, dessa forma, referência para futuras atuações em prol desses sujeitos, uma vez que, este documento surgiu como forma de orientar os países do mundo a respeitarem e também zelarem as necessidades mínimas das crianças. Na verdade, este documento consistiu num marco, verdadeiro padrão a ser seguido, para eficaz tutela dos direitos da criança por parte da humanidade.

Por meio desta, houve o efetivo reconhecimento da criança como sendo componente de uma sociedade democrática e, portanto, sua proteção e cuidado é imprescindível para o futuro da humanidade.

Já em seu preâmbulo, este documento denota sua preocupação e cuidado com as necessidades básicas das crianças e o respeito a ela (Declaração Universal dos Direitos das Crianças, 1959).

“[...]Considerando que a Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar, a Assembleia Geral Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança com vista a uma infância feliz e ao gozo, para bem da criança e da sociedade, dos direitos e liberdades aqui estabelecidos e com vista a chamar a atenção dos pais, enquanto homens e mulheres, das organizações voluntárias, autoridades locais e Governos nacionais, para o reconhecimento dos direitos e para a necessidade de se empenharem na respectiva aplicação através de medidas legislativas ou outras progressivamente tomadas[...].”

Destarte, a proclamação da Declaração se deu com a publicação dos conhecidos dez itens de proteção das crianças. Tais itens constituem, na verdade, dez princípios mínimos, por meio dos quais é conferido aos infantes, real e efetiva proteção.

O primeiro destes princípios em consonância com o último destes cuidou em eximir as crianças de toda e qualquer forma de discriminação e desigualdade, garantindo-lhes o real cumprimento de seus direitos, independentemente de qualquer situação (Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959).

Princípio 1º: A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 10: A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal e em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.

Em seu segundo princípio, em conformidade com os preceitos de número 4 e 6, a declaração cuidou de considerar a peculiar condição da criança, como sendo pessoa em desenvolvimento, e, portanto, necessita de meios adequados para tanto. Assim, tal documento demonstrou que essa peculiaridade inerente à criança, necessita de uma proteção especial e de

políticas públicas que venham a garantir esta tutela, visando dessa forma o adequado desenvolvimento físico, social e moral do infante (Declaração Universal dos Direitos das Crianças, 1959).

Princípio 2º: A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Princípio 4º: A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

Princípio 6º: Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Genericamente, dentre os itens elencados nesta declaração cita-se: o direito de usufruir de todos os direitos a elas conferidos (princípio 01); proteção social especial para o seu adequado desenvolvimento (princípio 2); direito a um nome e a uma nacionalidade (princípio 3); direito aos benefícios (previdência) sociais (princípio 4); direito a um tratamento e uma educação compatível com suas capacidades físicas e psíquicas (princípio 5); garantia de amor e compreensão, também necessários para o seu completo desenvolvimento (princípio 6); direito à educação de forma gratuita e compulsória (princípio 7); direito a primazia na prestação de socorros (princípio 8); direito à proteção contra toda e qualquer tipo de exploração, negligência e maus tratos (princípio 9); direito a proteção contra qualquer forma de discriminação (princípio 10).

No plano teórico, diferentemente de outros Tratados de Proteção, anteriormente firmados (Ex: Declaração de Genebra – 1924), com preceitos dotados de força meramente aclamatória, entende-se que a Declaração

Universal dos Direitos da Criança possui força obrigacional, atribuindo-se a mesma a natureza de *jus cogens* (imperativa). Tal imperatividade decorre da similaridade existente entre esta declaração e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, isto é, o fato desta última veicular princípios gerais de caráter *jus cogens*, protegendo, semelhantemente sujeitos de direitos, a mesma natureza jurídica-legal deve ser atribuída quanto à proteção das crianças. Ademais, os preceitos listados na Declaração de Proteção às Crianças, são considerados costumes internacionais e o próprio artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça foi bem explícito ao atribuir caráter obrigatório a eles (Corte Internacional de Justiça).

“Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.[...]”

Em contrapartida, na prática, esse caráter imperativo não obteve tanta efetividade assim, uma vez que Apesar disso, no plano prático, a possibilidade de tal força obrigacional não conseguiu traduzir-se em medidas efetivas de proteção à criança, consubstanciando-se, mais, no embrião de uma nova doutrina relativa aos cuidados com a criança, de uma nova maneira de enxergar o indivíduo detentor de direitos e prerrogativas, do que num instrumento ativo de consolidação de tais direitos e prerrogativas.

Diante do até então exposto, a Declaração Universal dos Direitos da Criança consiste numa listagem de garantias e direitos conferidos a todas as crianças do mundo. Essa Declaração constitui uma roupagem específica dos direitos elencados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo como público alvo de tutela, as crianças, que, em virtude de sua peculiar

condição de pessoa em desenvolvimento, necessitam de uma maior proteção e cuidados. Na verdade, esse documento representa o compromisso de toda humanidade (pais, sociedade, Estado) em atender as necessidades mínimas desses menores e garantir tudo que lhes é seu por direito, sem medir esforços para tanto.

2.1.3 Convenção dos Direitos da Criança (1989);

Em 20 de novembro de 1989, data internacionalmente conhecida como Dia Internacional da Criança, foi aprovado de forma definitiva, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o texto base da Convenção dos Direitos da Criança. Essa aprovação foi precedida de inúmeras negociações e acordos firmados durante anos por entidades, organizações, Estados e instituições, até, finalmente consolidarem um documento final.

A Convenção dos Direitos da Criança foi convertida em lei no ano posterior a sua aprovação (1990), após ratificação por parte de 20 países. No âmbito nacional, tal convenção foi ratificada em setembro de 1990, tendo entrado em vigor no mês subsequente do mesmo ano. Atualmente foi reconhecida por mais de 190 países, considerado o tratado mais legalizado do mundo. Seu texto possui caráter obrigatório para todos os países que o ratificaram.

Para o dicionário, a expressão direito consiste naquilo que pode ser exigido, requerido, em conformidade com as leis ou a justiça. Trata-se, na verdade, de uma faculdade, garantia, prerrogativa, poder legítimo. Os direitos dos infantes, portanto, consistem em todas as garantias, prerrogativas legitimadas e atribuídas às pessoas humanas com idade igual ou inferior a 18 anos.

Para a Convenção dos Direitos das Crianças, esse significado além de ser mantido, deve ser cumprido.

A Convenção dos Direitos Humanos (1989) surgiu justamente com o fim de reconhecer essas garantias para as crianças e os adolescentes. Trata-se de um acordo internacional que arrola em seu texto os direitos específicos para esses sujeitos, levando-se em conta suas particularidades, obrigando os envolvidos o cumprimento destas garantias.

O texto definitivo da Convenção sobre os Direitos da Criança cujo cumprimento, como já elencado, possui natureza *jus cogens* (impositiva), é composto por 54 artigos, divididos em 03 partes os quais elencam as prerrogativas de cunho civil, social, cultural, econômico e também familiar, referente às crianças, bem ainda, as obrigações dos pais, estado e sociedade para com esses sujeitos, tais como: proteção dos menores contra toda e qualquer forma de crueldade e exploração (sexual, de trabalho, etc.); garantia de atuação por parte dos Estados visando atender as necessidades básicas das crianças; garantia de convivência da criança no seio de sua família, salvo em casos extremos (Em: maus tratos); direito à educação; direito à saúde; dentre outros. Uma inovação dessa declaração consiste no fato de abordar as condições necessárias para admissão desses sujeitos em trabalho, eximindo-os de qualquer forma de exploração nesse contexto.

Em sua primeira parte (Parte I), porção mais extensa da declaração, composta por 41 artigos, a convenção dispõe acerca da regulamentação e definição dos direitos das crianças, do mesmo modo que, exclama os deveres dos Estados e da sociedade como toda, em garantir essas prerrogativas.

A Parte II estabelece o órgão da Convenção, o Comitê dos Direitos das Crianças, e também elenca quais os seus mecanismos de atuação e controle.

Por fim, a parte III cuida da questão regulamentadora da Convenção em si, incluindo-se nesse âmbito aspectos como adesão, ratificação e entrada em vigor da Convenção dos Direitos da Criança.

Além desses artigos, o texto é composto por três anexos, os conhecidos “Protocolos Facultativos”, que arrolam direitos adicionais e abordam temáticas como prostituição infantil - exploração sexual de menores; conflitos armados envolvendo crianças e um setor comunicativo responsável em apurar denúncias de atos abusivos contra esses sujeitos.

Em seu preâmbulo, a Convenção fez menção expressa à importância do respeito aos direitos fundamentais do homem, da sua dignidade, bem como, no valor que tem a pessoa humana, abrangendo nesse rol as crianças, uma vez que as reconhecem como sujeitos de direitos.

Destarte, ainda em seu preâmbulo, essa convenção ressaltou a peculiar condição da criança, de falta de maturidade física e intelectual, e, portanto, necessitam de especial proteção e cuidados para o desenvolvimento

harmonioso da sua personalidade. Nesse contexto enfatizou ainda, que apenas com uma cooperação internacional é que se garante uma eficaz melhoria nas condições de vida dos infantes.

“[...]Tendo presente que, como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adoptada em 20 de Novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento” [...].”

“[...]Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento;[...].”

No texto base dessa convenção, os direitos das crianças e dos adolescentes foram reunidos em três categorias: os Direitos referentes à Protecção (Ex.: Protecção contra qualquer forma de exploração); Direitos relativos à Provisão (Ex.: Direito a saúde, direito à educação) e os Direitos referentes à Participação (Ex.: Direito de se expressar e ser levado a sério).

Nesse tratado foram ainda elencados os direitos específicos de protecção e provisão. Trata-se de direitos relativos às crianças que se encontram em um nível de vulnerabilidade mais específico. Entram, por exemplo, nesse rol, crianças que residem em locais de alta criminalidade, crianças indígenas e também os menores portadores de deficiência.

A respeito desses direitos preleciona a autora Natália Fernandes (1997, p 106):

Direitos relativos à **provisão**: onde são reconhecidos os direitos sociais da criança, relativamente à salvaguarda da saúde, educação, segurança social, cuidados físicos, vida familiar, recreio e cultura; direitos relativos à **protecção**, onde são identificados os direitos da criança a ser protegida contra a discriminação, abuso físico e sexual, exploração, injustiça e conflito; direitos relativos à **participação**, onde são identificados os direitos civis e políticos, ou seja, aqueles que abarcam o direito da criança ao nome e identidade, o direito a ser consultada e ouvida, o direito a ter acesso à informação, o direito à liberdade de expressão e opinião e o direito a tomar decisões em seu proveito (SOARES, 1997, p.106) (grifos da autora).

Esses dispositivos são usados como referência para atuação dos países e de toda sociedade em defesa da protecção das crianças. Através deles a criança foi internacionalmente reconhecida como ser humano ímpar, com características sui generis e com direitos próprios. Foram finalmente qualificados como sujeitos de direitos.

Além do mais, a Convenção dos Direitos da Criança tem como referência quatro princípios mínimos que norteiam e instruem toda humanidade em busca da tutela e promoção dos direitos das crianças, são eles: Princípio da não discriminação, elencado no artigo 2º da convenção; Princípio do melhor interesse do melhor, expresso em seu artigo 3º; direito à vida, ao seu mantimento e harmonioso desenvolvimento, arrolados no 6º artigo desse tratado, e ainda, o direito de se expressar e ser ouvido, isto é, o respeito às opiniões da criança, levando-se sempre em consideração suas individualidades, enunciado no artigo 12 dessa convenção.

A vigilância no tocante a obediência dos preceitos firmados neste acordo internacional, fica sob a responsabilidade do Comitê dos Direitos da Criança, órgão formado por especialistas que cuidam em velar e fiscalizar o cumprimento dos direitos dos infantes.

Sem sombra de dúvidas, a Convenção sobre o Direito das Crianças constitui marco crucial na proteção dos direitos desses sujeitos, uma vez que emana como estatuto próprio e específico na tutela das garantias desses infantes.

Ao representar as crianças, qualificarem como titulares de direitos próprios, como a saúde, educação, à vida e ao pleno desenvolvimento, esse acordo internacional revela sua importância e se rebela como ponto fundamental na luta incessante para reconhecimento das garantias desses sujeitos.

Após tal convenção, a criança foi vista sob um novo olhar e paradigma. Além do respeito as suas peculiaridades, estas ganharam destaques como autores da sociedade, representantes do futuro da humanidade, uma vez que, apesar de suas vulnerabilidades, estas possuem capacidade e por isso, desempenham importante papel na sociedade, merecendo, de igual modo, devido respeito e proteção.

Isto posto, à criança devem ser fornecidos tudo que lhes é seu por direito, prerrogativas como acesso a saúde, educação, ao lazer, direito à dignidade, direitos econômicos, sociais, culturais, devem ser respeitados e a humanidade não deve medir esforços para tanto. Os interesses dessa nova geração devem ser encarados como prioridade máxima e, por conseguinte, merecem efetividade e proteção.

Foi por meio da Convenção que houve efetivo reconhecimento das crianças como ser humano, titulares de direitos próprios, e que esses direitos mais do que reconhecidos, merecem ser efetivados.

2.2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS NA PROTEÇÃO DOS MENORES;

2.2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CF/88) E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES;

É sabido que o nosso país é considerado hoje como um Estado Democrático de Direito, e por assim ser, tem seu ordenamento pátrio fincado no princípio da dignidade do ser humano, e essa, por sua vez, representa uma das imprescindíveis premissas proclamadas pela Constituição Federal de 1988.

A promulgação da Carta Magna Brasileira, com bases democráticas e respeito aos direitos fundamentais, como a liberdade, simbolizou enorme avanço para o ordenamento jurídico brasileiro. Ela é fruto de uma luta contínua pela garantia e efetivação dos direitos e anseios populares.

Após a CF, resta constatado que todos, sem distinção, têm o direito de ser tutelado pelo Estado e ter por respeitado suas garantias. Nesse rol incluem-se também as crianças e os adolescentes.

A ordem jurídica por meio de leis, promulgações de tratados e pela sua própria Constituição Federal, reservou tratamento especial a esses sujeitos e a garantia de seus direitos.

Nesse diapasão, os infantes, assim como todos os cidadãos, recebem especial atenção e cuidado, cabendo ao Estado, por meio de políticas públicas, conferir-lhes tais prerrogativas.

Destarte, a proteção constitucional conferida às crianças, atua como pressuposto do valor absoluto da dignidade humana e porque não dizer do próprio Estado Democrático de Direito.

A Constituição Cidadã Brasileira cuidou de conferir, de forma expressa, com absoluta prioridade, uma proteção especial às crianças. O Princípio da Proteção Integral, proclamado pela ONU, foi introduzido pela CF,

através do artigo 227. Nesse dispositivo foi explicitamente assegurado às crianças, um rol de direitos, internacionalmente reconhecidos, a favor de sua pessoa (BRASIL, 1988).

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.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, elencou a garantia e as condições mínimas de dignidade para que toda criança e adolescente pudesse desenvolver de forma digna. Esse artigo traduz de forma clara e evidente, a responsabilidade cabível ao tripé Família-Estado-Sociedade, de garantir os direitos expressos pela CF aos infantes.

Esses três sujeitos atuam como instâncias primordiais para efetivação das necessidades mínimas dos menores. Em primeiro grau, a Constituição fez questão de referenciar a família como formadora da base primordial para o desenvolvimento da criança. Essa instituição aparece como esfera primária no cumprimento dos direitos desses sujeitos. Em segundo plano aparece o Estado como também responsável pelo regular desenvolvimento desses menores. Contudo, este texto legal não exige a sociedade do ônus de atuação para garantir as condições mínimas necessárias ao progresso dos infantes.

Desse modo, percebe-se a preocupação do legislador em exprimir que a obrigatoriedade na garantia de condições mínimas para o desenvolvimento das crianças pertence à humanidade como toda, em outras palavras, cabe a todos, não somente a família, o dever de garantir a esses sujeitos, os seus direitos próprios.

Partindo desse mesmo pressuposto dispõe Bobbio (2002, p.35):

“Se se diz que “criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção *particular* e de cuidados *especiais*”, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.”

Ressalta-se ainda, o fato de que os direitos conferidos aos menores, elencados pela Constituição de 1988, obrigam aos Entes públicos, criando-lhes a imperatividade de atuar conforme estabelecido. Assim, tais normas não possuem caráter meramente programático, aclamatório, uma vez que exprimem vinculação por parte de todos para atuação conforme elencado.

Além do mencionado artigo 227, a Constituição Federal tratou de forma implícita e expressa dos direitos das crianças. Já em seu Preâmbulo, a Constituição de 1988 assegurou o exercício dos direitos individuais e sociais, por meio da atuação dos Estados.

Essa garantia também se encontra disposta no Título I desta Carta, referente aos Direitos Fundamentais. Ao reforçar a efetivação desses direitos, a CF incluiu também as prerrogativas das crianças, tendo em vista a sua qualidade de sujeitos de direitos.

Também no Título II, intitulado como “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a CF também confere proteção à infância ao fazer menção de garantia aos infantes nos artigos: 5º- L, ao garantir às presidiárias, e conseqüentemente, Às crianças, o direito de amamentar e ser, por conseguinte, ser amamentado; art. 6º, ao expressar os direitos sociais e individuais dos infantes; art. 7, incisos IV, XVIII e XXV, ao conferir os direitos aos trabalhadores rurais e por consequência, às suas famílias, incluindo-se nesse contexto, também as crianças (BRASIL, 1988).

Art. 5º, L: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

Ainda nesse Título a Constituição Federal menciona como sendo competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre a proteção das crianças e dos adolescentes (BRASIL, 1988).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XV - proteção à infância e à juventude;.

Foi no Título VIII, “Da Ordem Social”, onde se estabeleceu, de forma específica, a normativa referente a tutela do direito das crianças. Essa proteção encontrou previsão no artigo 203, inciso I, referente ao Capítulo II, deste Título, que assim determina (BRASIL, 1988):

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

Foi, por fim, no Capítulo VII, deste Título (VIII), que a Carta Magna Brasileira, fez menção expressa e específica aos direitos das crianças (art. 226, §8º; art. 227; art. 228 e art. 229), atribuindo aos pais, Estado e sociedade, o dever de salvaguardá-las, levando-se em conta, sua condição especial e peculiar (BRASIL, 1988).

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.

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.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

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.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio, por meio de sua Constituição Federal confere a todas as crianças e adolescentes, sem distinção, um sistema especial de garantias fundado na sua condição peculiar e mais vulnerável. A CF/88 atribui não só ao Estado, mas também a família e a sociedade, o dever de resguardar aos infantes o direito à vida, à dignidade, à saúde, à alimentação, à convivência familiar, à liberdade de todos os gêneros, à convivência familiar, bem como tantos outros direitos fundamentais necessários à mínima dignidade de qualquer ser humano.

2.2.2 CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS DOS INFANTES: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90 - ECA)

O Estatuto da criança e do adolescente (ECA – Lei 8.069/90) consiste num documento hábil que agrega normas e leis específicas objetivadas a tutelar os direitos e também deveres das crianças e dos adolescentes brasileiros.

Segundo o ordenamento pátrio é considerada “criança” a pessoa que possui até 12 anos incompletos. Por sua vez, entram na condição de “adolescente”, aqueles que possuem de 12 a 18 anos idade. Ressalta-se, contudo, que em situações extraordinárias, excepcionalmente previstos em lei, esse pode ser destinado àqueles que possuem idade entre 18 e 21 anos.

O supradito diploma legal é fruto do projeto nº 1.506 de 1989, apresentado na Câmara dos Deputados pelo então Deputado Nelson Aguiar, do Estado do Espírito Santo. No Senado Federal, o estatuto decorreu do projeto de número 193, daquele mesmo ano (1989), apresentado pelo então senador Ronan Tito, representante legislativo do estado de Minas Gerais.

Destarte, após apresentação dos mencionados projetos legais esse estatuto foi promulgado em 13 de Julho de 1990, solidificando grande conquista da sociedade brasileira, uma vez que é resultado de uma longa luta travada com o fulcro de tutelar esses sujeitos, bem como, adveio de uma série de movimentos sociais a fim de reconhecer e aplicar os direitos e as garantias dos infantes.

Por trás da promulgação desse diploma legal, residem diversas batalhas, lutas e entraves enfrentados por muitos. Não se trata, portanto, de uma luta individual, mas de toda uma coletividade que buscaram proteger os direitos daqueles que se viram marginalizados pela sociedade.

Com esse documento a criança e o adolescente foram colocados ao patamar de sujeitos de direitos, sendo ainda, levadas em consideração suas qualidades intrínsecas e sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Foi com o estatuto colocado em pauta a proteção integral desses sujeitos.

Com o surgimento dessa lei, os infantes adquiriram direitos e também deveres, devidamente reconhecidos legalmente. Partindo-se dessa premissa elencam as autoras Catarina Almeida e Natalia Fernandes (2004, p. 152):

[...] A questão a criança como sujeito de direitos implica numa consideração mais profunda sobre a ação humana e o seu entrelaçamento com o pensar e o ser. Um sujeito de direitos só o é na medida em que a sua ação é a priori considerada válida e manifestação singular do seu ser. Assim, o direito de participação da infância no cotidiano é um princípio orientador fundamental, ou seja, contribui para assegurar o cumprimento de todos os outros direitos. Não é somente um meio para chegar a um fim, nem tão-pouco um processo: é um direito civil e político básico para todas as crianças. É, portanto, um fim em si mesmo. A participação da infância apresenta-se, assim, como condição para se concretizar a cidadania na infância (SOARES; TOMAS, 2004a, p.152)

É um marco importante para o país por se tratar de um primeiro documento nacional capaz de reunir avançadas normas, a nível internacional, que tutelam os direitos das crianças e dos adolescentes do país. Antes desse estatuto, havia apenas o denominado “Código de Menores”, datado de 1979, que mais consistia num sistema de punição da classe infanto-juvenil que viesse a praticar atos ilícitos. Esses sujeitos eram meramente qualificados como infratores.

O antigo Código de Menores regulamentava apenas as condições das crianças e dos adolescentes que se encontravam em situação irregular. O artigo 2º do supramencionado código, só abrangia àqueles que se encontravam na seguinte condição (BRASIL, Lei 6.697/79):

Art. 2º. [...]

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Em outras palavras, só encontravam sob regulamentação desta antiga legislação, as crianças e os adolescentes que se enquadrassem numa dessas situações listadas pelo artigo 2º da revogada Lei 6.697/79.

De acordo com este Código, os menores eram tratados de maneira semelhante a qualquer outra sujeito que viesse a cometer atos ilícitos. A igualdade de tratamento entre os infantes e outros sujeitos infratores fazia com que estes primeiros viessem a sofrer reprimendas judiciais sempre que praticassem condutas ilícitas descritas em lei.

A própria intitulação dada às crianças e aos adolescentes, à época, denota a marginalização sofrida por estes. Eles eram tratados apenas como “menores” tanto pelo ordenamento jurídico pátrio quanto pela própria população, não sendo vistos, portanto, como sujeitos de direitos, nem tão poucos eram levados em consideração suas peculiaridades de pessoas em desenvolvimento.

Ademais, o revogado diploma legal apenas enfocava aos “adolescentes de segunda classe”, os conhecidos “menores”, pairados à margem da sociedade. Esse Código é fruto da ditadura militar, de uma base histórica tida como autoritária, onde existia nenhuma evidência de cuidado e preocupação para com as crianças.

Nesse contexto legal e histórico, os menores não recebiam nenhuma atenção específica e adequada para sua condição peculiar. Nessa época entendia-se que apenas os menores em situação irregular, estavam sob certa “tutela” do Estado. Eram eles: àqueles que se encontravam em estado de abandono material, sem o mínimo necessário para manter-se, bem como, as

vítimas de maus-tratos, os que se encontrassem em perigo moral e social, sem nenhuma assistência e por fim, os desassistidos juridicamente, com desvio de conduta ou o autor da infração penal”. Esses últimos eram submetidos a um tratamento mais severo, embasado numa política de vigilância, fiscalização e até mesmo de tortura. Assim, os “menores”, à margem da sociedade, que viessem a praticar infrações, estavam sujeitos a políticas fiscalizatórias, repreensivas e coercitivas.

Como já visto o revogado Código de Menores não cuidava da prevenção, uma vez que, não tinha compromisso com a resolução dos conflitos envolvendo os menores, a defesa dos infantes era feita de forma limitada, por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é fincado na proteção integral, dando mais ênfase aos direitos e garantias fundamentais desses sujeitos. Com esse código, não mais se atentavam apenas àqueles em situação irregular, mas foram abarcados os direitos de todas as crianças e adolescentes, agora qualificados como sujeitos de direitos, verdadeiros cidadãos.

O ECA em consonância com a Carta Magna Brasileira fez o ordenamento pátrio ter Estado, tutelar, de forma prioritária e eficaz, as necessidades desses sujeitos.

Como aqui já elencado, ao cometerem infrações, os menores eram assimilados a adultos, respondendo pelos seus atos como tal, eram, portanto, verdadeiros adultos em miniatura.

Em contrapartida, com o advento do Estatuto, surgiu também novo entendimento acerca das ilicitudes cometidas por eles, agora não mais conceituadas como infrações penais, mas sim, atos infracionais, o que diverge na aplicabilidade da sanção, bem como, é levado em consideração a sua situação de ser em desenvolvimento moral.

Foi na perspectiva de exaurir com toda forma de absolutismo, exploração e autoritarismo que o ECA emanou. Havia-se extrema necessidade de “enxergar” esses menores sob um novo olhar e paradigma e apenas uma ordem jurídica específica para eles, era que essa situação poderia ser revertida.

Foi o Estatuto da Criança e do Adolescente o responsável pela mudança de paradigma acerca da proteção dos infantes. Com o advento dele garantiu-se

a prioridade da convivência familiar à vida das crianças e dos adolescentes, e ainda, foi reconhecida sua condição peculiar de seres em desenvolvimento. Essa qualificação intrínseca desses sujeitos é que justifica a necessidade de todo um aparato jurídico, social e familiar devido à condição de desenvolvimento.

Com esse diploma legal, os infantes passaram a ser vistos como titulares de direitos próprios e diante de sua condição devem ser tratadas com maior proteção e cuidado. Nesse diapasão elenca Kreuz (2012, p. 67):

A criança e o adolescente tem, portanto, necessidades especiais para o seu pleno desenvolvimento físico, mental, social, afetivo e cultura. São pessoas mais vulneráveis [...].

A lei brasileira da criança e do adolescente desempenha tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro, que obteve reconhecimento internacional. A UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), em comemoração aos 25 desse diploma, elencou, em relatório, as significativas mudanças trazidas pelo Estatuto às crianças e adolescentes brasileiros.

[...]“O legado desses 25 anos está marcado por importantes conquistas para crianças e adolescentes. O Brasil é uma das nações que têm se destacado por reduzir a mortalidade infantil. Com isso, superou a meta de redução da mortalidade infantil prevista nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) antes mesmo do prazo estabelecido. Nesse período, todos os indicadores relacionados à educação avançaram e o País está próximo de assegurar 100% das crianças no ensino fundamental. Hoje, é um exemplo para outros países na estruturação e implementação de uma vigorosa rede de proteção social, com políticas de referência como o Sistema Único de Assistência Social (Suas) e o Bolsa Família.” [...]

[...]“Há 25 anos, o ECA transformou radicalmente essa realidade e garantiu, legalmente, os direitos a todas as crianças e todos os adolescentes. Sem exceção. Porém, fazer um balanço da evolução dos indicadores sociais durante o período de vigência do Estatuto esbarra em algumas limitações ligadas à falta de informação. Há falta de dados mais objetivos sobre situações de exploração sexual, abuso, maus-tratos e outras formas de violência.

Mesmo diante dessas limitações, a análise da evolução dos indicadores sociais da infância na vigência da nova lei apresenta resultados importantes. Seja influenciando de forma direta ou indireta a vida de meninos e meninas, o Estatuto da Criança e do Adolescente é, definitivamente, um marco importante para a história do País. A observação dessa trajetória nos permite declarar que, a partir do ECA, o Brasil se tornou um lugar melhor para as crianças e os adolescentes viverem.” [...]

Desse modo, durante tantos anos de existência do ECA, há comprovada melhoria na condição de vida das crianças e dos adolescentes brasileiros. Inegável é seu valor para o reconhecimento dos direitos dos menores e, conseqüente, melhora na sua situação.

Destarte, anteriormente ao advento deste diploma legal, as crianças e os adolescentes, não tinham por atendidas e respeitadas suas peculiaridades e eram consideradas adultas em miniatura. A promulgação do Eca foi capaz de destruir a concepção sociocultural existente no Brasil de que crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direitos, nem muito menos respeitadas as suas peculiaridades.

Norteados pelos princípios da Convenção dos Direitos das Crianças (1989), marco internacional na salvaguarda dos direitos dos infantes, o estatuto de proteção dos menores (ECA), reconhece a titularidade das garantias dos menores e ainda, leva em consideração sua peculiar condição em desenvolvimento ao dar prioridade de tratamento e proteção a esses sujeitos.

Assim, por meio deste estatuto, direitos fundamentais como o direito à vida, à dignidade, à saúde, à educação, à liberdade, à não discriminação, dentre tantos outros, além de garantidos a todas as crianças e adolescentes, são priorizados quando envolver esses menores, tendo em vista sua condição de pessoa em estágio de amadurecimento físico, moral, social e psicológico.

Ressalta-se, contudo, que embora considerada sua condição de pessoa em desenvolvimento, o infante não pode ser visto como pessoa incapaz, no sentido literal da palavra, uma vez que, estes sujeitos, embora não tenham atingido a maturidade psicológica e física de um adulto, estes possuem habilidades, aptidões, seus próprios juízos e opiniões, e estas, por sua vez, devem ser respeitadas. É por esse motivo que se é atribuído aos menores o direito à liberdade e de ser levada a sério. É esse o mesmo entendimento da Convenção internacional de proteção dos direitos das crianças ao dispor acerca desse assunto em seus artigos 12, 13, 14 e 15. (Convenção dos Direitos das Crianças, 1989).

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.

Artigo 13: 1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.

Artigo 14: 1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade.

3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Artigo 15: 1 Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.

2. Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais.

Nessa perspectiva o estatuto surge como um diploma progressista, voltado para a proteção das crianças e dos adolescentes, respeitando a sua condição vulnerável de sujeito em amadurecimento. Para o estatuto, assim como os adultos, os infantes são reconhecidos como sujeitos que compõem a sociedade, titulares de direitos próprios e ainda, atribui a família, ao Estado e a sociedade, a responsabilidade de velar pelas suas garantias.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente adveio como verdadeira revolução no campo jurídico ao mudar os antigos paradigmas relacionados ao tratamento dos infantes e a forma como esses indivíduos eram vistos pela sociedade e pelo próprio ordenamento pátrio, e também, ao introduzir no

ordenamento jurídico do país, um conjunto de leis específicas que visam tutelar esses sujeitos e garantir seus direitos.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

O século XX é conceituado por muitos como sendo o século da transformação, marcado, sobretudo, pelas mudanças sociais, econômicas e tecnológicas.

No âmbito familiar, nas décadas de 60 e 70, mais precisamente, ocorreu um aumento nas políticas de controle de natalidade, onde o planejamento familiar passou a ser o enfoque da família brasileira, agora mais preocupada com a estabilidade financeira do casal e a maior participação feminina no mercado de trabalho, não se excluindo, contudo, o desenvolvimento do companheirismo, afeto e cuidado por parte dos cônjuges, nessa relação.

Destarte, a filiação passou a ser uma decisão mais programada pelos consortes e a família perdeu seu caráter meramente procriador.

Com as mudanças sociais e familiares, garantiu-se maior liberdade para procriar, restando à mulher e ao homem o controle da sua família.

Destaca-se, nesse enfoque, que o planejamento familiar é um direito fundamental da família, constitucionalmente garantido.

Assim dispõem o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na 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 das instituições oficiais e privadas. (BRASIL, 1988).

De igual modo, tem-se o art. 1º da Lei Federal de número 9.263/1996 que dispõe que “o planejamento familiar é direito de todo o cidadão”.

De resto, o art. 2º da supracitada lei, elenca que planejamento familiar consiste no conjunto de ações de ordenação da fecundidade que assegura iguais direitos de criação, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou por ambos.

Além das mudanças no tocante ao planejamento familiar, o padrão da família fora também alterado ao decorrer dos anos, surgindo, nesse âmbito, a figura da monoparentalidade, da relação homoafetiva, dentre outros. O casamento legitimado deixou de ser meio único para consolidar as relações sexuais.

Todos esses fatores supramencionados, aliados ao avanço biotecnológico do século em questão, fez surgir a possibilidade dos casais concretizar o arbítrio de decidir a forma e quando ter filhos.

Como outrora já mencionado, cabe a todos o livre veredito acerca do planejamento do seu núcleo familiar, a própria Carta Magna Brasileira, assim o reconhece.

De igual modo, inclui-se ao homem (no sentido amplo da palavra) não só o direito de gerar e planejar sua prole, mas também o método usado para tanto.

Em outras palavras, o ser humano passou a ter o controle mais denso da sua procriação com auxílio da ciência, decidindo o tempo e qual método usar para tanto, alterando, assim, o caráter natural da geração.

Dessa maneira, o sexo deixou de ser método único para concepção humana. Essa possibilidade, como já citada, decorreu do surgimento de técnicas científicas que viabilizaram os experimentos com gametas e embriões humanos, bem como, a geração de uma vida por meio da reprodução humana artificial.

3.1 BREVE RELATO ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS LEGAIS

A prerrogativa de procriar, ainda que por intermédio de técnicas medicamente assistidas, deve ser respeitada. Esse direito está ligado ao direito do planejamento familiar.

O uso de técnicas assistidas para a reprodução é também assegurado e estão intimamente ligadas ao direito de reprodução, bem como, ao direito do planejamento familiar.

A já mencionada lei federal de nº 9.263 de 96, em seu artigo 9º *caput* e parágrafo único, diz que (BRASIL, 1996):

Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com

informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia (BRASIL, 1996)

A reprodução humana assistida eclodiu como método eficaz para solucionar parte dos altos índices de infertilidade no país e no mundo. Através desse procedimento fez-se capaz a intervenção de um terceiro/anônimo para concepção de um filho, com a fertilização feita em laboratório, não sendo, assim, mais necessário de tão somente a relação sexual em si, para concretizar a origem da prole.

A RHA (Reprodução Humana Assistida) consiste no conjunto de técnicas, métodos e procedimentos utilizados por profissionais médicos especializados, que empregam o uso e manipulação de embriões com o fulcro de realizar a concepção, reprodução humana.

O autor Belmiro Pedro Welter acerca dessa técnica de reprodução humana aduz (2003, p. 217):

“A inseminação artificial é uma técnica de procriação humana medicamente assistida, em que o material genético masculino é depositado diretamente na cavidade uterina da mulher, não por meio de um ato sexual, mas, sim, assexual [...]” (WELTER, 2003, p.217).

Irrefutáveis são os inúmeros benefícios que o avanço da Biotecnologia proporcionou para aqueles que sempre sonharam em conceber um filho. Centenas de casais com problemas de infertilidade fazem o uso dessas técnicas artificiais de reprodução para realizarem seus sonhos de conceber um ser.

Partindo desse mesmo entendimento o autor França assim explana acerca das técnicas de reprodução assistida (2001, p. 80):

[...] conjunto de procedimentos tendentes a contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada (2001, p. 80).

Assim, o autor supracitado reforçou os benefícios dessas técnicas de reprodução, uma vez que são métodos eficazes na concretização do desejo daqueles que pretendem gerar um filho.

Essa espécie de reprodução artificial vem ganhando destaque e uso nos dias atuais, em virtude do avanço da medicina, bem como, pela influência de fatores sociais, a exemplo, do padrão familiar moderno.

A procura dos brasileiros por essa espécie de concepção teve aumento a partir da década de 90. O crescimento de números de clínicas especializadas nessa técnica, o domínio e avanço científico do país e a elevação do número de doadores de material genético, também contribuíram para que esse procedimento, de grosso modo, explodisse.

Segundo o portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), elencando as informações trazidas pelo 11º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), houve significativo crescimento do número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de fertilização in vitro criopreservados (congelados) nas clínicas de Reprodução Humana Artificial. Consoante esse órgão, no ano de 2017 registrou-se o número de 78.216 embriões congelados. Esse número representa um crescimento de 17% quando comparado ao ano anterior (2016) no uso das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil.

Ainda conforme o supramencionado relatório, no Brasil, consta de 166 serviços de reprodução assistida. Esse número equivale aos serviços que possui cadastro na Anvisa.

Por sua vez, o Conselho Federal Medicina qualificou 2017 como sendo o ano de grande avanço para a sociedade médica de reprodução assistida. Ainda conforme esse Conselho esse fato é justificado pela atualização das normas referentes a essas técnicas de reprodução, que aprimoraram o atendimento de pacientes, bem como, garantiram melhorias científicas em cada um desses métodos.

O Conselho Federal de Medicina, em seu portal, elencou ainda, que o número de ciclos reprodutivos realizados no país mais que dobrou do ano de 2011 ao ano de 2016. Segundo esse Conselho, trazendo informações do Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), foram realizados no país 33.790 procedimentos dessa espécie.

Ademais esse Conselho trouxe em seu portal, os dados do último Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida. Segundo ele, no ano de

2017, houve um aumento de 50% no número de reproduções realizados nos países utilizando apenas um embrião, isso implica dizer que houve grande redução no número de embriões implantados com a reprodução assistida.

Todos esses dados implicam no avanço que vem ganhando essas técnicas, bem como demonstram o explosivo aumento na procura dessas espécies de reprodução, o que enfatiza também o considerável progresso das chances de sucesso desse método.

Observa-se também, que nesses métodos reprodutivos, a procura é mais acentuada por mulheres que há anos sofrem de algum tipo de infertilidade, bem ainda, por aquelas de idade superior aos 35 anos, pela dificuldade de conseguir uma gestação.

Esses métodos de reprodução e pesquisas são utilizados há mais de 20 anos.

A título de informação, registra-se que o primeiro bebê de proveta, concebido no Brasil, foi Ana Paula Caldeira, nascida em 07 de outubro de 1984. Conforme levantamento realizado no ano de 1991, mais de 10 mil crianças foram geradas pela reprodução humana assistida. Atualmente, estima-se que, no nosso país, acima de 1.000 (hum mil) pessoas por mês recorrem a esse método de geração de bebês por proveta. Existe ainda, que ocorra um aumento considerável na procura e uso desses métodos no país, devido ao fato de já existir que oferecem em hospitais públicos este tipo de tratamento. A cidade de São Paulo é uma das capitais que ofertam esse procedimento de forma gratuita.

O direito de ter uma prole é direito inerente à espécie humana. A própria Declaração dos Direitos do Homem, reconhece como tal. Assim, Não resta dúvida da importância que tal espécie de reprodução possui para aqueles que sempre sonharam em procriar, gerar uma vida.

O óbice reside, contudo, no fato de que, apesar de tal prática ser recorrente, ter por atrelada valores e garantias constitucionalmente reconhecidas e ser mundialmente reconhecido, por meios de normas éticas e tratados, o ordenamento jurídico nacional ainda se mantém inerte e omissor acerca dessa prática, não havendo, inclusive, nenhuma legislação que aborde especificamente este assunto.

Por sua vez, o Diploma Civil Brasileiro (Código Civil 2002), de forma breve, cuidou em tratar do direito de filiação dos concebidos por técnicas de reprodução artificial, assim aduzindo: (BRASIL, 2002)

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.

De acordo com o supramencionado diploma legal, tem presunção de filiação, a prole concebida por reprodução artificial homóloga e heteróloga, desde que, essa última espécie de concepção tenha ocorrido com livre consentimento e autorização do marido.

Observa-se, contudo, que tal Código trata desse tema de maneira muito breve e superficial, uma vez que só o abordou ao tratar da presunção de filiação dos concebidos por essas técnicas reprodutivas.

Nesse mesmo entendimento preleciona Silvio de Salvo Venosa: "o Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador".

No entanto, perante a ausência de dispositivos legais específicos para a utilização das técnicas de reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina publicou algumas Resoluções vislumbrando regulamentar tais técnicas.

Dentre elas, tem-se a Resolução 2.013/13, que trouxe várias novidades no que tange ao regimento normativo dessa técnica. Entre as inovações podem ser citadas: o limite máximo de 50 anos de idade para as mulheres candidatas à gestação por essa técnica, 35 anos de idade para mulheres doadoras na

doação compartilhada e idade limite para doação de espermatozóides de 50 anos; previu a possibilidade de substituição do útero entre familiares dos genitores, até o 4º grau da linha de parentesco; permissivo do uso da técnica para casais homoafetivos, desde que tal fosse à decisão analisada pelo CRM (Conselho Regional de Medicina); Possibilitou o registro civil dos concebidos pela técnica; Admitiu o uso do procedimento de tipagem genética, desde que utilizadas com o fulcro de beneficiar a prole dos genitores, com o futuro uso das células tronco do material genético (à exemplo: no uso desse material objetivando frustrar doenças hereditárias. Tal resolução previu ainda, a doação compartilhada de óvulos.

Em 24 de setembro de 2015, a Resolução nº 2.121/2015. Essa resolução é tida, hoje, como norma padrão a ser seguida pela classe médica brasileira, revogando, dessa forma, a antiga resolução de nº 2.013/13 do ano de 2013.

Essa Resolução trouxe ainda mais inovações se comparada com a anterior, dentre essas, tem-se a questão da desburocratização quanto à possibilidade de engravidar por parte de mulheres com idade maior que 50 anos, as quais não mais necessitam do consentimento do Conselho Regional de Medicina – CRM. Tal relativização, contudo, veio acompanhada da responsabilidade dessas genitoras, juntamente com seu especialista médico, de sofrerem, por si sós, os ônus dos riscos de uma gestação em idade avançada.

A supradita resolução trouxe a cena ainda, questões polêmicas, ainda não muito debatidas anteriormente, ou, tratadas de forma superficial. Dentre esses assuntos, cita-se o uso dos métodos de reprodução humana artificial por casais homoafetivos, incluindo-se nesse rol, parceiros homoafetivos femininos, oportunizando, assim, doação e a gestação compartilhada. Tal gestação foi admitida, nas hipóteses em que nenhum dos consortes sofra de infertilidade. Ademais, com essa resolução abriu-se possibilidade da gestação por substituição, para casos até então ainda não previstos, desde que sob o do Conselho Regional de Medicina.

Assim, observa-se que apenas a referida Resolução nº 2.121/2015, tratou do assunto de forma mais específica e abrangente. No entanto, essa norma não possui eficácia jurídica.

Ainda que não possua valoração no âmbito jurídico, é importante ressaltar que a predita resolução é de grande estima na área do direito, uma vez que, estabeleceu regras e normas éticas para o prosseguimento da reprodução assistida bem como serviu de parâmetro para os projetos de lei que tratam do tema, até então elaborados. Tais projetos tomaram por base alguns dos aspectos dessa resolução.

Essa Resolução do CFM estabeleceu critérios técnicos e normas éticas para o prosseguimento desse método de reprodução, assim sendo, o profissional médico encontrará seus limites de atuação profissional.

Sobre esse assunto, a própria Resolução, em sua exposição de motivos, estabeleceu: (Resolução CFM nº 2.121/2015).

“No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo. O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.”

Após surgimento da reprodução assistida, muitos foram os projetos apresentados com o fulcro de regulamentar essa técnica, quais sejam: Projeto de Lei nº.90/99 (autor: Senador Lúcio Alcântara); Projeto de Lei nº.1184/03 (autor: Senador José Sarney); Projeto de Lei nº.120/03 (autor: Deputado Roberto Pessoa) e o Projeto de Lei nº.4686/04 (autor: Deputado José Carlos Araújo).

O primeiro deles, o projeto de lei nº 90/99 tratava-se de uma proposta ampla, uma vez que discorria acerca de diversos pontos da técnica, que atualmente em sua grande maioria são discutidos em conflitos envolvendo o procedimento. Tal projeto tinha como objetivo regulamentar a inseminação artificial e possuía diversos critérios e normas técnicas para o método, dentre eles têm-se: Compelir o sigilo dos doadores de material genético, aos estabelecimentos que praticam a inseminação salvo em casos de vida ou morte do doador ou do filho; A indispensabilidade do consentimento das partes e da prova de necessidade do uso da técnica; A necessidade de idade reprodutiva dos casais que se submetem ao procedimento; Maiores cuidados com o descarte de embriões excedentários, bem como, o momento de

aquisição de direitos destes; Vedação de uso dessa técnica para mulheres que não preencham determinados requisitos sociais, dentre eles, que estejam casadas ou em regime de união estável, dentre outros.

O Projeto de Lei nº.1184/03, regimentava as técnicas de Reprodução Assistida (RA) no tocante a fertilização in vitro de gametas e embriões humanos, bem como sua implantação em mulheres receptoras. Tratando ainda, da obrigatoriedade do livre e esclarecido consentimento pelas partes envolvidas; Da responsabilidade dos profissionais e serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida; Da permissão da doação de gametas, desde que não haja risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais; Do número máximo de produção e transferência de gametas na execução da técnica de Reprodução Assistida; Da atribuição da paternidade; Das infrações e penalidades na técnica; etc.

O Projeto de Lei nº.120/03 tinha como enfoque a investigação de paternidade dos nascidos pela reprodução humana assistida.

Por fim, o Projeto de Lei nº.4686/04 introduziu o art. 1.597-A a Lei nº 10.406/02, (Novo Código Civil). Esse projeto resguarda o direito ao conhecimento da origem genética aos concebidos pela reprodução humana assistida. Além disso, regulamenta direitos sucessórios e de família dos seres gerados por essa técnica.

É de suma importância enfatizar ainda que, mesmo não existindo uma regulamentação legal e específica que trate dessas Técnicas de Reprodução Humana Assistida, não se pode, contudo, alegar a ilegalidade desses métodos, isto, pois, a licitude das técnicas encontra seu amparo legal no fato de, em contrapartida, embora não haja legislação própria que a autorize, também não há nenhuma norma jurídica que a proíba ou a criminalize.

Sob esse prisma, tem-se o artigo 5º, inciso II, da Carta Magna Brasileira, que enfatiza: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como, o inciso XXXIX, desse mesmo artigo, que aduz: “não há crime sem lei anterior que o defina” (BRASIL, 1988).

Além disso, tais procedimentos já configuram práticas reiteradas, frequentes, continuadas da sociedade, como já fora acima descrito, esses métodos ganham, cada vez mais destaque no âmbito clínico, o que reforça

ainda mais, seu caráter lícito perante o meio social. De certo que, se pairasse quaisquer dúvidas quanto à legalidade e a licitude desses métodos, a própria sociedade trataria de reprimi-las, extingui-las.

Assim, enfatizadas a importância e a frequência na prática desses métodos, resta ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, atuar quanto a criação de leis específicas que os regulamentem. Uma vez que com o aumento na procura dessas técnicas, várias relações jurídicas e dissídios poderão emergir, exigindo, dessa forma, uma solução por parte do Judiciário.

Desta maneira, tal inércia do legislativo brasileiro resta, indubitavelmente, por prejudicar, de certa forma, na resolução desses possíveis litígios, bem como, na garantia dos direitos dos envolvidos nessas técnicas, uma vez que não consolida e pondera, de maneira legal, com a devida eficácia jurídica, os direitos e as obrigações dos envolvidos.

3.2 DAS ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

Segundo Azevedo, reprodução assistida é o "conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana" (2006, p. 69).

Os autores, Cardin e Camilo, por sua vez, (2009, p. 56), conceituam essa técnica como sendo "conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas".

Conforme o autor Rodrigues a reprodução humana assistida consiste (2005, p. 27):

[...] os meios científicos para realizar a fecundação humana, que se distinguem dos meios naturais. É a reprodução realizada mediante a intervenção direta de técnicas científicas, substituindo os meios tradicionais da fecundação. Nesses procedimentos, os futuros genitores possuem algum tipo de impedimento para a concepção natural, sendo assim, submetidos à intervenção médica para proceder à fecundação e à conseqüente geração de filhos (2005, p. 27).

Em outras palavras, a Reprodução Humana Medicamente Assistida consiste em um conjunto de métodos, utilizados por profissionais médicos

especializados com o fulcro de realizar a concepção em mulheres, principalmente naquelas que sofrem com a infertilidade.

Várias são as técnicas que possibilitam a fecundação humana, por meio do manejo de gametas e embriões, e assim, emergem uma vida.

Sobre o uso dessas diversas técnicas, afirma o autor Guilherme Calmon Nogueira (2003, p. 723):

A presença de terceiro alheio às pessoas que pretendam ter acesso à procriação assistida e, principalmente, os tipos de vínculos de parentesco- sob o prisma dos fundamentos jurídicos- que podem ser estabelecidos nas diversas alternativas possíveis (GAMA, 2003, p. 723).

A reprodução medicamente assistida possui diversas variantes técnicas, as quais podem ser subdividas conjuntamente. Os Procedimentos de Reprodução Humana variam de acordo com quais embriões são utilizados, se dos casais ou não, bem como, com o procedimento médico usado. Essas técnicas reprodutivas vêm ganhando destaque pelo seu êxito, eficácia.

O autor Cavagna, faz uma classificação das diversas técnicas de reprodução humana assistida, assim prelecionando (2009, p. 08):

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas, como de baixa complexidade, quando a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, e de alta complexidade, quando “a fecundação é extracorpórea”, ou seja, o embrião é formado fora do corpo da mulher, sendo, posteriormente, transferido ao útero materno. Exemplo do método de baixa complexidade é a inseminação intrauterina, também conhecida como inseminação artificial, e dos métodos de alta complexidade pode-se citar a fertilização *in vitro* (FIV) com transferência de embriões (2009, p. 08).

As primeiras técnicas médicas de reprodução, mais arcaicas e de menor grau de complexidade, são chamadas de Inseminação Artificial, onde a fecundação ocorre dentro do próprio corpo da mulher. Essa espécie de reprodução assistida subdivide-se em homóloga e heteróloga.

Na fecundação artificial homóloga só há o uso de materiais genéticos dos pais, os quais, em acompanhamento de profissional especializado, doam seu material biológico, sem necessitar, desta forma, de doação de terceiros.

Essa espécie de reprodução é, inclusive, tratada pelo Diploma Legal Civil, o qual atribui aos doadores, presunção de paternidade. Tal presunção é aplicável tanto ao casamento civil, quanto a união estável. Destaca-se ainda,

que para se proceder a esse tipo de fecundação, necessita-se de consentimento expresso de todos os envolvidos, autorização essa expressa, livre e esclarecida. Ademais, na reprodução assistida homóloga, abre a possibilidade de ser realizada a fecundação *post mortem*, isto é, após a morte do marido, valendo-se do seu material biológico (art. 1597 III do CC), ou do embrião (art. 1597 IV, CC).

Esse direito é, por analogia, também aplicável em caso de morte da mulher.

Em contrapartida, a fecundação artificial heteróloga, ocorre através da intervenção de um terceiro. Em outras palavras, verifica-se essa espécie de reprodução, quando um terceiro anônimo doa seu material biológico ou quando há a doação de embrião por casal anônimo (Resolução CFM, art. IV e art. V, inciso 3).

Desse modo, Dias sobre o tema dá a seguinte definição (2010, p. 215):

Na inseminação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido. Tendo havido prévia autorização, também se estabelece a presunção *pater est* (CC 1.597 V), ou 43 seja, como o cônjuge concordou de modo expresso com o uso da inseminação artificial, assume a condição de pai do filho que venha a nascer (2010, p. 215).

Assim como ocorre na fecundação simulada homóloga, nessa outra modalidade persiste o consentimento expresso, livre e esclarecido. Acentua-se, o fato de que esse consentimento não é retratável após já iniciada a implantação de embriões. No entanto, diferentemente da primeira espécie fecundativa, não há previsão jurídica de possibilidade de ser realizada *post mortem*, desta feita, a doutrina majoritária adota a posição a inviabilidade da técnica de reprodução heteróloga *post mortem*.

Essa técnica de reprodução pode ser utilizada em hipóteses de separação, divórcio ou desfazimento da união estável, resguardado o requisito elementar da autorização expressa. Além disso, como aqui já mencionado, é plenamente possível o uso da técnica de reprodução assistida, homóloga ou heteróloga, pelos cônjuges ou companheiros, hetero ou homoafetivos para a concepção de sua prole.

No que tange a monoparentalidade, há uma divergência doutrinária acerca desse assunto. Para parte da doutrina, não se admite a possibilidade de

reprodução assistida heteróloga, nos casos de monoparentalidade. Para outra parte da doutrina, tem-se admitido, eis que possível à adoção por uma pessoa solteira, além de ser reconhecida constitucionalmente a família monoparental, que goza da mesma proteção de todas as demais formas de família, ante o princípio da igualdade entre as entidades familiares.

Por fim, acentua-se o fato de que, na concepção artificial heteróloga, o(s) terceiro(s) doador(es), tem por resguardado o seu direito de anonimato, obstando que seja publicada a identidade dos doadores dos materiais genéticos e de embriões, e também dos receptores, não devendo esses conhecerem aqueles e vice-versa. A resolução do Conselho Federal de Medicina elenca que em ocasiões excepcionais, por fundamento médico, informações sobre os doadores, podem ser disponibilizadas exclusivamente para profissionais especializados, preservando-se a identidade civil do doador (Resolução 2.121/15 CFM, art IV, inciso 4).

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Em suma, Nas hipóteses em que os gametas utilizados na reprodução artificial pertencem ao próprio casal, tem-se a inseminação homóloga; há ainda, a hipótese em que o gameta feminino ou masculino, ou ainda, ambos, são logrados por meio de doações anônimas, tem-se a inseminação heteróloga.

Além da predita inseminação artificial, o avanço biotecnológico possibilitou o uso de técnicas mais moderadas de reprodução humana assistida.

Nessas técnicas a fecundação ocorre externamente ao corpo da mulher através da fertilização in vitro (FIV).

A Ectogênese, popularmente conhecida como fertilização “in vitro”, é uma das variantes técnicas de Reprodução Medicamente Assistida, que viabiliza a geração de uma vida por meio da fecundação de gametas, que também pode se dar de forma homóloga ou heteróloga.

Nesse método de reprodução, diferentemente da anteriormente comentada, qual seja, a inseminação artificial, a manipulação do gameta se dá de maneira externa, isso implica dizer que, nesta técnica, a fecundação desenrola-se fora do aparelho reprodutor feminino, num ambiente artificial que simula, aparenta como se natural fosse. É por isso, denominada reprodução “in vitro”.

“A FIV consiste em propiciar, em condições específicas para tal fim, em laboratório, a fecundação do óvulo pelo espermatozoide fora do corpo da mulher. Cumprida esta etapa o embrião é transferido ao útero da mãe” (WRIGHT, CHANG JEN; MACALUSO, 2008).

Maria Helena Diniz assim conceitua ectogênese também conhecida como fertilização “in vitro” (2006, p. 552):

ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada de óvulos da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião em seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião. (DINIZ, 2006, p. 552).

Como antes já mencionado, nessa técnica de reprodução, também se admite a forma homóloga ou heteróloga.

A fecundação “IN VITRO” será homóloga se os gametas (masculino e feminino) utilizados na técnica forem do próprio casal, não se admitindo, nessa forma, o uso de sequer, um gameta (masculino ou feminino) que não seja de um deles. Por sua vez, será heteróloga, se o material utilizado seja o óvulo ou esperma, ou ainda, ambos, vierem de terceiros doadores.

Como nessa forma de fecundação *in vitro* possibilita a manipulação externa tanto de gameta feminino, masculino ou de ambos advindos de terceiro, faz-se surgir também a possibilidade da fecundante receber um óvulo que não seja seu.

Existem diversas variantes técnicas da *FIV*, tais como: o *GIFT*; o *TV-TEST*; o *ICSI* e a *IAIU*. Cada uma dessas variantes possuem suas diferenças entre si, e cada qual, é utilizada de acordo com a especificidade de

cada indivíduo paciente do método utilizado. A respeito dessas diversas técnicas explicita Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2000, p. 68):

1. Inseminação artificial, de fertilização in vitro que envolvam apenas o material fecundante do casal;
2. Inseminação artificial, de fertilização in vitro e outras que envolvam o material fecundante de apenas um dos cônjuges ou companheiros;
3. Transferência de embriões de terceiros, não contando com qualquer contribuição dos cônjuges ou companheiros no que toca ao material genético da futura criança;
4. Maternidade de substituição, que envolve a gravidez por outra mulher que não aquela desejosa de ter um filho.

O *GIFT* ou, Transferência Intrafalopiana de Gametas, da tradução de *Gamete Intrafallopian Transfer*, refere-se à técnica que utiliza da transferência dos gametas masculino e feminino, espermatozoide e óvulo, de maneira direta na tuba uterina da mulher. Esse método é apoiado pela Igreja Católica, desde que os gametas utilizados sejam oriundos do próprio casal. Ademais, tal técnica é de grande uso por parte de mulheres que sofrem com infertilidade.

TV-TESTE, por sua vez, consiste na transferência, por via vaginal, de um embrião que já está formado; Essa técnica possui diversas vantagens, dentre elas, um considerável aumento no sucesso de implantação e também de uma futura gravidez. Além disso, essa técnica possibilita uma diminuição nos índices de aborto, de um provável parto prematuro, bem ainda, de complicações gestacionais, a exemplo de sangramento na gestação. Segundo especialistas, através desse método, faz-se possível a geração de bebês com maior peso ao nascimento.

A Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides, comumente conhecida pela sigla *ICSI* consiste numa técnica popular, tendo em vista ser bastante conhecida pela sociedade. Por esse método ocorre uma fertilização em ambiente artificial por meio da inserção do gameta masculino dentro da célula germinativa feminina (ovócito). Como o próprio nome da técnica sugere, por esse método, a colocação do espermatozoide junto ao ovócito ocorre de forma direta, com o uso de agulha de precisão para técnica, bem como, com ajuda de micromanipuladores. Primordialmente, essa espécie de inseminação fora muito utilizada em hipóteses de esterilidade masculina, sendo, hoje, no entanto, utilizada em diversos casos, que não só o supradito.

O método *IAIU* ou ainda, Inseminação Intrauterina Artificial, se dá pela inserção direta, via canal vaginal de células reprodutivas masculinas (espermatozoides) na tuba uterina. Assim como o método acima citado, este também possui grande popularidade, a qual está intimamente correlacionada à sua baixa complexidade, uma vez que, nessa técnica, há manipulação de apenas um dos gametas, nesse caso, o masculino (espermatozoide). Para viabilidade do sucesso dessa técnica, faz-se necessário que os gametas, após devidamente coletados, sejam, potencializados. Ocorre nessa fase do processo, o que se denomina de capacitação dos espermatozoides. Nessa etapa vão ser individualizados aqueles que possuem alta aptidão para fertilizar, ou seja, serão segregados os mais ágeis e aptos para fecundação. Haverá a separação de quantidade considerável de espermatozoides e posteriormente, depositados, via vagina, na cavidade uterina, propiciando, dessa forma, a ocorrência da fecundação dentro do próprio corpo da mulher, ou seja, *in vivo*. Para sucesso do método, ocorrerá também, a estimulação ovariana da mulher, semelhante àquela que acontece na relação sexual programada. Estima-se que essa técnica possui aproximadamente 15% de êxito, relativamente baixo, se comparado com diversos procedimentos artificiais de reprodução. É bastante utilizado para hipóteses em que o homem apresenta quadro clínico de alteração do espermograma, desde o nível leve ao moderado.

Além dessas, existem diversas técnicas da Reprodução Assistida, como exemplo, congelamento de material biológico reprodutivo e de embriões, doação de óvulos, sêmen e embriões; diagnóstico genético pré-implantatório, etc.

3.3 DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

A reprodução humana assistida heteróloga possibilita a ocorrência da procriação humana, por ato diverso da conjunção carnal, tendo em conta que nessa técnica de concepção faz-se o uso de material genético de terceiro doador, ou ainda, o uso de embrião criopreservado.

Em qualquer que seja o método utilizado para essa modalidade artificial de reprodução, preserva-se o direito de anonimato dos doadores e receptores

do material biológico, bem como a gratuidade na transmissão desses materiais genéticos.

A respeito do anonimato conferido aos doadores do material genético, elencou o autor Eduardo de Oliveira (1995, p. 145):

O anonimato é, ao mesmo tempo, a garantia da autonomia e da expansão da família que se funda e a proteção leal do desinteresse que ali predomina. A convergência destas duas considerações – sendo que a primeira age em favor da criança – na hierarquia dos valores, elas sobrepõem conjuntamente o pretendido direito ao conhecimento de sua origem (1995, p. 145).

A própria Resolução nº 2.121 de 2015 do Conselho Federal de Medicina, veda o pagamento ou qualquer outra forma de retribuição no tocante ao fornecimento de material genético usado para a reprodução assistida.

Ademais, tal Resolução estabeleceu ainda, o sigilo quanto ao procedimento, técnica de reprodução e o anonimato quanto a identificação do doador, dos receptores, bem como, do concebido pela reprodução humana artificial heteróloga.

A supradita Resolução em suas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, no tocante a doação de gametas ou embriões (IV), dispõe (Resolução CFM nº 2.125/2015 CFM):

“1- A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3- A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem. 4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).”

Dessa forma, impreterivelmente, haverá o sigilo do procedimento como todo para a concepção, e ainda, o anonimato e a confidência da identidade das partes (doador, receptor e do ser gerado).

Nesse sentido elenca Coelho (2011, p. 174) “a doação de espermatozoide ou óvulo deve ser feita sem intuito lucrativo (princípio da gratuidade) e sem identificação do doador (princípio do anonimato)”.

Ressalta-se, contudo, que em hipóteses excepcionais, poderão ser disponibilizadas algumas informações do doador. No entanto, tais informações, só serão fornecidas mediante motivação médica e tão somente, para especialistas (médicos), salvaguardando-se ainda, a identificação civil de quem doou. São inexistentes, portanto, quaisquer direitos e deveres decorrentes do estado de filiação, incluídos neles os deveres de assistência financeira, suporte afetivo e psicológico, direitos sucessórios, entre outros.

4. DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS DOS INFANTES FRENTE À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo às crianças e aos adolescentes sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento, conferiu a estes diversos direitos e garantias tidas como fundamentais, tais como os direitos dos menores em conhecer suas raízes genéticas, ter como garantida a sua convivência familiar e ter por respeitado o seu direito a proteção primária e integral.

Todas essas garantias foram respaldadas como direitos a dignidade humana, e devem ser, sem óbice algum, respeitadas.

Contudo, em contrassenso a todas essas garantias conferidas aos menores, foi estabelecido o direito ao anonimato de sua identidade, ao doador do material biológico, nos casos de reprodução humana assistida heteróloga. Destarte, consoante dispõe Conselho Federal de Medicina, os doadores de sêmen possuem o direito de preservação e não divulgação de sua identidade e, conseqüentemente, não são obrigados a manter vínculos familiares, de afeição e subsistência para com o concebido.

Salienta-se, no entanto, que em virtude dessas faculdades, emana um conflito com os direitos e garantias fundamentais do menor, os já mencionados direitos de terem conhecimento de sua real fonte biológica, de ter por atendido seu melhor interesse e ainda, ter resguardado seu direito a convivência familiar, violando de tal modo, o supra princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 surgiu com o fulcro de buscar, garantir e defender direitos fundamentais dos indivíduos e também de toda coletividade, em todos os contextos.

Essa Carta Magna atribui ao Estado o dever de zelar e salvaguardar o “exercício de direitos sociais e individuais”, bem ainda, introduziu em seu texto supremo, de forma expressa, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.

1º, inciso III, CF/88), tido como valor absoluto e, de igual modo, como a base e o fundamento do Estado Democrático de Direito, assim dispendo (BRASIL, 1988):

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 (BRASIL,a).

Além do supracitado artigo, este princípio encontra inserção em outros dispositivos constitucionais, a exemplo do artigo 227, caput, do mesmo diploma legal (BRASIL, 1988):

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 (BRASIL,a).

Assim, percebe-se a magnitude dada a este princípio pelo ordenamento pátrio. Tamanha é sua importância que a própria Carta Magna Brasileira fez questão de elenca-lo como direito fundamental, princípio máximo.

O autor José Afonso da Silva, sabido da importância desse princípio e de sua qualificação como fundamento para o Estado Democrático de Direito e também como base da própria existência humana, assim discorreu (1999, p.109):

“[...] dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo- constitucional e não uma qualquer ideia apriorista do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoas tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trata de garantir as bases da existência humana” (SILVA, 1999, p. 109).

Ademais, Além da Carta Magna Nacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuidou de enfatizar, já em seu preâmbulo acerca desse

direito, de modo a atribuí-lo caráter absoluto e sólido, fonte de garantias e direitos mínimos individuais. Essa Declaração respaldou esse princípio e concedeu-lhe valor supremo e inerente ao ser humano. Qualificou-o, ainda, como uma base sólida em prol dos direitos essenciais do ser humano. Tal Declaração, assim dispõe (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948):

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...). Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana (...).

Mesmo com tantas elucidações acerca da Dignidade da Pessoa Humana, em verdade, ocorre extrema objeção em conceituar este direito/garantia/princípio. Embora haja tantos estudiosos do tema, esses mesmos mostram-se uivados de contrariedade, onde encontramos conceituações das mais diversas possíveis.

Tal fato ocorre, pois, a Dignidade da Pessoa humana é de concepção por demasia abrangente, uma vez que, compreende diversas acepções e sentidos variados, criados e compreendidos ao decorrer da história.

Têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas. (MIRANDA apud SIQUEIRA CASTRO, p.174).

Para muitos, tal princípio é tido como absoluto e seu valor preexiste à figura humana.

Plácido e Silva assim o conceitua (1967, p. 526):

“dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico (SILVA, 1967, p. 526).

Ingo Sarlet define da seguinte forma (2001, p.30):

(...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (...) (2001, p. 30).

Ainda nas palavras desse doutrinador, este princípio é (2001, p. 52):

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”, e ainda acrescenta “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 (2001, p. 124).

Assim, a dignidade da pessoa humana é tida, como qualidade inerente do indivíduo, que o diferencia e o qualifica como ser titular de direito e não mero objeto, e por assim ser, é, portanto, digno de atenção, respeito e estima. Dessa maneira, cabe a sociedade, a família e ao Estado eximi-lo de qualquer ato que venha desumano, degradante e infame, bem como, garanti-lo o mínimo existencial, por meio de ações que contribuam para uma vida digna.

Conforme preceitua Alexandre de Moraes este princípio é (2004, p.52):

“[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.” (MORAIS, 2004, p. 52).

Consoante dispõe Marinho (2010, p. 165) “a dignidade humana está intimamente ligada ao direito à vida a qual não tem razão de ser caso a dignidade não esteja presente”.

É Através da dignidade, que se é assegurado ao seu humano a proteção contra qualquer lesão ou ameaça dela, aos seus direitos. Através desse princípio, concebe-se ao indivíduo o mínimo necessário para uma vida saudável, ao menos, digna.

Flávia Piovesan assim aduz acerca da Dignidade da Pessoa Humana (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2000, p. 54)”.

Tão grande é sua estima dentre as garantias fundamentais do indivíduo, que esse princípio é tido como elemento basilar para a compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Desse modo, tem-se que o Princípio da Dignidade Humana é garantia fundamental e basilar, atribuída a todos os indivíduos, sem distinção, de forma a assegurar diversos outros direitos e prerrogativas, tidas como essenciais ao ser humano.

Como bem elencado, esse princípio encontra-se tutelado pela própria Constituição Federal Brasileira, a qual o resguarda já em seu primeiro artigo, instituindo-o como fundamento do Estado Democrático de Direito. Também como já mencionado, além desse dispositivo, o Princípio da Dignidade Humana, encontra-se fundamento em outros artigos da Constituição, á exemplo do citado art. 227, que atribui responsabilidade solidária do poder público, da sociedade e também da família, garantir os direitos básicos às crianças e os adolescentes, dentre eles, o direito à dignidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também cuidou de enfatizar esse princípio. Esse diploma legal, em seu art. 15 garante o direito à mínima dignidade da pessoa humana, concernente às crianças e os adolescentes Por sua vez, em seu artigo 18, o estatuto atribui como sendo dever de todos garantirem a dignidade desses sujeitos, agora reconhecidos como titulares de direitos (BRASIL, 1989).

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

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.

Desta forma, o Princípio da Dignidade Humana encontra-se hoje como sendo um direito básico e fundamental inerentes a todos os indivíduos e a

coletividade em geral, incluindo-se nesse rol, as crianças e os adolescentes, atualmente, já reconhecidos como titulares de direitos próprios.

Diante da solidez e constitucionalidade desse princípio, resta considerar, que todos são encarados não como objetos, mas sim, sujeitos de direitos, garantindo-se, inclusive, a proteção e manutenção de prerrogativas essenciais para a mínima dignidade da condição de pessoa humana.

Irrefutável é a afirmação de que todos são possuidores. Todo ser humano, sem distinção de raça, crença, nacionalidade, são detentores de garantias e estas devem ser respeitadas.

Dessa maneira, acerca dos direitos dos indivíduos, preceitua o autor civilista Silvio Rodrigues (2003, p. 61):

são “inerentes à pessoa humana e, portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra”.

Assim sendo, por tratar-se de um direito inerente à própria existência humana, não cabe aos seus detentores rejeitá-lo. A dignidade humana não pode sofrer qualquer violação ou rejeição, deve ser tratada com primazia em qualquer circunstância.

Destarte, por configurar como uma garantia basilar, inerente a todos os indivíduos, preocupante deve ser o estabelecimento dos limites de onde se inicia e onde acaba o direito do outro. O limite de uma dignidade passa a ser consciência de que o outro também a possui, não se admitindo, assim, que possa haver privilégios de um em detrimento de outro, merecedor de igual direito e estima.

No que tange as relações interpessoais e o estabelecimento dos limites dos direitos de cada um, deve-se sempre levar em conta um juízo de ponderação, relativizando-se os direitos individuais conforme as qualidades das partes envolvidas, a exemplo, devem prevalecer os direitos dos vulneráveis em detrimento dos demais.

Desse modo, o direito ao planejamento familiar, com o uso das técnicas de reprodução medicamente assistidas, bem ainda, as alterações no padrão do

núcleo familiar, trazidas ao decorrer da história, não pode eximir das crianças e dos adolescentes concebidos, o seu direito a condição mínima de dignidade humana. Estes, pois, devem ter por resguardados os seus direitos e suas garantias, avanço científico nenhum, pode eximi-los disso.

O direito a dignidade da pessoa humana é tido como irrenunciável, absoluto, erga omnes, inafastável, independente dos meios e circunstâncias, portanto, em toda e qualquer situação, ele deve ser priorizado.

Tendo essa mesma preocupação com a condição de pessoa humana, a autora Maria Helena Diniz preleciona: “Até onde as ciências da vida poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana e de outros direitos?” (DINIZ, 2001, p. 9).

O que deve ser ressaltado, contudo, é que não há uma busca pela interrupção das investigações científicas e do avanço biotecnológico. Porém, deve ser primado pela dignidade humana sempre que esses avanços venham a colidir com a mínima dignidade das partes.

Desse mesmo entendimento compartilha a autora Maria Helena Diniz (2001, p. 08):

“(...)a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”.

A tratativa acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua real efetivação são de extrema importância, sobretudo, nos dias atuais, em que a ciência, a medicina, engenharia genética, faz da vida humana um meio para o avanço biotecnológico. Estipular limites do uso dessas técnicas em detrimento ao estabelecimento de alcance dos direitos da personalidade deve ser encarado com grande relevância e primazia, afinal, entre eles, situa-se o bem vida.

A ciência e seus avanços não devem sobrepor-se ao bem vida nem tampouco aos direitos a ela pertinentes, incluindo-se nesse âmbito, o direito a dignidade.

Cabe, portanto, ao ordenamento jurídico, tratar sobre e estabelecer limites para o exercício de técnicas medicinais tendo como objeto o ser humano. O poder da ciência deve ser pautado, acima de tudo, no respeito ao

homem, a vida e sua dignidade. Deve existir um liame ético-jurídico entre o poder científico e os direitos mínimos dos envolvidos, de maneira que seja respeitada a ética, a dignidade e, especialmente, a vida. Deste modo, qualquer avanço científico deve ser compatível com a tutela dos direitos inerentes ao ser humano.

Qualquer que seja o método científico utilizado, não se pode esquivar-se da observância aos direitos mínimos pertinentes à pessoa humana. Nenhuma técnica pode submeter o ser humano a tratamento degradante, cruel ou que venha a tolher qualquer que seja seu direito.

Com maior magnitude devem ser encarados os direitos pertinentes aos infantes. Conquista científica nenhuma pode privar esses sujeitos do que lhes é seu por direito. Deve-se prevalecer, portanto, a proteção das suas garantias e o mantimento de sua mínima dignidade humana, direito este, como outrora já elencado, qualificado como princípio fundamental e absoluto.

4.2 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Dentre os princípios constitucionais, individuais e sociais, atribuídos as crianças e aos adolescentes, levando-se sempre em consideração a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, tem-se o direito da convivência familiar e comunitária.

A máxima tutela conferida a esse direito é justificada pela importante função desempenhada por essas instituições no crescimento e na formação moral dos infantes. A importância da família e da sociedade no desenvolvimento desses sujeitos fez com que o ordenamento jurídico brasileiro atribuísse à convivência familiar a natureza de direito fundamental da criança e do adolescente.

Especialmente no tocante a instituição familiar, esta desempenha papel primordial na formação moral das crianças e dos adolescentes. Desde a concepção do ser, a família surge como principal meio influenciador do desenvolvimento e da construção da personalidade desses sujeitos.

O núcleo familiar apresenta-se como primeiro ambiente de socialização da criança, neste seio, ela desenvolve suas habilidades, aptidões e inicia a

formação de seu caráter, pois é a família a principal referência de afeto, zelo, presteza, proteção e cuidado. É no núcleo familiar que os sujeitos constroem seus primeiros vínculos afetivos, desenvolvem sua autonomia e habilidades, trabalham suas emoções, tomam suas primeiras decisões e encaram seus primeiros embates, conflitos.

Em vista disso, a família emana com função primordial para o progresso, individualização e para a socialização da criança. É o seio doméstico quem vai interferir na relação desses sujeitos com o mundo

. É a família a principal colaboradora da humanização e constituição da individualidade dos infantes. Suas crenças, desejos, valores, regras, mitos, são consolidados no seio familiar. A subjetividade das crianças e dos adolescentes é formada dentro da instituição família, a qual, por meio da imposição de limites, regras, deveres, efetivação de direitos e demonstração de afeto, auxiliará esses sujeitos a se relacionar com si mesmo e com o mundo.

Também conhecedores da importância do instituto família para a formação do ser humano, elenca os autores Silva, Mello e Aquino, aduzindo que a família consiste em (2004, p. 211):

[...] aporte afetivo fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil e para a saúde mental dos indivíduos; a absorção de valores éticos e de conduta; bem como a introdução das crianças na cultura da sociedade em que estão inseridas (2004, p. 211).

Desse modo, não restam dúvidas de que a convivência familiar advém como garantia da integridade e progresso de toda criança e adolescente. Antes de ser um importante influenciador do caráter dos infantes, consiste num direito e deve ser salvaguardado. Crescer em um seio familiar de afeto e cuidado é proporcionar às crianças e aos adolescentes seu pleno desenvolvimento e maturidade física, psíquica e moral.

A convivência familiar é garantida como dever estatal, da família e da sociedade.

Tal direito encontra previsão no artigo 227 da Constituição, o qual ratifica o compromisso do Brasil com a Doutrina da Proteção Integral, propiciando aos infantes a condição de sujeitos de direitos e de prioridade absoluta (BRASIL, 1988).

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 (BRASIL, 1988).

A Carta Magna Brasileira também em seu artigo 226 prevê (BRASIL, 1988):

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

§ 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.

Ademais, no plano infraconstitucional, A importância da preservação do direito à convivência familiar e comunitária é também tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse direito é assegurado através dos artigos 4º, 16 e 19 do ECA (BRASIL, 1989):

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.

Art. 16: O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: [...] V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.

Art. 19 Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Percebe-se que a própria Lei n. 8.069/90 emanou motivada a dar amparo jurídico e legal a aplicação primária e sem restrição aos princípios que velam pelos direitos dos menores, a exemplo daqueles relativos ao direito de família e conseqüentemente às relações de filiação. O estatuto da criança e do adolescente adveio, portanto, com o fulcro de maximizar a proteção conferida à instituição familiar por ser conhecedor da importância desta no harmonioso e adequado desenvolvimento dos menores.

Dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente o direito à convivência familiar sofreu fortes influências após o advento da Lei nº 12.010/2009. Com o

surgimento dessa lei, vários dispositivos do ECA foram alterados, inclusive os referentes ao direito em questão.

Uma das alterações trazidas consiste na abertura conferida ao estado em intervir nas relações familiares. Segundo essa lei, a intervenção estatal pode ocorrer desde que seja voltada para apoiar a manutenção e preservação da família natural. Há uma evidente preferência por parte do legislador em na manutenção das crianças no seio de sua família natural, ressalvadas as hipóteses de absoluta impossibilidade, judicialmente comprovada, na permanência desses sujeitos nesse se âmbito. Assim, com a lei n. 12.010, de 2009, restou evidenciada a necessidade da criação de políticas públicas, destinadas à proteção dos direitos já reconhecidos na lei, em especial, o direito à convivência familiar e comunitária.

Ademais, esse direito também sofreu fortes influências após a elaboração do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, datado de 2006, bem como, da Lei nº. 10.012 de 2009, conhecida como a “Lei da Adoção”, com essas inovações legislativas, o direito fundamental à convivência familiar ganhou destaque tanto no ordenamento jurídico, quanto nas políticas públicas dos governos.

Destarte, frisa-se que, antes mesmo de ser intitulado como direito, a convivência familiar, é tida como uma necessidade vital, de igual importância do direito fundamental à vida, destacando, dessa forma, sua relevância e magnitude.

A convivência familiar encontra-se respaldada ainda, no Código Civil, aliada ao Direito de Família. Nesse âmbito do ordenamento jurídico, a família é vista como a base da sociedade, e, portanto, deve ser respaldada, sobretudo, quando envolvem crianças e adolescentes. Não só no âmbito civil, mas na própria Carta Magna Brasileira, como outrora já citada, há o reconhecimento da família como ponto referencial, base da sociedade e, portanto, disciplina e lha garante especial proteção.

A garantia da convivência familiar encontra respaldada em dois princípios mínimos: Princípio da prioridade absoluta e Princípio da proteção integral. Segundo o primeiro deles, a família natural tem primazia quando comparada a outras espécies familiares. Para o ordenamento jurídico pátrio,

com prioridade, é no seio da família natural que os infantes devem estar e se desenvolverem. Há, contudo, ressalvas, quando da existência de impossibilidades de manutenção desses sujeitos no núcleo da família natural (Ex.: submissão do menor a qualquer tipo de maus tratos, exploração, crueldade). No que tange ao princípio da proteção integral, segundo ele, a família deve ser o primeiro ente protetor desse indivíduo em formação, e deve, portanto, fornecer condições mínimas necessárias para sua manutenção e desenvolvimento material e psicológico.

Além disso, é em decorrência dessa proteção conferida à família que se atribui uma série de princípios.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inerente a todo ser humano. Direito Absoluto, inafastável, irrenunciável. É considerado como a base de sustentação de todo núcleo familiar. Primar pela dignidade de todos os membros dessa relação, em especial das crianças e dos adolescentes, e influenciar o apoio mútuo entre seus integrantes é objeto máximo de tutela pela legislação brasileira, e, sobretudo, é garantir a mínima dignidade dos indivíduos dessa instituição.

O Princípio da Solidariedade Familiar, diz respeito à mútua solidariedade e assistência interpessoal de seus integrantes. O apoio mútuo dos familiares é questão primordial para a manutenção da instituição família.

No que tange ao princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, este surge ressaltando o tratamento especial conferido aos menores, onde seus interesses devem sempre ser vistos com primazia. A condição de vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes faz desses menores merecedores de uma máxima tutela jurídica e social.

No princípio da Afetividade enfatiza-se a importância dos vínculos afetivos, das experiências afetuosas para a preservação da família.

A Igualdade Jurídica de Filiação exige qualquer distinção entre os filhos, seja biológico ou socioafetivo. Consoante esse princípio não se admite qualquer expressão ou ato tendente à distinção, discriminação entre filhos.

Assim dispões o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002):

. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro cuidou de tratar deste assunto, não apenas no Código Civil, Estatuto do Menor (Estatuto da Criança e do Adolescente) e Leis esparsas, mas também, na própria Carta Superior, a qual reaviva e prima pela tão fundamental convivência dos membros familiares, sobretudo dos menores, com a família, pela clara preocupação em proteger esses seres em desenvolvimento.

Diante do até aqui exposto, tem-se que a convivência familiar é direito qualificada como direito fundamental da pessoa humana. É tão importante quando o direito à vida, à dignidade e, por isso, deve ser preservado e garantido aos seus titulares.

De igual maneira, percebe-se a importância do núcleo familiar, bem como, de se manter uma saudável convivência neste âmbito.

Tal direito “[...] a convivência em família constitui-se em um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente”, e, portanto, “ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos está integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção” (AMIN, 2008, p. 62).

Resta evidente então, a importância do direito fundamental da convivência familiar para crianças e adolescentes, seres em desenvolvimento, que por essa circunstância, necessitam de um ambiente afetoso e fraternal, junto à sua família de origem, para seu crescimento e evolução.

Por toda essa conjuntura tal direito é vital, imprescindível para esses seres em formação.

Mesmo diante da mudança na conjuntura da família brasileira, dos novos padrões familiares, dos avanços nas técnicas de reprodução, que possibilitam um maior planejamento quanto a procriação humana, não pode ter por afastado tal direito, tendo em vista sua importância para a formação moral e social do indivíduo. Nessa mesma linha de raciocínio, elenca o autor Maciel: O afastamento do núcleo familiar representa grave violação do direito de um infante (MACIEL, 2013, p. 129).

Dessa forma, os atributos inerentes à condição de pessoa humana, personalidade dos menores e ainda sua estruturação no meio social, estão intrinsecamente ligados ao meio familiar ao qual esse sujeito está inserido e

depende diretamente da participação e da forma como os genitores exercem e mantêm a convivência familiar.

Logo, garantir a convivência familiar aos menores, especialmente, aos filhos significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade.

4.3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) em consonância com a Convenção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (1989) e a Constituição Federal de 1988 conferiu às crianças e aos adolescentes a Doutrina da Proteção Integral.

Segundo essa doutrina foi atribuída aos infantes à titularidade de sujeitos de direitos, passando a serem detentores de direitos próprios e garantias fundamentais, como qualquer outro ser humano, com a ressalva de que, por tratar de pessoas em estágio de desenvolvimento, merecem primazia na efetivação de suas garantias.

A supradita Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente (1989), considerada marco internacional na tutela dos direitos dos infantes, estipulou em seu 3º artigo o princípio do melhor interesse do menor, dispondo que tal convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como sujeito de direito e exigindo a ela a proteção especial e com prioridade.

Artigo 3: 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

De igual modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou essa visão, garantindo em seus artigos (3º,4º,5º) o que já vinha estipulado no artigo 227 da Constituição Federal. (BRASIL, 1989)

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.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

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.

Destarte, o Estatuto de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes, em conformidade com a Constituição Federal Brasileira e a Convenção dos Direitos das Crianças, deixou evidente a garantia da prioridade na efetivação dos direitos pertinentes aos infantes. De acordo com esses diplomas legais, os infantes se encontram em situação de prioridade devem sempre ser colocados em primeiro lugar, seja na implementação de políticas públicas, seja na própria execução e garantia de seus direitos.

A Doutrina da Proteção Integral encontra-se fundamento em três pilares, quais sejam: Prioridade imediata e absoluta; Melhor interesse da Criança e Reconhecimento da família como grupo social primário e ambiente e natural propício para o crescimento e desenvolvimento do menor.

O primeiro desses pilares (Prioridade Absoluta) denota o que o ordenamento pátrio fez questão de conferir a estes sujeitos. Os infantes,

levando-se em conta sua condição de vulnerabilidade, imaturidade física e psicológica, quando comparado a um adulto, devem sempre ter prioridade, seja nas políticas/planos de atuação da humanidade para com estes, seja na efetivação de seus direitos. Esse princípio veio expressamente elencado no artigo 227 da Constituição Federal.

Quanto ao reconhecimento da família como grupo social primário, mostra a família como fator primário e determinante na formação da personalidade da criança. Garantir ao menor bom convívio no seu núcleo familiar permite que este se desenvolva de forma harmoniosa e adequada.

No que diz respeito ao Princípio do Melhor interesse da Criança e do Adolescente, esse surge com a perspectiva de assegurar e efetivar os direitos subjetivos dos menores. Esse princípio serve de base para aplicação da lei e adveio para coroar as significativas mudanças concernentes às tutelas dos direitos dos infantes. Desta forma, as crianças e adolescentes, são tidos como seres prioritários em toda e qualquer relação, inclusive, na relação familiar. Assim, sempre que houver qualquer problematização, estudos, conflitos de direitos que envolvam as crianças e os adolescentes devem ser sempre levado em conta o melhor interesse desses sujeitos.

Por esse princípio deve-se levar sempre em consideração a condição de imaturidade das crianças e dos adolescentes. Esses sujeitos se encontram em estado de fragilidade, pois estão em pleno desenvolvimento físico, moral, psicológico e também social e por assim estarem, merecem uma maior atenção e cuidado, para adquirem a maturidade da fase adulta sob as melhores garantias a eles concedidas. Apenas com o respeito e primazia na prestação dos interesses dos infantes é que se é possível a sua evolução social, moral, física, psíquica desses sujeitos.

Nesse sentido explana Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado (s.d., p.18):

“[...]há uma aparente quebra do princípio da igualdade que beneficia os seres em desenvolvimento “porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.”

Ter por assegurado os interesses desses sujeitos mais vulneráveis impede que estes tenham suas garantias tolhidas e venham a sofrer qualquer tipo de abuso quando da não observância e cumprimento de seus direitos. A sua condição peculiar de fragilidade e instabilidade pelo seu incompleto desenvolvimento como pessoa, faz desses sujeitos merecedores de maior atenção e proteção por parte do ordenamento jurídico e da humanidade como toda. Desta maneira tem-se que é por meio do princípio do melhor interesse do menor que se é garantido à concretização dos direitos das crianças e dos adolescentes e conseqüentemente, o adequado desenvolvimento desses menores.

Este princípio, além de incentivador de políticas públicas, governamentais ou não, que visem a beneficiar os menores, atua como auxiliador na resolução de conflitos que envolvam os interesses dos infantes, bem como, efetivo garantidor dos direitos desses.

Por fim, ressalta-se que é por meio desses princípios constitucionais de proteção à criança bem como da doutrina de integral proteção que são extraídos os fundamentos para garantir a prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes em todos os âmbitos.

4.4 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO MENOR NA REPRODUÇÃO HUMANA HETERÓLOGA

O avanço científico e biotecnológico possibilitou o uso da reprodução humana artificial para concretizarem o desejo daqueles que pretendem gerar um filho.

Na reprodução humana assistida heteróloga, por exemplo, reside à possibilidade da ocorrência da procriação humana por ato diverso da conjunção carnal, tendo em conta que nessa técnica de concepção faz-se o uso de material genético de terceiro doador, ou ainda, como já mencionado, o uso de embrião criopreservado.

Inegáveis são os tamanhos benefícios trazidos pela evolução da Biotecnologia. Muitos casais com problemas de infertilidade fizeram e fazem o uso dessas técnicas para realizarem seus sonhos de conceber uma prole.

Em contrapartida, essa revolução científica trouxe também novos paradigmas para o ordenamento jurídico. O uso desses métodos, além de desafiar a própria questão natural, por propiciar a concepção de uma vida até mesmo fora do corpo humano, desafia também a ordem jurídica, uma vez que, embora as técnicas artificiais de reprodução humana sejam muito utilizadas nos últimos anos, estas não possuem uma regulamentação legal específica, o que propicia o surgimento de muitas indagações e problematizações no campo ético, social e jurídico.

Uma dessas problemáticas consiste no surgimento de novos paradigmas para o Direito, a exemplo da abrangência do termo família, incluindo-se nesse conceito a família biológica e também a socioafetiva, bem como, as consequentes discussões sobre o direito dos indivíduos de conhecerem sua identidade genética, raízes históricas.

Nesse mesmo plano, outra problematização consiste no conflito de direitos existente entre a garantia do anonimato do doador de material genético na reprodução assistida heteróloga, frente ao direito conferido aos concebidos por essa técnica em conhecerem sua origem genética.

A própria Resolução médica (Resolução nº 2.121/2015), responsável em regulamentar essas técnicas reprodutivas aduz que em qualquer que seja o método utilizado para essa modalidade artificial de reprodução (heteróloga), preserva-se o direito de anonimato dos doadores e receptores do material biológico.

O que preocupa, na verdade, é que esse direito ao anonimato venha a tolher as garantias da parte mais vulnerável dessa relação, que é justamente os concebidos por essa técnica. Àqueles que nem pediram para nascer, mas já sofrem o ônus do avanço científico ilimitado.

Nessa mesma linha de pensamento, comunga a autora Angela de Souza Martins Teixeira Marinho, que expõe (2010, p.166-167):

O direito à vida consiste num direito da personalidade, inerente ao ser humano, sem o qual os demais direitos não existem. Assim, o direito à vida envolveria o direito de ter filhos, os chamados direitos reprodutivos e a saúde reprodutiva, tidos por alguns doutrinadores como direitos fundamentais. O direito à identidade pessoal assegura o direito a uma ascendência genética bem como o direito à convivência familiar, direitos esses que podem acabar não sendo

observados no caso, por exemplo, da utilização da técnica de RHA na forma heteróloga (MARINHO, 2010, p. 166-167).

Destarte, o que não pode sobremaneira ocorrer, é sobreposição de uma garantia individual em detrimento de outra.

Embora o fato de a concepção, natural ou artificial, encontrar-se inserida no direito ao planejamento familiar, do qual todas as famílias podem se valer, bem como, o reconhecimento jurídico e constitucional do novo padrão familiar, incluindo-se neste, a monoparentalidade, estas circunstâncias e prerrogativas, acabam por incidindo em conflito com direito e garantia fundamental da dignidade humana do menor, tendo em vista que, o direito da criança e do adolescente em conhecer sua origem genética, encontra embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana (WELTER, 2003, p. 226).

A garantia ao conhecimento da identidade genética tem como fundamento o princípio da dignidade humana, expressamente elencado pela Constituição Federal (artigo 1º, inciso III). Consoante este princípio devem ser salvaguardados os direitos mínimos necessários para sobrevivência humana e para o ser humano, nenhum direito a menos.

Além de encontrar seu referencial no Princípio da Dignidade Humana, o direito a convivência familiar ainda possui respaldo no princípio da não discriminação (Artigo 3º, inciso IV, CF/88), também enunciado pela Carta Magna Brasileira. Isso ocorre, pois, se A própria Constituição Federal Brasileira, atribui aos filhos, em caso de adoção, a garantia de saber quem são seus pais biológicos, por analogia e equidade, tal direito, não podia, por ser retirado dos menores concebidos por reprodução assistida, uma vez que, independente de sua forma de concepção, o menor gerado é um sujeito titular de direito. Assim, cabe aos concebidos por reprodução humana artificial, o direito de conhecer sua origem genética (Art. 227, §6º).

Nesse sentido, dispõe a Carta Magna Brasileira (BRASIL, 1988):

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.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2013 a).

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda em seu artigo 5º, a Constituição Brasileira cuidou de tratar desse tema, assim aduzindo (Brasil, 1988):

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:

XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

Por meio desse dispositivo é assegurado aos concebidos por reprodução humana assistida a prerrogativa de pleitear o conhecimento de sua origem genética por meio do acesso aos dados pessoais dos seus pais biológicos, os doadores de material genético. Na primeira hipótese, quando solicitado pelo médico, para o exercício de sua profissão. Na segunda hipótese, o habeas data será concedido para que se tenha acesso a informações de quem o impetrou.

Partindo-se desse mesmo entendimento preceitua as autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 64):

“Saber de onde vem, conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação [...]” (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.64).

Segundo essas autoras, importante é para o ser humano ter conhecimento de suas origens. Conhecer suas raízes é obter respostas para muitos aspectos de sua vida. Ademais, para elas, é questão fundamental para o ser humano compreender sua identidade genética, uma vez que esta é

responsável para a construção da sua personalidade e seu desenvolvimento com dignidade.

É direito fundamental de todos terem conhecimento acerca de sua identidade e também da sua origem. Saber de suas raízes possibilita a ciência de suas características genéticas e individuais.

Assim, o direito ao conhecimento a origem genética advém como uma garantia e um bem jurídico. A identidade genética é tida como uma forma da dignidade humana, e, portanto, merece ser protegida, preservada.

Em igual logicidade elenca grande parte da doutrina jurídica brasileira. Silvo Rodrigues explana que o direito em conhecer sua identidade e sua origem genética, consiste em um direito fundamental, estando incluso no rol de direitos a personalidade e tendo como embasamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse mesmo direito, aduz Madaleno (2008, p. 139):

A origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subseqüentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é seu pai (2008, p. 139).

O direito ao conhecimento de sua origem genética é, portanto, necessário para o conhecimento e formação da própria individualidade do ser humano, destarte, este direito é inerente ao indivíduo e qualificado como direito da personalidade, não podendo ser tolhido.

Ressalta-se, contudo, que ter direito ao conhecimento de sua origem genética, não significa a exclusão ou desconstituição da paternidade socioafetiva, composta por vínculos afeto e amor. Como aqui já enfatizado, nenhum direito a menos. Isso significa dizer que, embora tenha por constituída uma paternidade socioafetiva, se for da vontade dos filhos conhecerem sua identidade biológica (paternidade biológica), tal garantia não pode lhe ser negada.

Outra ressalva importante reside no fato da vontade de conhecimento de sua origem genética por parte dos filhos. As crianças têm o pleno direito de expressar suas vontades e também de serem levadas a sério. A própria convenção sobre o direito das crianças (1989), marco internacional na garantia dos direitos dos infantes, atribuiu a estas essas prerrogativas.

Neste contexto, se for da vontade das crianças de conhecerem sua identidade genética, essa garantia não pode ser negada. Não se pode negar o que lhe é seu por direito. Saber sua identidade genética conduz ao conhecimento de sua fonte histórica, de suas raízes. Não se poder obstar do ser nascido por técnicas heterólogas de reprodução artificial o direito a sua história. Saber sua identidade genética é garantia intrínseca ao ser humano, trata-se de direito personalíssimo, e por assim ser, não cabe rejeição, renúncia e prescrição.

Apesar de ser atribuído o direito de anonimato aos doadores, esse não pode ser absoluto, especialmente diante de garantias fundamentais dos menores. Desta forma assegura Gama que o anonimato dos doadores deve ser mantido, devendo-se, contudo, render à pessoa resultado da técnica de reprodução assistida heteróloga, frente aos direitos fundamentais à identidade, à privacidade, e à intimidade (GAMA, 2003, p.803).

Tal direito de anonimato não pode tolher o direito de criança e adolescentes de conhecerem sua fonte genética, sua real origem, estando, pois, fundamentado pelo princípio da prioridade absoluta e melhor interesse do menor.

Desta feita, o não conhecimento de sua origem biológica, perturba a aplicação do direito a dignidade da pessoa humana do menor, uma vez que, o anonimato, veda a garantia constitucional, atribuída a todos os sujeitos de direito, de conhecer, ser ciente, sabedor de sua fonte biológica e ter por determinada, assim, a sua identidade.

Ressalta-se ainda, que se tratando de monoparentalidade, o planejamento familiar, embora consista em direito constitucional, este não pode excluir e se sobrepor aos direitos concedidos aos filhos, isto, pois, não se pode condenar o filho à orfandade unilateral. Em virtude do princípio do anonimato, a criança nasceria sem poder conhecer seu pai, sendo, portanto, incabível, diante do melhor interesse da criança, que tem direito à biparentalidade.

Ademais, embora haja o reconhecimento da família monoparental, não se pode incentivá-la, nem se admite a reprodução assistida por mera conveniência e discricionariedade dos pais, uma vez que, essa prática, gerará um ser, constitucionalmente reconhecido como sujeito titular de direitos.

Saber sua origem genética vai muito além do conhecimento da sua identidade, mas permite autoconhecimento individual, um profundo entendimento acerca de suas peculiaridades, características e da sua própria personalidade. Conhecer suas raízes históricas mais do que um estudo individual de si mesmo, consiste num direito de personalidade, num direito à vida, isto, pois, a garantia de saber nossas fontes ancestrais é intrínseca a personalidade individual, repercute no conceito de dignidade da pessoa humana.

Possibilitar o ser humano o direito de compreender sua ancestralidade genética é assegurar-lhe sua dignidade. Deste modo, todos, sem distinção, devem ter por garantido o direito de investigar sua origem biológica.

Negar o direito dos infantes de conhecerem sua origem genética é obstaculizar que estes conheçam sua própria identidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa acadêmica surge com o objetivo de aprofundar a reflexão e estudo concernentes a aplicabilidade e efetivação dos direitos e das garantias dos menores mesmo perante as alterações científicas e culturais.

Foi aqui explanado que diante do crescimento da infertilidade, do avanço científico e biotecnológico, das alterações sociais, como novo padrão familiar e planejamento da procriação, aliados ao aumento no número de clínicas médicas especializados, acentuou-se a busca pelas técnicas de reprodução assistida.

Tais modalidades de concepções artificiais, não encontram respaldo em legislação brasileira específica, estando apenas, regulamentadas, de forma esparsa por alguns dispositivos do código civil e da própria Constituição Federal.

Embora tal omissão legislativa, o Conselho Federal de Medicina em Resolução de nº 2.121/2015, estabeleceu regras e normas éticas para o prosseguimento da reprodução assistida, considerada, inclusive, uma norma padrão para as partes envolvidas em tal procedimento.

Dentre as disposições dessa resolução, admite-se aos doadores de material genético a preservação do anonimato de sua identidade, não obrigando a manter qualquer vínculo com o ser gerado, seja parental, de afeição, subsistência ou afinidade.

Em contrapartida, emana desse direito um conflito com as garantias fundamentais atribuídas aos menores, de serem conhecedores de sua origem genética, ter acesso à convivência familiar, ter prioridade em todos os direitos a eles estabelecidos, bem ainda, ter por assegurado seu melhor interesse, tudo em decorrência da doutrina da proteção integral do menor e da consideração de sua condição de ser em desenvolvimento.

Dessa forma, restou demonstrado por essa pesquisa que embora reconhecido o direito de planejamento familiar, da monoparentalidade, bem como, do uso de técnicas de reprodução para procriação humana, estes não podem subestimar as garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, seres titulares e prioritários de direitos, nem ainda, ter por infligido a garantia da dignidade da pessoa humana do menor.

Durante a pesquisa restou demonstradas que tão incessantes foram às lutas travadas até o esperado reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Por muito tempo, os infantes eram vistos a margem da sociedade, pairados a marginalização, sem nenhuma preocupação e proteção por parte da coletividade e do Estado. Em outrora, eram vistos como adultos em miniatura, sem nenhum reconhecimento jurídico e social, nem tampouco, havia uma normatização específica referente a tutela de seus direitos. Apenas em meados da década de 90, é que foi atribuído a esses sujeitos o mínimo necessário para ter uma vida digna.

Assim, com a Convenção dos Direitos das Crianças (1989) , com a promulgação da Constituição Federal Brasileira (1988) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 – ECA), é que efetivamente se deu o rompimento dos paradigmas tradicionais relativos a esses menores, garantindo-lhes, pois, direitos próprios, de acordo com sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Destarte, o processo de consolidação dos menores como sujeitos de direitos ocorreu de forma lenta e gradual, até finalmente chegarmos ao estágio de total reconhecimento dos seus direitos e garantias básicas.

Assim, diante do tamanho processo de construção e solidificação dos direitos dos menores, estes não podem ter suas garantias negligenciadas por nenhuma circunstância, inclusive pelo avanço científico.

Com o desenvolvimento da pesquisa ficou evidenciada a preocupação em garantir os direitos e as garantias dos infantes mesmo diante dos progressos biotecnológicos e culturais. Concluímos com esse estudo que, os direitos dos menores devem ser, sobretudo, respeitados e avanço científico algum justifica lesão ou ameaça dela à dignidade da pessoa humana, em especial, das crianças e dos adolescentes.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 3ª.ed. rev.atual.Editora: Lumen Junior, Rio de Janeiro, 2008.

ANTONIAZZI, Priscila. **O direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente em situação de acolhimento institucional**. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13979> Acesso em 2 de outubro de 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, direito e reprodução assistida**. In, DINIZ. Maria Helena; LISBOA Roberto Senise (orgs). **Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador na reprodução assistida**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13199&revista_caderno=6>. Acesso em nov 2018.

BRASIL, **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – Sisembrio.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre a proteção integral à criança e do adolescente. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **Código de Menores. Lei 6.697**, de 10 de outubro de 1979. Brasília, DF, 1979.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Brasília, DF, 1996.

BRASIL. **Resolução n. 2.013/2013**, de 09 de maio de 2013. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: 74 <http://>

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf, acesso em: 02 jul 2018.

BRASIL. **Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf> Acesso em 02 jul 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 90, de 20 de março de 1999.** Brasília, DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20MAR1999.pdf#page=103>> Acesso em 20 de outubro 2018.

BRASIL, **Projeto de Lei nº. 1.184, de 2003.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=145692&f> acesso em 20 de outubro de 2018.

BRASIL, **Projeto de Lei nº. 120, de 2003.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8D836EC98DE51D8CFB074D5E410E0372.node2?codteor=230655&filename=Avulso+-PL+120/2003> acesso em 20 de outubro de 2018.

BRASIL, **Projeto de Lei nº 4.686, de 2004.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259391&filename=PL+4686/2004> acesso em 20 de outubro de 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem.** v. VII, n. 1, Revista de Ciências Jurídicas. Maringá, 2009.

CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade - reprodução assistida. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (org.). **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar.** São Paulo: Gen / Livraria Santos, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões.** volume 5.4ª ed, rev.e.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

Conselho Federal de Medicina - CFM. Disponível em<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27422:2018-02-05-12-19-59&catid=46> Acesso em 23 de outubro de 2018.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Organização das Nações Unidas, 1989.

Corte Internacional de Justiça. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>> Acesso em 20 de outubro de 2018.

Declaração de Genebra dos Direitos da Criança (Declaração de Genebra). Liga das Nações, 1924.

Declaração dos Direitos da Criança. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1959.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito da famílias**, 6. ed .rev, atual. e ampl., São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. 966p.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 723.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: Direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas do acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito (aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista dos Tribunais. 1995.

LOUREIRO, Leila da Costa. **A biologização da lei**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3367>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o código civil de 2002**. 7.ed. Editora Fabris: Porto Alegre, 2010.

MARTINELLI, Lorchainy Ariane Lagassi. **Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916>. Acesso em nov 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

MULLER, Crisna Maria. **Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619>. Acesso em nov 2018.

PASINI, Anne Caroline Rodrigues. **Reprodução assistida heteróloga: o direito de crianças e adolescentes concebidos por fertilização “in vitro” em conhecer sua origem genética**. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/2724/1/Anne%20Caroline%20Rodrigues%20Pasini.pdf>. Acesso em: 05.agos.2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral** 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da reprodução assistida nos direitos da personalidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412. Acesso em nov 2018.

SANTANA, Raquel Santos. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto> Acesso em: 1 de outubro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição federal de 1988**. 5.ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2001.

SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Medeiros, 1999, p. 109.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

SOARES, Natália Fernandes. **Direitos da criança: utopia ou realidade?** In: PINTO, Manuel; SARMENTO, Manuel Jacinto (Coord.). *As Crianças: - Contextos e Identidades*. Braga: Centro de Estudos da Criança da Universidade do Minho, 1997.

SOARES, Natalia Fernandes; TOMÁS, Catarina Almeida. **Da emergência da participação à necessidade de consolidação da cidadania da infância...**In: SARMENTO, M. J. CERISARA. A.B. Crianças e Miúdos. Perspectivas sociopedagógicas da infância e educação. Coleção em foco. Edições ASA. Portugal. 2004.

SOUZA, Karla Keila Pererira Caetano; ALVES, Oslania de Fatima. **As principais técnicas de reprodução humana assistida. Saúde & ciência em ação** – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde. Disponível em <<http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139>> Acesso em 22 de outubro de 2018.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html> . Acesso em 04 de outubro de 2018.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em nov 2018.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.