Reprodução Humana Assistida
Coletânea jurisprudencial

DOCUMENTO 1

DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM JORNAL SEM O CONSENTIMENTO DA RETRATADA. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Caso concreto: A autora cedeu a sua imagem de quando se encontrava grávida, para a produção de uma reportagem sobre o dia das mães. Tempos depois, vê a sua foto publicada no jornal, ocupando meia página, ilustrando matéria alusiva à inseminação artificial.

A imagem foi utilizada sem o consentimento da autora e em matéria que nada lhe dizia respeito, configurando-se o agir ilícito, pois ofendido o direito à personalidade, à intimidade. O prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só ai já esta o dano moral. Na hipótese o dano moral se mostra mais evidente, já que se fez pensar que a autora tivesse se submetido à inseminação artificial e que seu filho, há pouco nascido, tenha sido fruto desta. Nada contra este método de inseminação, ao revés, é um grande mérito da ciência e uma grande felicidade para quem nele pode ver um sonho realizado, mas mesmo quem dele se utiliza, no mais das vezes, opta pelo sigilo, para evitar especulações, comentários e até, quiçá, discriminação.

2. O valor arbitrado na indenização por danos morais deve atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. E, portanto, deve ser observada a capacidade econômica do atingido, mas também dos ofensores, de molde a que não haja enriquecimento injustificado, mas que também não lastreie indenização que não atinja o caráter pedagógico a que se propõe. Hipótese em que a fixação da indenização em valor equivalente a 100 salários mínimos satisfará o caráter expiatório e reparatório.

APELAÇÃO DESPROVIDA

APELAÇÃO CÍVEL — NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70006814974 — COMARCA DE PELOTAS

GDP LTDA — APELANTE

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO**.

Porto Alegre, 25 de agosto de 2004.

DR.ª MARILENE BONZANINI BERNARDI,
Relatora.

R E L A T Ó R I O

DR.ª MARILENE BONZANINI BERNARDI (RELATORA)

Cuida-se de recurso de apelação interposto por GDP LTDA., nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move MERE.

Adoto, de saída, o relatório da sentença, que passo a transcrever:

> *"MERE ajuizou Ação de Indenização contra GDP LTDA.*
>
> *Narra a requerente que aceitou proposta da requerida a fim de posar para fotos que seriam veiculadas em face de matéria alusiva ao dia das mães, em maio de 2001.*
>
> *Alega que, para sua surpresa, em junho de 2002, a ré voltou a veicular fotografia da autora nas páginas de seu jornal, dessa vez em matéria que versava sobre inseminação artificial.*
>
> *Relata que a autora labora no comércio local, e teve sua imagem e sua honra abalada diante de amigos e clientes de seu local de trabalho, pelo que postula a procedência do pedido para condenar a ré na quantia de 400 (quatrocentos) salários mínimos.*
>
> *Contestou a ré (fl. 22 e segs.) alegando que a segunda reportagem não faz alusão à personagem da fotografia, sendo a aparição meramente circunstancial.*
>
> *Relata que a fotografia objeto da demanda é meramente ilustrativa, servindo de acessório à reportagem, fato diverso da*

primeira reportagem onde a fotografia era elemento principal associado à matéria escrita.

Aduz que a autora busca enriquecimento com a promoção da demanda, uma vez que não procurou a ré quando do ocorrido, para exercer direito de resposta ou cientificar-se da inclusão de sua fotografia nas páginas do jornal.

Proclama que não se faz presente no caso em tela um dos elementos configuradores da responsabilidade civil, qual seja, a demonstração do dano, pelo que postula a improcedência da ação.

Apresentou réplica a autora (fl. 34/37) refutando os argumentos da ré e reiterando os termos da inicial.

Realizada audiência de instrução e julgamento (fl. 43), ocorreu a oitiva de testemunhas e depoimento pessoal da autora.

A autora e a ré apresentaram memoriais (fls. 47/51 e 53/54 respectivamente), vindo conclusos os autos para sentença.

...omissis..."

Sobreveio decisão julgando parcialmente procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de indenização à autora no valor de 100 (cem) salários mínimos. As custas e honorários advocatícios restaram fixados da seguinte maneira: ¾ das custas recaíram sobre a autora, além de honorários de 20% sobre o que decaiu de seu pedido aos procuradores da ré; esta, por sua vez, restou condenada à complementação das custas e ao pagamento de honorários de 20% sobre o valor da condenação aos patronos da autora. As obrigações atinentes à autora restaram suspensas, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Inconformada com a decisão a ré interpôs recurso de apelação. Afirmou que a autora, em nenhum momento teria procurado a redação do jornal para esclarecer os fatos discutidos, o que caracterizaria a busca da autora pelo enriquecimento ilícito. Apontou ainda, que o valor fixado pela sentença, vencidos os argumentos em tela, deveria ser minorado, uma vez que excessivo para o caso. Reeditando os argumentos expostos em oportunidades anteriores, pediu fosse dado provimento ao recurso.

Transcorrido "in albis" o prazo para a apresentação de contra-razões, subiram os autos a esta corte.

Vieram conclusos.

É o relatório.

V O T O S

DR.ª MARILENE BONZANINI BERNARDI (RELATORA)

A sentença esta bem posta e merece ser confirmada.

A autora cedeu a sua imagem de quando se encontrava grávida, para a produção de uma reportagem sobre o dia das mães. Tempos depois, vê a sua foto publicada no jornal, ocupando meia página, ilustrando matéria alusiva à inseminação artificial.

Inafastável, ao meu sentir, o dever de indenizar, porquanto presentes todos os pressupostos exigidos para tanto.

A imagem foi utilizada sem o consentimento da autora e em matéria que nada lhe dizia respeito, configurando-se o agir ilícito, pois ofendido o direito a personalidade, à intimidade. O prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só ai já esta o dano moral. Na hipótese o dano moral se mostra mais evidente, já que se fez pensar que a autora tivesse se submetido à inseminação artificial e que seu filho, há pouco nascido, tenha sido fruto desta. Nada contra este método de inseminação, ao revés, é um grande mérito da ciência e uma grande felicidade para quem nele pode ver um sonho realizado, mas mesmo quem dele se utiliza, no mais das vezes, opta pelo sigilo, para evitar especulações, comentários e até, quiçá, discriminação.

Em caso análogo, já decidiu esta Corte:

> *DANO MORAL. MODELO FOTOGRAFICO. PUBLICACAO DE FOTO, COM SEIOS DESNUDOS, PARA CAMPANHA EDUCATIVA, POREM SEM AUTORIZACAO. PROMOVIDA, PELA DEMANDADA, A PUBLICACAO DE FOTO DA AUTORA, MANEQUIM, PARA FINS DE ILUSTRACAO DE CAMPANHA EDUCATIVA DE COMBATE AO CANCER, FERIRAM-SE OS DIREITOS SEUS DE PROTECAO A PROPRIA IMAGEM, GERANDO DIREITO A INDENIZACAO DE DANOS MORAIS. ACAO PROCEDENTE EM PARTE. SENTENCA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO DA AUTORA PROVIDA EM PARTE, DESPROVIDO O DA DEMANDADA.* (APELAÇÃO CÍVEL Nº 596195792, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RAMON GEORG VON BERG, JULGADO EM 30/10/1996).

Certa a obrigação de reparar os danos, resta fixar o ‘quantum’ da indenização. E também neste ponto, tenho que não assiste razão à apelante. O valor da indenização está adequado ao caso.

O valor arbitrado na indenização por danos morais deve atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. E, portanto, deve ser observada a capacidade econômica do atingido, mas também dos ofensores, de molde a que não haja enriquecimento injustificado,

mas que também não lastreie indenização que não atinja o caráter pedagógico a que se propõe. De acordo com o magistério de Carlos Alberto Bittar, para a fixação do valor do dano moral "*levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando em nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesado*".

Por isso, considerando, principalmente, se tratar a demandada de uma empresa de grande poderio econômico, relevando, ainda, as conseqüências do fato para a autora, tenho como razoável o valor equivalente a 100 salários mínimos fixado em sentença, quantia que certamente satisfaz ao caráter reparatório, servindo, ainda como expiação à ré.

Por tais razões, nego provimento ao apelo.

É o voto.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.

DES. ADÃO SERGIO DO NASCIMENTO CASSIANO - De acordo.

O SR. PRESIDENTE (DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA) – Apelação Cível nº 70006814974 de Pelotas, *"NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME".*

Julgador(a) de 1º Grau: ANDRE LUIS DE OLIVEIRA ACUNHA

DOCUMENTO 2

DIREITO PÚBLICO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC.
Os medicamentos para o tratamento de fertilização artificial não se enquadram no art. 1º da Lei Estadual n° 9.908/93, que dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes.
Ausente a verossimilhança da alegação, assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I do CPC).
Agravo desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70010293223 COMARCA DE PORTO ALEGRE

LFP AGRAVANTE

MG AGRAVANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL AGRAVADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DESA. LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO**.

Porto Alegre, 18 de maio de 2005.

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ,
Relator.

R E L A T Ó R I O

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LFP e MG contra decisão que indeferiu antecipação de tutela visando o custeio de medicação necessária ao tratamento de fertilização artificial, em face da ausência de risco de prejuízo irreparável aos demandantes, caso a medida fosse deferida ao final do processo, em ação ajuizada contra o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Em suas razões, sustenta que o risco de dano irreparável advém de que a demora do processo poderá acarretar a ineficácia da decisão, uma vez que a agravante está na iminência de alcançar a idade infértil ou de elevado risco para a gravidez, já que conta com idade superior a 37 anos. Diz que solicitou administrativamente o medicamento junto à Secretaria de Saúde do Estado, o que foi indeferido. Requer a concessão dos medicamentos pleiteados ou o equivalente em espécie dos mesmos. Pleiteia efeito suspensivo e, ao final, pugna pelo provimento do agravo.

O efeito suspensivo restou indeferido (fl. 49).

Em contra-razões, o Estado do Rio Grande do Sul alega que a pretensão esgrimida não encontra guarida no art. 1º da Lei Estadual n° 9.908/93, tampouco no art. 196 da CF. Pugna pelo desprovimento do agravo de instrumento.

Aberta vista à Procuradoria de Justiça, o parecer é pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

V O T O S

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ (RELATOR)

Verifica-se, no caso concreto, que a autora MG e seu marido, ora agravantes, pleiteiam o fornecimento gratuito de medicamentos usados em tratamento para infertilidade (fertilização artificial), uma vez que tencionam ter um filho juntos e alegam não possuírem condições financeiras para arcar com o custo de tal tratamento.

A Lei Estadual n° 9.908/93, que dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes, em seu art. 1º, assim determina:

> *"Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família". "Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente."*

Ora, bem se vê que o caso *sub judice* não se enquadra no artigo supracitado. De fato, os autores não sofrem de nenhuma doença cujo tratamento requer medicamento essencial à vida.

O laudo médico de fls. 44/46 afirma corrobora que a infertilidade, caso não tratada, não acarreta nenhum risco de vida ao paciente. Ao revés, afirma que o referido tratamento e o uso das medicações solicitadas possui efeitos adversos significativos, trazendo um grande risco de doença e até de morte.

Esta Corte já decidiu nesse sentido:

“DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO DESTINADO A PROPICIAR A GRAVIDEZ. DEVER DO ESTADO. INEXISTÊNCIA.
O Estado se obrigou a fornecer medicação excepcional a pacientes portadores de graves moléstias e sem recursos para custear sua compra. Inteligência da Lei-RS nº 9.908/93. Teoria do mínimo existencial perfeitamente aplicável ao caso, pois a pretensão da apelante volta-se ao desejo de engravidar, não tendo relação com doença grave e que recomenda medicação excepcional. Existência de outros procedimentos que podem garantir a satisfação pretendida pela apelante.
APELO IMPROVIDO.”
(Apelação Cível n° 70008522393, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 19.08.2004)

Ademais, de acordo com o laudo médico de fls. 35, a autora já se submeteu, no ano de 2004, ao tratamento de fertilização. Inclusive os cupons fiscais de fls. 23, 24, 25, 26, 27 e 36 demonstram que os agravantes vinham, às suas expensas, custeando o tratamento, o que afasta ainda mais o risco de dano irreparável, caso não concedida a tutela antecipada.

Sendo assim, ausentes os requisitos essenciais para o deferimento da antecipação da tutela, tanto a verossimilhança da alegação quanto o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, de acordo com o art. 273, I do Código de Processo Civil, a irresignação não prospera.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

DESA. LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO - De acordo.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) - De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: MARCIA KERN PAPALEO

DOCUMENTO 3

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. NULIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO. ALEGAÇÃO DE

INDUÇÃO EM ERRO. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS COLATERAIS.
Legitimidade *ad causam* de quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade do registro de nascimento. Ação que tem por base erro em que o pai foi induzido ao registrar o filho que pensava ser fruto de inseminação artificial heteróloga. Necessidade de se permitir o prosseguimento do feito, para eventual produção de prova do vínculo afetivo. Inexistência de prescrição. Sentença cassada.
APELO PROVIDO PARA DETERMINAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

APELAÇÃO CÍVEL	SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
Nº 70011878899	COMARCA DE GRAVATAÍ
C.A.S.O.	APELANTE
L.S.S. P.S.M. S.S.S.	APELADO
N.S.S.S..	APELADA
S.C.A.S.	INTERESSADA
R.S.D.	INTERESSADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo para cassar a sentença e determinar o prosseguimento do feito.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL E DRA. WALDA MARIA MELO PIERRO**.

Porto Alegre, 14 de setembro de 2005.

DESA. MARIA BERENICE DIAS,
Presidente e Relatora.

R E L A T Ó R I O

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E RELATORA)

Cuida-se de *ação de investigação de paternidade negativa* que C.A.S. propôs contra R.D.S., L.S.S. e N.S.S.S., alegando, em síntese, que era casado com esta última e com ela teve um filho, o qual recebeu o nome do autor na certidão de nascimento. Contudo, diz que possui fundada suspeita de que o filho do casal foi gerado de um relacionamento adulterino da sua mulher com o co-réu R.D.S. e não por meio de uma inseminação artificial realizada em clínica particular de fertilidade. Pediu a antecipação dos efeitos da tutela para a realização de exame de DNA, considerando seu precário estado de saúde. No mérito, requereu a procedência do pedido (fls. 2-5). Juntou documentos (fls. 6-68).

A petição inicial foi recebida e houve deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita (fl. 72).

Nos autos da separação judicial em apenso, foi comunicado e comprovado o óbito do autor.

O Ministério Público em primeiro grau manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 75-8).

Sobreveio sentença, pela qual o magistrado julgou o autor carecedor de ação, ante seu decesso e por falta de interesse de agir, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil (fls. 80-3).

Manifestou-se nos autos um dos irmãos do autor (falecido), requerendo a juntada da certidão de óbito deste e vista dos autos (fls. 85-8).

Antes de apreciado o seu pedido e dentro do prazo recursal ensejado pela prolação da sentença, apelam Cleverson, Elza, Cláudio, Clovis e Maria, todos irmãos do falecido (fls. 91-122).

Sustentam, em preliminar, a nulidade do feito, em virtude de não ter havido suspensão do processo para a habilitação dos herdeiros. Aduzem ser, na condição de irmãos do falecido, partes legítimas para sucedê-lo na ação negatória de paternidade e que seu apelo é tempestivo, uma vez que interposto dentro do qüinqüídio que se iniciou no primeiro dia útil após o término das férias forenses. No mérito, alegam: (a) ausência de decadência do direito de negar a paternidade, já que o pai não-biológico não pode se tornar pai por uma questão de transcurso do tempo; (b) inviabilidade de utilização do entendimento pertinente à adoção à

brasileira ou socioafetiva no caso presente, porquanto a intenção do autor sempre foi de registrar como seu filho o nascimento de uma criança que, perante ele, havia sido gerado por meio de inseminação artificial, e não por meio da prática de adultério; (c) ocorrência de dolo da esposa do *de cujus* e da possibilidade de negação da paternidade. Acrescentam que o irmão, na época em que aceitou a inseminação artificial, estava debilitado física e emocionalmente. Pedem seja reconhecida a nulidade da sentença e, se contrário o entendimento, pela sua desconstituição, determinando-se a abertura de instrução ao feito, ou o julgamento de procedência do pedido da petição inicial. Juntam documentos (fls. 123-55).

O recurso foi recebido em seu duplo efeito (fl. 159).

Em contra-razões (fls. 164-71), a ré N.S.S.S., sustenta, em preliminar, insuficiência da documentação que instrui o recurso, porquanto as cópias reprográficas juntadas pelos apelantes não permitem a sua habilitação, ensejando o não-conhecimento da inconformidade. No mérito, sustenta que o processo deve ser anulado somente se ensejar prejuízo às partes. Diz que o falecido sabia que o recém-nascido não era seu filho biológico, uma vez que as partes não mantinham relações sexuais há muitos anos. Requereu o não-conhecimento do apelo e, se diverso o entendimento, seu desprovimento.

O Ministério Público em primeiro grau manifestou-se apenas pela remessa do recurso a esta Corte, já que preenchidos os pressupostos de sua admissibilidade (fls. 173-5).

Nesta instância, a Procuradora de Justiça opinou pelo não-conhecimento do recurso pela ilegitimidade dos apelantes e, no mérito, se vencida a prefacial, pelo provimento para que se permita a produção de provas (fls. 178-91).

Foi atendido o disposto no art. 551, § 2º, do Código de Processo Civil

É o relatório.

V O T O S

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E RELATORA)

Merece provimento o recurso.

Antes de se adentrar no exame do mérito recursal e nas demais preliminares suscitadas por ambas as partes, passa-se a analisar a questão da legitimidade ativa dos recorrentes, sem o que o julgamento não pode prosseguir.

Cediço que a legitimidade ativa para propor ação de anulação de registro civil em razão de erro ou falsidade já está pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consoante as ementas de julgados a seguir transcritas:

> *PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO PATERNO. LEGITIMIDADE. INTERESSADOS.*
>
> *A anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no art. 348 do Código Civil, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade. Precedentes. Recurso conhecido e provido.*
>
> (REsp 257119-MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJU 2-4-2001, p. 298)

> *REGISTRO CIVIL. Falsidade. Ação de nulidade. Legitimidade ativa. Irmãos do falecido declarante da paternidade.*
>
> *Os irmãos daquele que prestou declarações falsas ao registro civil, atribuindo-se a paternidade da criança, têm legitimidade para a ação de nulidade. Precedentes.*
>
> *Recurso conhecido e provido.*
>
> (REsp 434759-MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJU 10-2-2003, p. 221)

O que ocorre é que os apelantes não se conformam com a sentença que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, entendendo que a nominada *ação investigatória de paternidade negativa*, proposta pelo *de cujus* apenas quatro dias antes de seu óbito (fls. 2 e 89) é personalíssima e, falecido o autor, não poderia prosseguir.

Todavia, sem razão o juízo *a quo*.

É que a presente ação tem por base a alegação de erro no qual o autor (*de cujus)* foi induzido ao registrar o co-réu L.S.S. como se seu filho fosse, pensando que o nascimento deste havia decorrido de um procedimento de inseminação artificial, para o qual consentiu que sua esposa – N.S.S.S., ora apelada – se submetesse.

Das alegações dos autos se extrai também que o *de cujus* teria alcançado dinheiro à apelada – cerca de R$ 3.800,00 – para que esta buscasse clínica particular de fertilidade para realizar o procedimento médico destinado a uma concepção artificial heteróloga.

Como se vê, não se trata aqui, propriamente, de ação negatória de paternidade, privativa do marido, de que tratam os artigos 344 e 345 do Código Civil de 1916. Em verdade, o que se verifica é a ocorrência da hipótese prevista no artigo 348 daquele Código, que reza:

> *Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.*

Destarte, a melhor exegese a ser dada ao dispositivo acima é aquela que reconhece a legitimação para propor ou prosseguir no pólo ativo da ação anulatória qualquer um que tenha interesse moral ou material da declaração da nulidade do registro de nascimento.

Ao encontro desse entendimento é, novamente, a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplicável à espécie:

> *REGISTRO CIVIL. ASSENTO DE NASCIMENTO. ANULAÇÃO, PLEITEADA POR QUEM NELE FIGURA NA QUALIDADE DE AVO PATERNO. PAI PRESUMIDO JA FALECIDO. LEGITIMIDADE. TEM TAL PESSOA LEGITIMIDADE PARA PROPOR A AÇÃO, NOS CASOS* ***DE SIMULAÇÃO DE PARTO OU DE FALSIDADE IDEOLOGICA OU INSTRUMENTAL****. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELO DISSIDIO MAS IMPROVIDO.*
>
> (REsp 6059-SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, DJU 7-10-1991, p. 13963) (grifos)

> *Registro civil. Paternidade. Falsidade. A anulação do registro, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse econômico ou moral. Não incidência do disposto na segunda parte do artigo 362 do Código Civil. Legitimidade de quem pretende o reconhecimento de que é o verdadeiro pai* (REsp 66.691-RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, TERCEIRA TURMA, DJU 23-9-1997).

> *Civil e processual civil – Anulação de registro de nascimento.*
>
> *I - Não se cuidando no caso de ação negatória de paternidade e sim de ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por comprovada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados*
>
> (REsp 140.579-AC, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, TERCEIRA TURMA, DJU 3-11-1998)

É de notar-se que todos os fatos descritos e provados na demanda ocorreram ainda sob a égide do Código Civil de 1916, e ainda que assim não fosse, e para que fique registrado, o filho nascido pelo método da inseminação artificial heteróloga, também chamada extraconjugal, só se presume concebido na constância do casamento se houver

prévia autorização do marido, nos termos da expressa disposição do art. 1.597, inciso III do Código Civil.

No caso vertente, havia essa autorização por parte do extinto, mas a alegação deste em vida, e reafirmada pelos recorrentes, é de que a inseminação artificial não ocorreu de fato, sendo a gravidez da apelada decorrente de um suposto relacionamento extraconjugal que teve com R.D.S., co-réu na presente demanda, relacionamento este que o falecido C.A.S. ignorava até meses depois do nascimento da criança. Aliás, da narrativa da petição inicial da ação de separação judicial litigiosa proposta pelo falecido em face da recorrida, em 21-6-2001 (fls. 2-23, autos em apenso), a alegada infidelidade da esposa e um suposto abandono e ausência de auxílio ao cônjuge enfermo no momento em que este mais necessitava em razão do avanço acachapante de sua doença, teriam sido a causa do rompimento.

Da petição inicial da separação judicial lê-se (fl. 9, apenso):

> *A situação conjugal foi tão desgastada pela Ré, que esta aproveitando-se da fragilidade do Autor, induziu o mesmo (sic) a concordar e apoiá-a a efetuar Inseminação Artificial, em Clínica de Fertilidade – Fertilitat – Centro de Medicina Reprodutiva – , Localizada na PUCRS, com a alegação que estava muito só e que o nascimento de um filho traria, para a Ré, motivos para reestruturar sua vida.*
>
> *O autor, na tentativa de salvar o casamento e sabedor que devido à situação não poderia gerar um filho, prontamente concordou com a solicitação da Ré* [...]
>
> *Ocorre Excelência, que a Ré tratou deste procedimento por si só, afirmando ter pago R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos Reais) e que apresentaria ao Autor o respectivo pagamento da clínica, o que não ocorreu até a presente data.* [...]
>
> *Desconfiado de tantas desinformações e pelo abandono a que foi submetido pela Ré, o Autor deslocou-se até a Clínica Fetilitat e lá foi informado, na época, que a PUCRS não possuía Banco de Sêmen, contrariando o que era informado pela Ré e que esta teria escolhido o sêmen do pai do seu filho, por fotografia e pela ficha cadastral do doador.*

Outrossim, a disposição do art. 348 do Código Civil de 1916 foi repetida, sem alterações, no art. 1.604 do Código Civil de 2002.

Ainda dos autos em apenso – separação judicial do casal – se lê que o *de cujus* era portador da doença grave que lhe acometia (diabetes tipo I) desde a tenra idade, e há alguns anos vinha apresentando insuficiência renal crônica, o que, aliado à própria confirmação da própria apelada, impedia o casal de manter relações sexuais.

De outro lado, no caso vertente, os apelantes são irmãos do falecido C.A.S., autor das declarações lançadas no registro civil, que não corresponderiam à realidade sobre a paternidade da criança L.S.S, co-réu da ação, porquanto aquele teria sido induzido em erro por uma possível simulação por parte da recorrida.

Ademais, mesmo que se considere a presente ação como autêntica negatória de paternidade (art. 344, CC de 1916), a legitimação dos apelantes estaria autorizada pela regra do art. 345 da vetusta Lei Civil (repetida no parágrafo único do art. 1.601, CC de 2002), porquanto a ação foi ajuizada antes da ocorrência do óbito do autor.

Eis o que dispõe o referido art. 345 do CC de 1916:

> *A ação de que trata o artigo antecedente, uma vez iniciada, passa aos herdeiros do marido*

Não obstante a criança L.S.S., co-réu nesta demanda, figurar como filho do *de cujus,* ele não pode ser considerado herdeiro para fins de suceder aquele no processo, sob pena de configurar-se confusão.

No particular, cabe a transcrição de elucidativo trecho do parecer ministerial da lavra da Dra. Ida Sofia S. da Silveira, que embora não concorde com a legitimação ativa para a causa dos apelantes, asseverou, *in verbis*

> *Dessa forma, em que pese* [L.S.S.]*, réu da ação negatória de paternidade e ora apelado, conte no registro civil como filho de* [C.A.S.] *– em face da presunção (relativa) de que goza esse registro -, seria, enquanto único herdeiro do falecido, o sucessor processual deste (nos termos do aludido art. 345 do CC/1916), mas, tendo em vista que não poderia prosseguir em um processo movido contra si, pois ocorreria a confusão dos pólos ativo e passivo, a legitimação para a sucessão processual deve passar a quem tenha interesse para tanto.*
>
> *Logo, como a eventual procedência da negatória de paternidade acarretaria justamente a exclusão de* [L.S.S.] *da condição de filho e de herdeiro do de cujus, resultanto no fato de que outros seriam os herdeiros deste, conforme a ordem de vocação hereditária, legitimados estariam os próximos a se habilitarem como sucessores processuais do falecido autor daquele processo, nos termos do artigo 43 do Código de Processo Civil combinado com o artigo 345 do CC/1916.*

Ademais, não se pode considerar o cônjuge sobrevivente (no caso, a apelada N.S.S.S.) a próxima herdeira do autor.

Não obstante a sociedade conjugal ainda não estivesse dissolvida, nos exatos termos do artigo 2º, III, da Lei 6.515-77, até a ocorrência do óbito do irmão dos recorrentes, fato é que a separação de corpos do casal foi deferida pelo juízo da ação de separação, e desta decisão a ora apelada foi devidamente intimada em 26-6-2001 (fls. 100-1 e 103v., autos em apenso).

Sabido que a separação de corpos é marco interruptivo dos deveres conjugais, do regime de bens do casamento e da comunicabilidade dos bens, tem-se, no caso presente, que a dissolução da sociedade conjugal, a qual se deu legalmente pelo óbito do marido, nos termos do art. 2º, I, da Lei 6.515-77, teve efeitos retroativos à data da separação de corpos.

Ao encontro desse entendimento é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EFEITOS PATRIMONIAIS. LEI 6.515, ART. 8.*
>
> *I - A RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA QUE EXTINGUE A SOCIEDADE CONJUGAL ALCANÇA A DATA DA DECISÃO CONCESSIVA DA SEPARAÇÃO DE CORPOS, DESFAZENDO-SE AI, OS DEVERES CONJUGAIS, O REGIME MATRIMONIAL E COMUNICAÇÃO DE BENS.*
>
> *II - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> (REsp 8716-RS, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, DJU 25-10-1993, p. 22485)

Portanto, a sociedade conjugal, entre a apelada e o *de cujus*, para todos os efeitos, estava desfeita desde 26-6-2001, posto que o óbito deu-se somente em 23-9-2001.

Partindo-se dessa premissa, é que se torna absolutamente irrazoável e descabido o entendimento de que a recorrida seja considerada a herdeira do autor para fins de substituí-lo na presente ação, e que, pelo simples atendimento da ordem legal de vocação hereditária (arts. 1.603 e 1.611 do Código Civil de 1916), sem atentar-se para as peculiaridades do caso concreto e a natureza do direito posto em causa, se possa afastar, de plano, a legitimidade *ad causam* dos apelantes, por serem herdeiros colaterais.

É exatamente por essa condição de irmãos que os recorrentes têm interesse moral e econômico na propositura da ação, o que lhes dá plena legitimidade ativa para a causa.

Não fosse suficiente, somente o prosseguimento da ação, na qual haverá ampla dilação probatória, será possível obter a certeza quanto à possibilidade ou não de manter a

paternidade do *de cujus* em relação à criança – que também pode se dar pela verificação da existência de vínculo afetivo – , com vista a garantir, em favor do filho, perfeita eficácia ao disposto nos arts. 16, 1.596, 1.630, 1.633 e 1.634, do Código Civil de 2002, bem como nos arts. 3º, 4º 6º, 16, inciso V, 17, 19, 20, 2225, 70, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido a jurisprudência desta Corte:

> *APELAÇÃO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. ALEGAÇÃO DE ERRO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Em havendo alegação de erro no registro de nascimento da ré, sem relato de adoção à brasileira, deve ser oportunizada a instrução do feito, até para que seja conferida, também, a comprovação da paternidade socioafetiva, embora o duplo exame de DNA que excluiu a paternidade biológica. Sentença desconstituída, para que seja reaberta a instrução e investigada a paternidade socioafetiva. Apelação provida, por maioria.*
>
> (Apelação Cível Nº 70011086956, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 05/05/2005)

> *APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA ANTECIPADO. A ação negatória de paternidade é imprescritível, devendo ser oportunizado ao autor demonstrar erro ou falsidade do registro de nascimento (arts. 1.601 e 1.604, CC/02). Ainda que a paternidade socioafetiva possa se sobrepor à biológica, ela não se presume, devendo também ser provada nos autos para o fim de levar à improcedência da negatória. Sentença que julgou antecipadamente improcedente a ação desconstituída, para reabrir a instrução do feito. Apelação provida.*
>
> (Apelação Cível Nº 70011330776, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/04/2005)

No tocante à preliminar de nulidade do feito, em face da não-suspensão para habilitação dos irmãos do falecido, ora apelantes, é descabida.

O fato de o processo não ter sido suspenso não trouxe qualquer prejuízo aos apelantes, que se manifestaram de forma espontânea nos autos e tiveram a oportunidade de interpor, tempestivamente, recurso contra a decisão do juízo *a quo*.

Igualmente, a prefacial argüida pela apelada, no sentido de que os apelantes não juntaram documentos hábeis a demonstrar o parentesco em relação ao *de cujus*, não

merece guarida. Isso porque o simples fato de os recorrentes terem juntado aos autos cópias reprográficas simples de suas respectivas certidões e carteiras de identidade (fls. 127-32), não significa que deixaram de comprovar o parentesco.

Ora, a juntada de documentos originais ou por cópia autenticada não é exigível, ainda mais quando a parte contrária não aponta qualquer irregularidade específica nas cópias reprográficas, limitando-se apenas a uma impugnação genérica e que não se sustenta.

Por fim, em relação a um eventual prazo decadencial para propositura da ação, é impossível seu reconhecimento.

Ao comentar a prescrição nas ações de investigação da parentalidade, já sustentei doutrinariamente (*in Manual de Direito das Famílias* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 368-9) que *é imprescritível a ação para o marido contestar a paternidade dos filhos de sua mulher (1.601). O ECA proclama que o reconhecimento do estado de filiação é* ***imprescritível*** *(ECA 27)* [...] *Não há como falar em perda do direito de estado por inércia da pessoa. Pelo decurso do tempo, não se perde ou se adquire o estado, cujos direitos podem ser exercitados a qualquer tempo.* (sem grifos no original)

Portanto, não há falar-se em prescrição ao direito de ação.

Eis a posição desta Corte:

> *AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. NÃO INCIDE O PRAZO NO ARTIGO 178, PAR-3, DO CÓDIGO CIVIL, ANTE AS REGRAS ATUAIS CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SOBRE A FILIAÇÃO.*
>
> (Apelação Cível Nº 598059152, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 26/10/2000)

Do mesmo modo, se considerada a presente ação como anulatória de registro, não ocorreu a prescrição porque entre o ato e registro do nascimento (fl. 8) e o ajuizamento da ação (fl. 2), havia transcorrido pouco mais de nove meses, prazo deveras exíguo para se considerar escoado qualquer prazo prescricional ou decadencial do Código Civil e aplicáveis à espécie.

Ao depois, também na origem é que se irá ver se outro fato obstativo da anulação ocorreu, como o reconhecimento da filiação socioafetiva, mas tal depende necessariamente da instrução probatória.

Ante tais fundamentos, conhece-se do apelo e dá-se provimento para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa, bem assim as demais suscitadas nas razões e contra-razões de apelação, cassando-se a sentença e autorizando o prosseguimento do feito no juízo *a quo*.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL (REVISOR) - De acordo.

DRA. WALDA MARIA MELO PIERRO - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70011878899, Comarca de Gravataí: "DERAM PROVIMENTO PARA CASSAR A SENTENÇA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ROSANA BROGLIO GARBIN

DOCUMENTO 4

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 1. A ação de investigação de paternidade busca a definição da relação jurídica de filiação a partir do liame biológico. 2. Não se cogita de paternidade socioafetiva quando o autor era apenas 'irmão de criação' do falecido, e não seu filho. 3. Se o *de cujus* pretendesse reconhecer o investigante como filho certamente teria promovido sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, o que não fez. 4. Não comprovada a paternidade, inexiste direito de herança. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL	**SÉTIMA CÂMARA CÍVEL**
Nº 70 013 884 457	**PALMEIRA DAS MISSÕES**
J.J.F.	**APELANTE**
S.P.M.F. P.S.S. N.F.O..	**APELADO**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, negar provimento ao recurso.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E REVISORA) E DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS**.

Porto Alegre, 26 de abril de 2006.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES,
Presidente e Relator.

R E L A T Ó R I O

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (PRESIDENTE E RELATOR)

Trata-se da irresignação de JUAREZ J. F. com a r. sentença que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, ajuizada pelo recorrente contra a SUCESSÃO DE PROTÁSIO M. F., representada por CARLOS N. F. E OUTROS, condenando-o ao pagamento dos ônus sucumbenciais, ficando suspensa a exigibilidade na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50, por litigar a parte sob o amparo do benefício da assistência judiciária gratuita.

Sustenta o recorrente ter ficado comprovada a paternidade socioafetiva diante das provas coligidas. Relata que manteve uma relação paterno-filial com o **de cujus** desde os dois anos de idade, isto é, por mais de trinta anos de convivência, tendo recebido, inclusive, o seu patronímico. Aponta para a certidão de nascimento como prova insofismável da vontade das partes de formação de vínculo de parentesco. Destaca a escritura de compra e venda de imóvel, onde o falecido é qualificado como seu pai, e a prova oral produzida, que também indica a paternidade socioafetiva, sendo que o **de cujus** apresentava-o como filho perante a sociedade e prestava-lhe cuidados e ajuda financeira. Argumenta que deve ser reconhecida a posse de estado de filho e desconsiderado o teste de DNA, na medida em que a pretensão

foge da questão genética e biológica, fundando-se no envolvimento fático das partes. Colaciona doutrina e jurisprudência. Pede a reforma da sentença.

Os apelados afirmam o acerto da decisão. Alegam não ter ficado configurada a paternidade socioafetiva, sendo que as provas coligidas aos autos desautorizam a procedência da demanda. Relatam, ainda, não ter havido reconhecimento voluntário da paternidade por parte do falecido. De igual modo, entendem totalmente descabido o pretendido direito de herança. Salientam que, ao contrário do que pretende fazer crer o apelante, o conjunto probatório está a embasar a decisão hostilizada. Pedem o desprovimento do recurso.

Com vista dos autos, lança parecer a douta Procuradoria de Justiça opinando pelo conhecimento e desprovimento da irresignação.

Considerando que esta Câmara adotou o sistema informatizado, friso que foi cumprido o disposto no artigo 551, § 2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

V O T O S

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES (PRESIDENTE E RELATOR)

Estou confirmando a sentença recorrida.

Pretende o recorrente seja reconhecida a paternidade socioafetiva que alega ter mantido com o **de cujus**, referindo que era tratado por ele como sendo seu verdadeiro filho.

No entanto, é preciso ter em mira que a ação de investigação de paternidade enseja o reconhecimento forçado do estado de filiação e, sendo assim, busca-se a definição da relação jurídica de filiação a partir da demonstração do liame biológico.

A paternidade socioafetiva, que é reconhecida no ordenamento jurídico pátrio, tem como pressuposto, em regra, a existência do vínculo registral, além da existência do liame social e afetivo, ainda que não exista a relação biológica.

Mas não é isso o que ocorre no caso em exame, sendo imprescindível desenvolver um mais acurado exame em relação à matéria, dada a complexidade do tema trazido.

Com efeito, imperioso examinar a questão proposta dentro do sistema jurídico, cumprindo lembrar que sistema jurídico é um conjunto ordenado de princípios e regras decorrentes dos institutos que o compõem e que se sustentam e se explicam reciprocamente, a partir dos valores e princípios cultuados pela sociedade.

Ou seja, é importante compreender bem a função do sistema, que não é outra senão a de promover a unidade interior da ordem jurídica, isto é traduzir e promover, nos seus institutos, a adequação dos valores e dos princípios fundamentais.

Com essa visão, destaco que o nosso sistema jurídico parte de alguns princípios, como o da monogamia, o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade social, o da igualdade jurídica entre homens e mulheres, o da igualdade dos filhos, e destaco, também, que está consolidada na Carta Magna a prevalência do casamento como instituto fundamental do Direito de Família.

Portanto, considerando que a relação de paternidade e filiação é complexa, deve ser focalizada, primeiramente, sob o prisma das relações de parentesco. Ou seja, que o casamento é o instituto central do Direito de Família e dele resultam duas ordens de relação, que são: a conjugal e a de parentesco. Daí a presunção de que os filhos havidos durante a relação conjugal sejam do marido, sendo essa presunção hoje relativa.

Assim, define-se o parentesco consangüíneo como sendo o vínculo existente entre pessoas que provém de um mesmo tronco ancestral comum e pode ser em linha reta ou colateral. Esse vínculo biológico é focalizado a partir da idéia de filiação e independe, a rigor, da existência de um casamento ou de uma união estável, não sendo necessário mais do que um mero relacionamento sexual, ou nem isso, já que pode haver a fecundação **in vitro,** para gerar também a cadeia do parentesco em linha reta (e portanto, do vínculo tido como de consangüinidade)...

Fiz referência ao casamento, como fonte geradora das relações de família, pois o sistema parental sempre foi estruturado a partir do casamento civil. Tanto isso é verdadeiro que o parentesco era dividido doutrinária e legalmente, até a edição da Constituição Federal de 1988, em legítimo, ilegítimo e civil, cuidando das relações decorrentes do casamento (família legítima e aí se incluíam os filhos legitimados), das uniões livres (família ilegítima,

que gerava filhos naturais ou adulterinos) e da adoção (gerando o filho adotivo), respectivamente.

Essa distinção é hoje meramente histórica, pois os filhos são todos iguais perante a lei, sejam legítimos, naturais, espúrios ou adotivos (art. 227, § 6º, do CFB), sendo vedada, aliás, qualquer designação discriminatória.

Portanto, não se utiliza mais, nem no plano doutrinário, tais referências, já que a Constituição Federal de 1988 trouxe a regra de ouro da filiação ao dispor no seu art. 227, § 6º, que:

"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".

Essa regra contém, em si, tanto o princípio da igualdade jurídica entre as pessoas como o da dignidade da pessoa humana e também o da paternidade responsável, e consagrou a chamada "Lei do Arizona", pela qual, segundo ORLANDO GOMES, "todo o filho é legítimo para o seu pai".

Assim, sob o prisma doutrinário, os filhos são hoje classificados apenas como (a) reconhecidos e (b) não reconhecidos.

De rememorar, por oportuno, que a Lei nº 7.841/89, vinda sob os influxos da nova Carta Magna, teve o propósito de revogar o art. 358 do antigo Código Civil, afastando definitivamente a regra draconiana e que continha profunda discriminação, e tornou possível, então, o reconhecimento de filhos espúrios, tanto os adulterinos como também os incestuosos.

Reconhecimento é, pois, o ato de declaração de filiação, estabelecendo juridicamente as relações de parentesco com os pais e respectivas famílias.

É um ato personalíssimo e irrevogável, que pode ser feito tanto através do registro no próprio Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, como através de escritura pública ou escrito particular arquivado no Cartório, ou através de disposição testamentária ou, ainda, perante a autoridade judicial (art. 1.609, NCCB).

Hoje, no sistema jurídico pátrio, todos os filhos podem – e devem – ser reconhecidos pelos seus genitores, isto é, pelo pai e pela mãe, qualquer que seja a natureza do

relacionamento jurídico entretido por ambos e independentemente do estado civil que ostentarem.

No entanto, não há necessidade de reconhecimento quando a filiação decorrer do casamento, bastando nesse caso, que o registro de nascimento do filho seja feito pelo pai ou pela mãe, ou por ambos. O comparecimento do par ao Cartório do Registro Civil, nesse caso, não é necessário.

O legislador privilegia ainda o casamento civil e a lei dá como presumida a paternidade nas seguintes hipóteses, que estão elencadas **numerus clausus** no art. 1.597 do Código Civil, ou seja:

a) se o filho nascer em 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal,

b) se o filho nasceu dentro dos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

c) havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

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

e) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Vê-se, pois, que o legislador avançou um pouco, em relação ao ordenamento civil anterior, fazendo incursão em temática atinente à bioética.

Ainda que de forma tímida, o Direito hoje reconhece fatos decorrentes da biotecnologia, admitindo também como filiação decorrente do casamento, também aquelas que resultam (a) da fecundação artificial homóloga mesmo após a morte do marido e de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga, ou seja, ambas independem da vontade do marido, e, ainda, a inseminação artificial heteróloga que tenha contado com a prévia autorização do marido, isto é, há vínculo de filiação mesmo sem o nexo biológico.

Nesse ponto, aliás, o legislador privilegia a vontade de ser pai como determinante do fato social da paternidade, ou seja, privilegia a paternidade socioafetiva.

Assim, o reconhecimento de filho pode ser (a) voluntário, isto é de forma espontânea, ou (b) judicial, que é chamado de reconhecimento forçado.

É considerado voluntário o reconhecimento quando o pai e a mãe, conjunta ou sucessivamente, revelam de forma espontânea o vínculo de parentesco perante o Oficial de Registro Civil competente ou então, como já foi dito, um deles o faz através de escritura pública ou escrito particular, através de testamento ou perante a autoridade judicial, para ulterior averbação.

E mais: reza o art. 26, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente que "o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes".

Quando a paternidade não é reconhecida voluntariamente, surge a hipótese do reconhecimento forçado, pois a relação de filiação é sempre passível de reconhecimento judicial, e resulta de ação intentada pelo filho reclamando a declaração do seu **status familiae**, consoante prevê o art. 1.606 do Novo Código Civil.

Como se infere, o direito trabalha com a verdade jurídica, que decorre da existência de um vínculo registral ou resulta no estabelecimento formal do registro. Esse registro deve espelhar a verdade biológica, mas nem sempre isso ocorre.

Os pais registram os filhos por acreditarem nessa relação biológica, ou por desejarem tal relação ou, ainda, por assumirem o vínculo, mesmo que sabedores da

inexistência do liame de consangüinidade. E pode o pai também ser indicado no registro pela mãe, caso sejam casados. E, nesse caso, há, ainda, a presunção de paternidade.

Em todas essas situações está plasmada a relação de filiação jurídica e que não depende, necessariamente, da verificação do vínculo biológico.

O certo, pois, é que a paternidade é um fato social, que o legislador constituinte estabeleceu o princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, e o filho adotivo é tratado de forma rigorosamente igual ao filho consangüíneo.

De forma ampla, a lei estabelece também que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se o erro ou falsidade do registro" (art. 1.604 do NCCB e art. 348, CC/1916). Ou seja, o legislador aponta a verdade registral como sendo preponderante e que a sua alteração deve decorrer, necessariamente, de erro ou de falsidade no registro.

Ora, a referência a erro e à falsidade do registro suscita, necessariamente, o questionamento acerca do que seja verdade e erro - ou falsidade - em relação à declaração de paternidade.

Peço vênia para lembrar algumas considerações que fiz acerca do que seja paternidade, quando lancei voto divergente, no recente julgamento da apelação cível nº 70006421416, que foi relatada apelo eminente DESEMBARGADOR TEIXEIRA GIORGIS, **in verbis:**

> *"Para tanto, peço vênia aos eminentes Colegas, a fim de fazer uma reflexão um pouco mais alongada acerca da questão das relações de filiação e paternidade, do casamento, da irrevogabilidade do registro e da imprescritibilidade de que trata o art. 1.601 do Código Civil vigente. Reconheço, pois, que o tema é espinhoso e a matéria complexa.*
>
> *"É preciso reconhecer que já não goza do mesmo prestígio de outrora o princípio **pater is est,** e isso pelo fato singelo de que a paternidade deve ser - e já está sendo – repensada, pois hoje há possibilidade inequívoca de se conhecer a existência ou não do vínculo biológico. A existência ou não da relação de consangüinidade já não é mais uma incerteza, cuja determinação somente poderia decorrer de presunções e indícios...*

"Houve tempo, aliás, em que se dizia que a maternidade era sempre uma certeza e a paternidade apenas uma hipótese. Hoje, nem uma coisa nem outra. Nem a paternidade é sempre incerta, nem a maternidade é sempre certa.

"Quanto à determinação da maternidade, destaco esta já não é uma tarefa tão simples, pois podem existir alguns complicadores, como, para exemplificar, a ocorrência de barriga de aluguel e até de uma possível clonagem...

"A questão alvo deste julgamento versa, porém, sobre a paternidade. E, em regra, esta relação decorre, singelamente, da geração, mas o vínculo jurídico de paternidade constitui, antes de tudo, um fato social e, por ser um fato social que gera seqüelas jurídicas, é que constitui também num fato jurídico.

"Penso que o nascimento de alguém, como fato jurídico e social, deve ser visto sob três prismas: (a) o fato da geração, (b) o nascimento e a inserção da pessoa na vida social, através de uma família, e (c) a responsabilidade moral e social de alguém para com essa pessoa.

"O nascimento de alguém gera uma cadeia de responsabilidades que se interpenetra, ou seja, de quem gerou, isto é, do pai, da mãe, da família na qual essa pessoa foi gerada e, também, da própria sociedade no seio da qual a família está inserida.

"Pois bem. O primeiro questionamento acerca da responsabilidade para com a pessoa que nasceu, é feito em relação a quem o gerou. Isto é, busca-se a responsabilidade causal da geração.

"Depois, ou ainda simultaneamente, cuida-se do dever de solidariedade do grupo familiar, no sentido de que esta criança seja amparada moral, material e afetivamente. Sendo inexistente ou deficiente este grupo familiar, resta a responsabilidade estatal, tratando de inserir o infante numa família substituta.

"Ao lado da responsabilidade causal da geração, e mais importante do que este, ganhando relevância para o direito, está a questão do amparo que é dado à criança. Ou seja, a forma pela qual ela é inserida na sociedade.

"Cumpre, pois, focalizar e valorizar os vínculos que se estabelecem na inserção social da criança na vida social.

"Claro que os vínculos pessoais e sociais devem decorrer naturalmente de liames consangüíneos, pois a geração decorre do relacionamento havido entre os genitores.

"Ainda que a maternidade e a paternidade resultem naturalmente do fato da geração, e que tal papel deva ser assumido primordialmente por eles, forçoso convir que a paternidade e a maternidade são também, no plano

social, mais do que a resultante da geração, constituindo funções relevantes que podem ser exercidas por outras pessoas além dos genitores.

Assim, os atos de amparar a criança, proceder o seu registro civil, de criar e de educar, constituem funções parentais que podem ser assumidas por outras pessoas, as quais passam então a exercer as funções de pai e mãe. E, assim, estabelecem os liames jurídicos inerentes a essa função desempenhada.

"A propósito, observo que o Código Civil, tanto o antigo como o novo, e também a Carta Magna, dão ênfase para a família, como alvo da proteção do Estado, pois ela é o ambiente próprio para a geração e também o ambiente onde a pessoa deve ser criada e educada, devendo ter atendidas as suas necessidades materiais, afetivas e morais, sendo preparada para a vida em sociedade.

"A inserção da pessoa na vida social deve se dar a partir da família. E, enfim, é essa a principal razão pela qual a família é merecedora da especial proteção do Estado.

"Como a família deve começar com o casamento ou com uma união estável, a partir de uma concepção ideal de sociedade, na ótica do legislador, tais institutos são alvo de ampla proteção e regidos por normas especiais.

"Claro que não se pode olvidar que a geração, enquanto fato biológico, é mera decorrência de uma relação de sexo. Ou, ainda, já que se vive um momento de profunda evolução tecnológica, onde a geração pode se dar na proveta ou, até, mediante clonagem, sequer o envolvimento sexual é indispensável...

"Mas não é a partir de situações de exceção que se deve procurar a devida compreensão para o fenômeno biológico, social e jurídico que decorre da geração de uma criança, do seu nascimento com vida e, enfim, da inserção dessa pessoa na sociedade.

"A geração, vista enquanto fato meramente biológico, é decorrente de uma relação sexual desprovida de compromisso, e a pessoa gerada não tem necessariamente uma definição do seu estado de filiação.

"A definição da relação de paternidade pode ser buscada através de uma ação de investigação de paternidade, que é imprescritível. Através dessa ação, a pessoa pode buscar o seu reconhecimento forçado, pois tem direito de desfrutar de um ***status*** *familiar. Nesse caso, a definição da paternidade é decorrência do chamamento de alguém a assumir perante o Estado e a sociedade a sua responsabilidade causal decorrente da geração.*

"Como se vê, a declaração da existência de vínculo biológico, constitui um critério importantíssimo de determinação da paternidade. É, aliás, o primeiro critério, que é natural.

"Mas é preciso convir que o vínculo biológico pode não existir e, mesmo assim, haver relação de paternidade, cuja validade e juridicidade são inquestionáveis, e está bem disciplinado no ordenamento jurídico.

"É o que ocorre, por exemplo, na adoção, quando 'alguém aceita um estranho na qualidade de filho', na expressão precisa de CLÓVIS BEVILÁQUA. E essa paternidade sem vínculo biológico também ocorre na inseminação artificial heteróloga, que está prevista expressamente no art. 1.597, inc. V, do NCCB.

"A paternidade pode resultar, também, do fato social, que é a posse do estado de filho, resultante da relação socioafetiva, consoante orientação jurisprudencial indissonante neste Tribunal de Justiça, e que já conta com respaldo inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

"E, ainda, é de lembrar que a jurisprudência pátria já vem consagrando a chamada 'adoção à brasileira', que é o registro puro e simples feito por um casal, que artificiosamente declara a paternidade no registro civil, mesmo sendo sabedor da inexistência do liame de consangüinidade.

"Pode ser lembrada, ainda, a hipótese de ação de investigação de paternidade que tenha sido julgada procedente, estabelecendo o vínculo parental, sem que tenha havido exame de DNA. Decorridos dois anos da sentença, isto é, fluído o prazo para eventual ação rescisória, mesmo que venha a se comprovar a inexistência do vínculo de consangüinidade, ainda assim essa relação jurídica de paternidade restará imutável, coberta pelo manto da coisa julgada.

"Ou seja, mesmo que não tenha havido envolvimento socioafetivo, mesmo que não exista vínculo biológico, haverá a parentalidade como um vínculo jurídico.

*"**É forçoso convir, assim, que não é apenas a paternidade decorrente do vínculo biológico é que justifica a inserção da relação parental no mundo jurídico, a qual se dá mediante o registro civil**.*

"Com esse enfoque, é conveniente lembrar que o art. 227, § 6º, da CFB dispõe que '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'.

"É possível constatar, pois, que a nova Constituição foi extremamente pródiga no trato da filiação, sedimentando importantes princípios, que são o da paternidade responsável e o da igualdade jurídica dos filhos.

"Os pais devem registrar seus filhos e o vínculo jurídico entre ambos se estabelece voluntariamente tanto no ato de declaração de filiação feito pelo marido da mãe, como também pelo reconhecimento resultante da declaração de uma pessoa de que é pai de outra, perante o oficial do Registro Civil (ou, ainda perante o Tabelião ou em testamento). O registro civil estabelece

juridicamente as relações de parentesco do filho com o pai e a mãe, e com as respectivas famílias".

Posto isso, observo que a declaração de filiação, feita pelas pessoas casadas ou não, produz importantíssimos efeitos jurídicos, a saber:

a) estabelece o vínculo de parentesco;
b) sujeita o filho menor ao poder familiar;
c) estabelece a obrigação alimentar;
d) define a capacidade sucessória; e
e) assegura o uso dos apelidos de família.

A grande questão que hoje cerca o tema sobre filiação é a referente à paternidade socioafetiva, tema sobre o qual imperioso tecer algumas considerações, que me parecem pertinentes.

É que a verdade, em matéria de paternidade, está longe de ser absoluta e não se prende a critério único, ou seja, além do vínculo biológico, além do vínculo registral, existem os vínculos social e afetivo.

Como lembra JAQUELINE NOGUEIRA (**in** "A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico", pág. 85), "o vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo e este é um vínculo que se cria e não que se determina".

Destaca, ainda, a ilustre jurista que a noção da posse do estado de filho ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, que "não se funda com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade".

E conclui, de forma objetiva, "que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente da criança se sentir segura e desejada".

Como destaquei, a relação de paternidade e filiação pode decorrer dos liames genético, registral, social e afetivo. O ideal é que estes vínculos coincidam. Quando não coincidirem as pessoas que mantém vínculos biológico e registral com determinada criança e

sobrevier situação de conflito, o vínculo que prevalecerá será sempre aquele que estiver agregado ao liame socioafetivo.

Assim, o vínculo biológico perde relevância para o registral, quando este está agregado ao envolvimento social e afetivo. E, também, o vínculo registral perde significado quando ausentes os componentes social e afetivo, pois a chamada paternidade socioafetiva tem sua justificativa jurídica na situação da posse do estado de filho. E essa questão relativa à posse de estado está a merecer rápida digressão.

Segundo o jurista português EDUARDO SANTOS (**in** "Direito da Família"), "estado de uma pessoa é o que determina a medida dos poderes e deveres jurídicos de que elas são suscetíveis", ou seja, "é um conjunto de qualidades da pessoa que a lei tem em conta para lhe atribuir um certo número de direitos e obrigações". E o estado de família "é a posição que o indivíduo ocupa na família ou no grupo familiar".

Segundo o precitado jurista, o estado de família é pessoal, intransmissível, indisponível, sujeitando-se a normas de interesse e ordem pública, é universal e indivisível (isto é, ninguém pode ter dois estados diferentes simultaneamente, por exemplo, ser solteiro e casado, ter dois pais ou duas mães, nem ter um estado familiar perante umas pessoas e diverso estado perante outras), reclama correspectividade ou reciprocidade (irmãos entre si, pais e filhos, marido e mulher), estabilidade (caráter duradouro), oponibilidade (tem validade **erga omnes**), imprescritibilidade e suscetibilidade de posse.

Essa suscetibilidade de posse é, segundo ALEX WEILL (apud EDUARDO SANTOS, op. cit., pág. 83) "é o exercício de fato de prerrogativas de um direito, independentemente de se saber se se é ou não titular deste direito". E os elementos característicos da posse de estado são o nome (**nomen**), o tratamento (**tractatus**) e a reputação (**fama**).

Assim, na filiação socioafetiva estão presentes, precisamente, esses três elementos que tratam da posse de estado e, por essa razão, podem perfeitamente ensejar o seu ingresso regular no mundo do direito.

Como afirma, aliás, JULIE CRISTINE DELINSKI, "assim como a posse conduz à propriedade, a posse de estado conduz a um estado".

E, a propósito, ainda, vale lembrar a lição de ORLANDO GOMES quando pondera que "a admissibilidade da posse dos direitos pessoais é defendida como corolário natural e lógico do princípio segundo o qual a posse é o exercício de um direito" e essa linha de entendimento "não pode ser recusada nos sistemas legislativos que se inspiram na doutrina de Ihering", embora Savigni defenda "a posse como o poder físico sobre a coisa".

De qualquer sorte, tenho que o efetivo exercício da posse de estado de filho conduz à indelével confirmação desse estado de família, que, como estado de família, tende à estabilidade e à universalidade. Mas é preciso que esse estado de família esteja definido como inserção definitiva de alguém na vida social, o que inocorre na espécie.

No caso **sub judice**, aliás, chama a atenção a existência de uma ação trabalhista promovida pelo recorrente contra o suposto pai, quando então narrava, àquela época, que este o teria explorado "sob o domínio escravista" e postulava o reconhecimento de vínculo empregatício desde os seus 12 anos de idade.

Ora, como bem apontado pelo digno MAGISTRADO ALEXANDRE TREGNAGO PANICHI (fls. 508/510), a existência da reclamatória trabalhista desautoriza, por si só, a procedência da demanda, ainda mais quando há notícia de que ambos, investigado e investigante, confrontaram-se judicialmente, sendo inexitosa a conciliação – o que permite inferir até mesmo certo grau de animosidade entre eles.

Ora, em sendo a filiação socioafetiva caracterizada pelo estreito laço de amor e respeito que une indivíduos que não possuem laços de sangue, ou seja, que não possuem parentesco sangüíneo, não se há falar na hipótese em relação parental!

Segundo informações trazidas aos autos pelo autor, houve naquela reclamatória trabalhista o reconhecimento de vínculo afetivo por parte de PROTÁSIO, o que ensejou no desacolhimento do pleito.

No entanto, a tese esgrimida pelo autor é desabonada em suas próprias razões recursais, quando cita a contestação ofertada por PROTÁSIO no âmbito da Justiça do Trabalho (fl. 547), onde resta inequívoco que o recorrente foi criado como 'irmão' deste, e não como seu filho.

Com efeito, a prova dos autos está a apontar a possibilidade de um vínculo afetivo entre o apelante e o genitor dos apelados, JOSINO, e a esposa deste, AIDA, ambos já falecidos.

Neste sentido as declarações dos apelados, irmãos e herdeiros do falecido PROTÁSIO...

CÉLIA (fl. 443) afirma que "PROTÁSIO nunca disse ser pai de JUAREZ", sendo este seu irmão de criação.

CELI (fl. 443v.) declara que o autor chamava de pai a JOSINO, pai da depoente e de PROTÁSIO, e que quando se dirigia a este não o chamava de pai nem de irmão.

ODILON (fl. 444) também refere que o autor era criado por seu pai JOSINO e sua madrasta AIDA e diz que "JUAREZ se dirigia a JOSINO como pai" e nunca chamou PROTÁSIO de pai. Declara que o falecido e o autor foram criados como irmãos e que o patronímico do recorrente foi dado por JOSINO, "o qual deu o sobrenome ao autor, mas não se registrou como pai do mesmo".

FLORACI (fl. 444v.) afirma em juízo que JOSINO não tratava o autor como filho, mas que este se dirigia àquele como pai. Refere que o recorrente chamava AIDA de mãe e que nunca se reportou a PROTÁSIO como pai. Por fim, declara que foi o seu genitor, JOSINO, quem deu o patronímico a JUAREZ e aduz que PROTÁSIO nunca disse ser pai do apelante ou ter intenção de registrá-lo como tal.

CARLOS (fl. 445), em seu depoimento, declara que JOSINO e AIDA criaram o recorrente e chamavam-no de filho, sendo que este chamava àqueles de pai e mãe. Diz que o autor foi criado como irmão de PROTÁSIO e dos apelados e que o falecido "nunca referiu ser pai do autor ou ter interesse em registrá-lo como seu filho ou adotá-lo".

As testemunhas inquiridas também desautorizam o reconhecimento da paternidade.

ELY (fl. 448) declara não saber quem é o pai do autor, informando que moravam todos juntos na mesma casa e que "nunca viu JUAREZ chamar nenhum dos homens daquela localidade de pai", embora saiba que ele chamava AIDA de mãe, por ter sido ela quem o criou.

MANOEL (fl. 449) afirma que JOSINO e AIDA criaram o apelante como filho, chamando-o de filho, sendo que JUAREZ também se referia a eles como pai e mãe e aos apelados como irmãos. Declara que "o autor nunca chamou PROTÁSIO de pai somente de irmão".

LAURINDO (fl. 450) também refere que o apelante era considerado irmão do **de cujus**, e não seu filho. Afirma que JOSINO e AIDA "pegaram o autor para criar".

E também neste sentido, APARÍCIO (fl. 458v.) declara que PROTÁSIO nunca comentou ser o pai biológico ou de criação do recorrente, desmentindo o testemunho de SÉRGIO (fl. 447), que roborava a tese esgrimida pelo investigante.

Extrai-se do feito, portanto, que o recorrente conviveu com PROTÁSIO ao longo de aproximadamente 36 anos na condição de irmão de criação, e não de filho!

E é o próprio autor quem refere em juízo que o **de cujus** "nunca mencionou ser o pai biológico" e "nunca disse que iria adotar o depoente ou registrar em sua certidão de nascimento seu nome como pai" (depoimento pessoal do autor, fl. 442).

Registre-se, ainda, que tanto CELI (fl. 443v.), como ODILON (fl. 444) e CARLOS (fl. 445), afirmam que o apelante nunca morou com o **de cujus**. E FLORACI (fl. 444v.) declara que o autor seguiu morando com AIDA mesmo depois que JOSINO faleceu. Tais declarações também refutam a tese do autor de que teria convivido com PROTÁSIO na cidade, após o falecimento de JOSINO.

De outra banda, tenho que não há nos autos qualquer documento a evidenciar que PROTÁSIO reconhecia o autor como sendo seu filho, sendo que os registros imobiliários acostados a fls. 13/14 não são suficientes para caracterizar a relação afetiva narrada.

Como corretamente posto na sentença (fl. 508), trata-se de mera escritura de compra e venda, onde "a participação de PROTÁSIO foi no sentido de dar validade ao ato, tendo em vista que na época o autor era absolutamente incapaz, dependendo de representação de um responsável para validade do ato, o que foi feito por PROTÁSIO com este intuito e não com o de reconhecer a paternidade".

E caso o **de cujus** pretendesse reconhecer JUAREZ como seu filho certamente teria feito o reconhecimento perante o registro civil ou, então, lavrado algum instrumento público neste sentido, mas isso jamais foi feito.

Ora, para que pudesse ocorrer, no caso em exame, a posse do estado de filho, deveriam estar presentes os três elementos clássicos antes referidos e que, como explica LUCIANO ANDRÉ LOSEKANN (**in** "Paternidade: elo biológico ou afetivo?"), são a **nominatio**, caracterizada pela utilização do mesmo patronímico que o suposto pai; a **tractatio**, que vem a ser a demonstração de afeto que o postulante nutre ou nutria pelo apontado pai; e a **reputatio**, representada pela notoriedade social da situação sócio-afetiva.

E como dito, inexiste nos autos qualquer elemento de convicção capaz de ensejar o reconhecimento de uma paternidade socioafetiva... E, não sendo reconhecida a paternidade, não se pode cogitar de direito de herança.

ISTO POSTO, nego provimento ao recurso.

DESA. MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTE E REVISORA) - De acordo.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - De acordo.

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70013884457, Comarca de Palmeira das Missões:

"NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ALEXANDRE TREGNAGO PANICHI

DOCUMENTO 5

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPORTAGEM JORNALÍSTICA. ASSOCIAÇÃO DE FOTO DE RECÉM PARTURIENTE DE TRIGÊMEOS UNIVITELINOS À REPORTAGEM DE PROBLEMAS COM A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PROVA. PRESCINDIBILIDADE. DANO *IN RE IPSA*. VERBA INDENIZATÓRIA MANTIDA. PRECEDENTE DA CÂMARA.

"A imagem foi utilizada sem o consentimento da autora e em matéria que nada lhe dizia respeito, configurando-se o agir ilícito, pois ofendido o direito à personalidade, e à intimidade. O prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular". Na hipótese o dano moral se mostra mais evidente, já que se fez pensar que a autora tivesse utilizado o método de inseminação artificial e que suas filhas trigêmeas, há pouco nascidas, tivessem padecido dos problemas relatados.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.
APELAÇÃO IMPROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL NONA CÂMARA CÍVEL

Nº 70014377725 COMARCA DE PORTO ALEGRE

EMPRESA JORNALISTICA P LTDA APELANTE

RFS APELADO

ZCS APELADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, **em negar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES.ª MARILENE BONZANINI BERNARDI E DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY**.

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2006.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA,
Relator.

R E L A T Ó R I O

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)

Adoto o relatório da sentença de fls. 128/146.

Trata-se de tempestivo e preparado recurso de apelação (fl. 149/168), interposto pelo réu, **EMPRESA JORNALÍSTICA P LTDA,** inconformado com a decisão que julgou procedente a demanda indenizatória por danos morais – publicação de fotografia da autora, recém parturiente de trigêmeos, associada à reportagem sobre erro de fertilização – , demanda ajuizada pelo casal **RFS e ZCS.**

Sustenta a apelante que a matéria veiculada à fl. 16 não fez referência ao nome da autora ou dos trigêmeos. Aduz que a foto publicada teve apenas caráter ilustrativo da reportagem de cunho científico, que versava sobre fertilização em laboratório, acrescentando que a publicação não tinha interesse econômico. Rebela-se, também, quanto ao valor da indenização fixado, por entendê-lo abusivo e desproporcional ao dano causado.

Contra-razões às fls. 171-176.

Inocorrendo na espécie as hipóteses previstas no art. 82, do Código de Processo Civil, deixou de opinar a douta Procuradoria de Justiça.

É o relatório.

V O T O S

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA (RELATOR)

Em data próxima a 3-7-2002, a autora, ora apelada, deu à luz a trigêmeos univitelinos – probabilidade de 1 / 7000 partos -, sendo objeto da reportagem acostada à fl. 15, onde abordada a questão da fertilização artificial, com a publicação de sua foto visitando na UTI natal os bebês.

Mais tarde, em 22 de julho de 2002, a mesma fotografia (fl. 16) foi utilizada para ilustrar reportagem sobre fertilização *in vitro* e suas conseqüências, quando mal aplicada; *in casu*, quando um casal de pessoas da cor branca teve um filho negro, em razão de provável erro no procedimento de fecundação laboratorial.

A questão a ser decidida está centrada na associação da foto da autora – recém parturiente de trigêmeos – ao conteúdo da reportagem que, como já dito, versava sobre erro de fertilização, com nascimento de crianças com características totalmente diversas dos pais.

A matéria, conforme noticiado na sentença, tem precedente semelhante nesta Colenda Câmara, da lavra da em. Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, conforme ementa que segue:

> **DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM JORNAL SEM O CONSENTIMENTO DA RETRATADA. VALOR DA INDENIZAÇÃO.**
> 1. Caso concreto: A autora cedeu a sua imagem de quando se encontrava grávida, para a produção de uma reportagem sobre o dia das mães. Tempos depois, vê a sua foto publicada no jornal, ocupando meia página, ilustrando matéria alusiva à inseminação artificial.
>
> A imagem foi utilizada sem o consentimento da autora e em matéria que nada lhe dizia respeito, configurando-se o agir ilícito, pois ofendido o direito à personalidade, à intimidade. O prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só ai já esta o dano moral. Na hipótese o dano moral se mostra mais evidente, já que se fez pensar que a autora tivesse se submetido à inseminação artificial e que seu filho, há pouco nascido, tenha sido fruto desta. Nada contra este método de inseminação, ao revés, é um grande mérito da ciência e uma grande felicidade para quem nele pode ver um sonho realizado, mas mesmo quem dele se utiliza, no mais das vezes, opta pelo sigilo, para evitar especulações, comentários e até, quiçá, discriminação.

> 2. O valor arbitrado na indenização por danos morais deve atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. E, portanto, deve ser observada a capacidade econômica do atingido, mas também dos ofensores, de molde a que não haja enriquecimento injustificado, mas que também não lastreie indenização que não atinja o caráter pedagógico a que se propõe. Hipótese em que a fixação da indenização em valor equivalente a 100 salários mínimos satisfará o caráter expiatório e reparatório.
>
> (AC N° 70006814974, TJRS, 9ª CÂM. CÍV., J. EM 25 DE AGOSTO DE 2004, RELª. DESª. MARILENE BONZANINI BERNARDI)

Peço vênia para transcrever excertos do voto que se aplicam ao caso *sub judice:*

> *“* Inafastável, ao meu sentir, o dever de indenizar, porquanto presentes todos os pressupostos exigidos para tanto.
>
> A imagem foi utilizada sem o consentimento da autora e em matéria que nada lhe dizia respeito, configurando-se o agir ilícito, pois ofendido o direito a personalidade, à intimidade. O prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só ai já esta o dano moral”.

Na hipótese o dano moral se mostra evidente, já que associou a imagem da autora e recém mãe aos problemas da fertilização *in vitro,* tais como (fl. 16) “*o espermatozóide errado pode ter sido usado para fertilizar o embrião certo; o espermatozóide certo pode ter sido usado para fertilizar o óvulo errado; ou o embrião implantado era de outro casal”.*

E segue a relatora:

> *“(...) Nada contra este método de inseminação, ao revés, é um grande mérito da ciência e uma grande felicidade para quem nele pode ver um sonho realizado, mas mesmo quem dele se utiliza, no mais das vezes, opta pelo sigilo, para evitar especulações, comentários e até, quiçá, discriminação.*

Em caso análogo, já decidiu esta Corte:

> *DANO MORAL. MODELO FOTOGRÁFICO. PUBLICAÇÃO DE FOTO, COM SEIOS DESNUDOS, PARA CAMPANHA EDUCATIVA, PORÉM SEM AUTORIZAÇÃO. PROMOVIDA, PELA DEMANDADA, A PUBLICAÇÃO DE FOTO DA AUTORA, MANEQUIM, PARA FINS DE ILUSTRAÇÃO DE CAMPANHA EDUCATIVA DE COMBATE AO CÂNCER, FERIRAM-SE OS DIREITOS SEUS DE PROTEÇÃO A PRÓPRIA IMAGEM, GERANDO DIREITO À INDENIZACAO DE DANOS*

MORAIS. AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO DA AUTORA PROVIDA EM PARTE, DESPROVIDO O DA DEMANDADA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 596195792, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RAMON GEORG VON BERG, JULGADO EM 30/10/1996).

Assim, mantendo a sentença atacada, passo ao exame da indenização fixada a título de dano moral.

O dano moral, como prática atentatória aos direitos da personalidade, traduz-se num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar-lhe alterações psíquicas ou prejuízos à parte social, afetiva, de seu patrimônio moral, conforme bem delineado por **SERGIO CAVALIERI FILHO**, ***in*** "Programa de Responsabilidade Civil", 2ª edição, Ed. Malheiros, pág. 78, estabelece ***verbis:***

> ***(...) Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar".***

No caso concreto, a vinculação da foto da autora, recém parturiente, à reportagem abordando problemas com a fertilização artifical é ato causador de sofrimento que, fugindo à normalidade do cotidiano, produz desequilíbrio no bem estar da demandante, circunstância ensejadora do ressarcimento a título de danos morais.

Em tais condições, face à natureza do dano, torna-se a meu ver difícil, senão mesmo impossível, sua prova, razão pela qual filio-me à corrente que o considera *in re ipsa*, dispensada sua demonstração em juízo.

SERGIO CAVALIERI FILHO, *in "Programa de Responsabilidade Civil",* 5ª edição, Editora Malheiros, p. 101, ao examinar o tema refere, *verbis:*

> *" Essa é outra questão que enseja alguma polêmica nas ações de indenização. Como, em regra, não se presume o dano, há decisões no sentido de desacolher a pretensão indenizatória por falte de prova do dano moral.*
>
> *Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação, através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorna à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.*

> *Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe* ***in re ipsa****; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo de tal modo que provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está in re ipsa; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral". (grifei).*

Esta a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o acórdão unânime da 4ª. Turma (REsp 58.151-Es, j. em 27-3-1995, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* de 29.5.1995), assim ementado:

> **RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. SPC. DANO MORAL E DANO MATERIAL. PROVA.** *O Banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extra-patrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular. Já a indenização pelo dano material depende de prova de sua existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento. Recurso conhecido e provido em parte.*

Atendidos os requisitos necessários e autorizativos da condenação a título de danos morais: o ato ilícitos; o dano causado à vítima - que no caso é presumido, por ser in re ipsa -; estabelecido o nexo de causalidade entre a ação e o abalo sofrido, correta a decisão de primeiro grau que entendeu procedente a demanda.

Inegável a obrigação de reparar os danos, resta examinar o *quantum* indenizatório fixado, matéria objeto do recurso.

O valor da indenização a ser determinado pelo Julgador deve levar em conta: as condições econômicas e sociais da empresa ofensora – no caso, jornal de grande circulação no Estado do Rio Grande do Sul; a gravidade da falta cometida – publicidade negativa da imagem da autora; e as condições do casal – ele eletricista e ela do lar; não devendo a verba enriquecê-los ilicitamente, nem causar constrangimento econômico à empresa-ré, sem perder de vista o caráter punitivo-pedagógico da pena.

A sentença prolatada atendeu aos requisitos antes referidos, fixando valor compatível com o precedente antes referido, pelo que tenho como razoável o valor equivalente de 100 salários mínimos, a ser convertido em reais na data da sentença.

Por tais razões, nego provimento ao apelo.

É o voto.

DES.ª MARILENE BONZANINI BERNARDI (REVISORA) - De acordo.

DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY - De acordo.

DES. LUÍS AUGUSTO COELHO BRAGA - Presidente - Apelação Cível nº 70014377725, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME ."

Julgador(a) de 1º Grau: ROBERTO COUTINHO BORBA

DOCUMENTO 6

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. AÇÃO ORDINÁRIA QUE VISA A COBERTURA CONTRATUAL PELO PLANO DE SAÚDE, PARA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NEGADO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. DECISÃO AGRAVADA.
Tem-se que a regra geral é o andamento regular do processo, com o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa. A antecipação de tutela é instituto excepcional no processo civil brasileiro, que só deve ser deferida diante da presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida, consignados no art. 273 do CPC. A falta de pressupostos, torna inviável o deferimento da tutela antecipada, por ofensa à norma legal.

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO SEXTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70016150385 COMARCA DE CACHOEIRA DO SUL

AGRAVO INTERNO

N° 70016743486

JSC AGRAVANTE

UNIMED CACHOEIRA DO SUL SOC
COOP DE TRAB MEDICO LTDA AGRAVADA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Relator, negaram provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA**.

Porto Alegre, 26 de outubro de 2006.

DES. OSVALDO STEFANELLO,
Presidente e Relator.

DES. ARTUR ARNILDO LUDWIG,
Redator.

R E L A T Ó R I O

DES. OSVALDO STEFANELLO (PRESIDENTE E RELATOR)

É o relatório.

V O T O S

DES. OSVALDO STEFANELLO (PRESIDENTE E RELATOR)

2. Eminentes Colegas:

Pretende a agravante a antecipação da tutela, para o efeito de compelir o plano de saúde contratado com a Umined Cachoeira do Sul a custear o tratamento de **reprodução humana assistida** da agravante.

A Magistrada do grau de origem, Dra. Traudeli Iung, indeferiu o pleito, argumentando que *"o contrato contém cláusula expressa de exclusão do procedimento de inseminação artificial, que é o que pretende a requerente, não obstante tenha nominado o procedimento de reprodução humana assistida." (fl. 25).*

Ao apreciar o pleito antecipatório, indeferindo-o, ponderei que *"a concessão da antecipação dos efeitos da tutela está subordinada à presença dos seguintes pressupostos: existência de prova inequívoca que convença da verossimilhança do que é afirmado, além de fundado receio de dano irreparável, ou de difícil reparação a direito da demandante, ambos previstos no art. 273 do estatuto processual civil.*

Então, não se há de confundir antecipação da tutela, da forma prevista no referido dispositivo legal, com medida cautelar, na qual, para seu deferimento liminar, exige-se a presença da fumaça do bom direito – fumus boni iuris - e do perigo de dano grave e irreparável, ou de difícil reparação a direito do requerente – periculum in mora. E assim o é porque na antecipação da tutela, à decisão judicial equivale dar caráter, ou força de execução provisória à sentença ainda inexistente.

Daí o porquê do maior rigor que se há de exigir no que diz com os requisitos necessários para a antecipação da tutela em ação de conhecimento. Antecipação de tutela que, a rigor, equivale a uma condenação sem que o devedor tenha ainda sido submetido ao devido processo legal, como se exige.

Por isso mesmo, cuidadoso foi o legislador ao prever óbice á concessão da tutela. Refiro-me ao disposto no § 2º do art. 273 do CPC, segundo o qual 'não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado'.

Prudência que advém do princípio de direito, segundo o qual a ninguém se pode impor uma obrigação sem que para tanto tenha responsabilidade, quer legal, quer judicialmente imposta, quer pessoalmente reconhecida.

Portanto, diversamente do que ocorre nas medidas cautelares - que tecnicamente não podem satisfazer o direito - na tutela antecipatória há nítido caráter satisfativo, porquanto o autor não pretende simplesmente evitar os prejuízos advindos da

demora, mas desde logo obter a satisfação do direito reclamado, ainda que provisoriamente. Não se confunde ela, portanto, com o poder geral de cautela. "

Naquela ocasião, indeferi a tutela pleiteada argumentando que o contrato expressamente **"*exclui"*** a cobertura para a ***"inseminação artificial"*** (cláusula 13, III, página 42), sabidamente um dos métodos de reprodução humana assistida, não restando esclarecido nos autos qual o tratamento indicado para a recorrente, não se excluindo, portanto, aquele que não encontra cobertura contratual.

Observei que o documento da **fl. 38**, subscrito pelo Dr. Adalberto Noro, médico especialista em ginecologia e obstetrícia, apenas refere que a paciente necessita ser encaminhada para ***"gineco especializado em fertilização assistida",*** nada mencionando acerca da terapêutica recomendada, o que me parece coerente, já que preferiu orientá-la a procurar profissional especialista na área da reprodução assistida.

Também não identifiquei, naquele momento, o requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a direito da demandante, porquanto o presente instrumento sequer veio acompanhado de documentos/laudos médicos que comprovem as alegações contidas da inicial, no sentido de que o quadro clínico da recorrente pode agravar-se, comprometendo definitivamente seus órgãos reprodutores.

Posteriormente, acompanhando a petição de agravo interno (fls. 75-83), veio aos autos ***"Relatório Médico"*** assinado pelo Dr. Paulo Augusto Peres Fagundes, fl. 84, dando conta que a paciente/agravante, portadora de endometriose grau III, apresenta indicação para ***"fertilização in vitro".*** Essa informação me perece imprescindível, pois para quase todos os tipos de esterilidade existe uma técnica científica específica.

Senhores Desembargadores:

Não é minha pretensão, tampouco esta é a sede para aprofundar o estudo acerca do tema, que é complexo e controvertido, ensejando, ainda nos dias atuais, acirrada polêmica tanto do ponto de vista ético como jurídico, sociológico, médico e até mesmo religioso. No entanto, penso que se faz necessário tecer alguns comentários, tudo para propiciar o correto deslinde da questão posta *sub judice*, a fim de se concluir com acerto se a operadora ora demandada tem ou não o dever contratual de cobrir as despesas médicas necessárias para que a recorrente, jovem senhora de 35 anos que padece de Endometriose no Grau III, satisfaça o desejo de gerar uma criança, ou seja, de ser mãe, submetendo-se a uma das técnicas de procriação artificial, indicada para contornar a infertilidade decorrente da moléstia.

Compreendo esse desejo, que *"é inato à natureza humana, sendo certo que a transformação de um casal em pai e mãe faz com que o homem e a mulher se sintam adultos como seus pais, situação essa inédita para ambos, impossível de ser definida quando não vivenciada."*

E não se pode negar que enquanto *"a fecundidade confere ao homem a capacidade de se multiplicar, de se imortalizar através dos filhos; a ausência destes, como decorrência da infertilidade, pode desestruturar o casamento, rompendo com a cadeia familiar, não permitindo a perpetuação da vida, pois durante toda sua existência, o homem espera continuar vivendo através dos filhos."*

De se observar que **não se trata** de uma **opção** da recorrente, de um capricho seu, mas sim de uma indicação médica para remediar a incapacidade de fecundação no próprio corpo, já que pelos métodos convencionais isso mostrou-se impraticável.

Analisando o contrato de plano de saúde que ensejou a propositura da ação (fls. 40-51), tem-se que existe exclusão expressa de cobertura de ***"inseminação artificial"***, sendo certo que, na hipótese de não ser tal limitação abusiva, não há como compelir a operadora a arcar com tais custos.

Confira-se o que dispõe a **Cláusula 13, III**, do pacto firmados entre as partes:

> **III. EXCLUSÕES E LIMITAÇÕES:**
>
> A. Disposições Gerais.
>
> **Cláusula 13:** Estão expressamente excluídos deste contrato, não gerando direito a qualquer tipo de cobertura, sem prejuízo das limitações previstas nas cláusulas subseqüentes:
>
> (...)
>
> **III)** inseminação artificial.
>
> (...).

Essa previsão contratual não discrepa do contido no **art. 10, da Lei dos Planos de Saúde** (Lei nº 9.656/98), que dispõe acerca da cobertura básica do plano-referência e suas exceções.

> **Art. 10.** É instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da

Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto**:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental, assim definido pela autoridade competente;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Até aqui já se poderia afirmar que o contrato de assistência à saúde da agravante guarda perfeita simetria com o que dispõe o texto legal, inexistindo ilegalidade no agir da operadora ora recorrida.

No entanto, a situação não se mostra tão simples.

E digo isso porque as técnicas de *"Reprodução Humana Assistida"*, cujo papel, grosso modo, é o de auxiliar na solução dos problemas de infertilidade humana, **são muitas**, e **diferem umas das outras**.

Explica MARIA HELENA DINIZ que *"a reprodução humana assistida, conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano, poderá dar-se pelos métodos ZIFT e do GIFT.*

A ectogênese ou fertilização in vitro concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu

útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gamettha 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." Prossegue explicitando que tanto a **fertilização *in vitro*** quanto a **inseminação artificial** podem ocorrer na forma *homóloga* (quando os gametas utilizados são do próprio casal) ou *heteróloga* (caso em que um ou ambos os gametas são obtidos a partir de doadores anônimos).

No mesmo sentido, SILVIA DA CUNHA FERNANDES atesta que *"a inseminação, como forma de fecundação artificial, significa a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, cujo objetivo é a gestação, substituindo ou facilitando alguma etapa que seja deficiente no processo reprodutivo normal.*

Esta foi a primeira técnica de reprodução assistida de que se teve notícia, ocorrendo com a introdução do material germinativo fecundante masculino diretamente no útero da mulher, sem que para tanto seja necessário o ato sexual."

Quanto à **fertilização *in vitro***, esclarece a autora que sua utilização é indicada nos *"casos de esterilidade tubária bilateral feminina ou obstrução irreversível nas trompas, hipofertilidade masculina, oligozoopermia, falha de tratamento cirúrgico tubário, endometriose e esterilidade inexplicável sem causa aparente."*

Ainda acerca da temática e com olhos na realidade, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE adverte que *"...nem a inseminação artificial, nem a fecundação in vitro, nem a maternidade por substituição curam a esterilidade que as motivam. São paliativos, são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou..."*

O certo, então, é que *inseminação artificial* e *fertilização in vitro* são procedimentos totalmente diferenciados, e embora a fertilização *in vitro*, técnica indicada à agravante, seja mais complexa, ***não a exclui expressamente o contrato*** tampouco a Lei dos Planos de Saúde, de modo que não se pode, eminentes Colegas, partir da premissa - a meu ver equivocada - de que o plano não cobre "todos" os processos artificiais de reprodução, não se olvidando, nesse contexto, que se trata, o caso *sub judice*, de **relação de consumo**, sendo o contrato típico de **adesão**, e conforme o disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas que implicam limitações de direitos merecem ***interpretação restritiva***, não podendo ser deduzidas de termos genéricos restrições que não foram apostas de maneira expressa.

Ou seja, à luz do referido dispositivo legal, a cláusula 13, III, do contrato de plano de saúde, que prevê a exclusão da cobertura de inseminação artificial, deve ser interpretada de acordo com o conhecimento comum da consumidora que, hipossuficiente, não pode ver-se obrigada a entender dos termos técnicos restritos aos *experts* da Medicina, do que concluo que sob a ótica da contratante, o tratamento que lhe foi prescrito não está vedado no contrato, o que, aliás, é fato, não podendo a agravada deixar de fornecer a cobertura devida.

Assim, entendo que a expressão contida no inciso III diz respeito, tão-somente, àquela técnica (inseminação artificial), **não abrangendo**, dessa maneira, a fertilização *in vitro*, ainda que esta seja mais moderna e, por conseguinte, penso eu, mais onerosa.

Sob outro enfoque, pode-se afirmar que milita em favor da agravante, na falta de cláusula expressa em contrário, uma presunção de cobertura por seu plano de saúde, o que deixa às claras a verossimilhança do alegado.

Logo, Senhores Desembargadores, estou **provendo** o presente agravo de instrumento, deferindo a tutela antecipada, para que a recorrida arque com as despesas da fertilização *in vitro* recomendada para o tratamento da infertilidade que acomete a agravante.

Ao final, quero tecer alguns comentários acerca dos requisitos do **art. 273 do CPC**.

Com efeito, não há nos autos qualquer indício de que, sob o aspecto fisiológico, a reprodução assistida por fertilização *in vitro* deva ser realizada com a urgência alegada pela recorrente. Este aspecto eu já havia pontuado quando do indeferimento do efeito suspensivo

Ocorre que no caso em exame, em que é inegável a configuração da verossimilhança das alegações da recorrente, como já ponderei acima, não necessita - no meu sentir - maiores delongas acerca da ocorrência do *"fundado receio de dano irreparável, ou de difícil reparação a direito da demandante"*, eis que inerente à própria matéria debatida nos autos, que envolve procedimento médico especializado para propiciar a gravidez em paciente de 35 anos de idade, sendo que se sabe que a gestação, depois de certa idade, represente um risco tanto para a saúde da mulher quanto para a do feto, de modo que não se pode exigir que a agravante aguarde a marcha normal do procedimento.

Por fim, quanto ao perigo de irreversibilidade da medida, de bom alvitre registrar em casos como este até pode ocorrer, todavia, não pode ser obstáculo para o deferimento da antecipação da tutela. De nada adiantaria deferir a medida e exigir, por exemplo, caução em dinheiro, o que inclusive sequer se coaduna com o instituto. Nestas

situações, cabe ao Magistrado, analisando as peculiaridades da lide, ponderar os bens jurídicos tutelados e estabelecer uma prevalência de um dos bens em disputa sobre o outro, levando em consideração os valores sociais. Na hipótese, evidencia-se que de maneira alguma a concessão da tutela poderá causar dano maior do que o que se pretende evitar. Em caso análogo, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 70012030672, a Desª. Marilene Bonzanini Bernardi bem referiu que "*O risco do réu com o deferimento da medida é de longe menor que o risco da autora com o indeferimento. De um lado tem-se o dinheiro, de outro a vida*".

Sobre o tema, LUIZ GUILHERME MARIONI, ensina que *"em determinados casos, não só a concessão, como também a negação, de uma liminar pode causar prejuízos irreversíveis.*

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável."

O Professor TEORI ALBINO ZAVASCKI compartilha do mesmo entendimento. Preleciona, em sua obra *"Antecipação de Tutela"*, que a vedação inscrita no §2º do art. 273 "*deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição in natura da situação fática anterior."*

Acredito que mais não é necessário dizer.

3. Com estes argumentos, dou provimento ao agravo de instrumento, deferindo a tutela antecipada para ordenar que a UNIMED Cachoeira do Sul Sociedade Cooperativa de Trabalhos Médicos custeie o método de reprodução assistida indicado à agravante, método esse denominado *"fertilização in vitro"*, restando prejudicada, em conseqüência, a análise do agravo interno interposto às fls. 75-83.

É como voto.

DES. ARTUR ARNILDO LUDWIG (REDATOR)

Ilustres Colegas.

Peço vênia ao eminente relator, para divergir das conclusões do seu voto, mas adianto que estou negando provimento ao agravo de instrumento e ao agravo interno, que ora estão sendo julgados.

Pela leitura atenta dos presentes recursos, verifico que a questão ora discutida não é simples, merecendo um amadurecimento maior do tema, mesmo antes de um provimento judicial de cognição sumária, evitando-se, assim, a prolação de decisão precipitada ou injusta.

Não há dúvida de que a antecipação de tutela pode ser conferida *inaudita altera parte*, ou seja, sem a oitiva da parte contrária, e isso vem ocorrendo de forma corriqueira nos tribunais, uma vez que autorizada por lei.

No entanto, em alguns casos peculiares e mais específicos, poderá haver a necessidade do estabelecimento do contraditório e, quem sabe, do início da instrução probatória antes de um pronunciamento judicial antecipatório, modo a dar segurança às próprias partes envolvidas, para quem as decisões produzirão efeitos.

Este é um desses casos. Em razão da inovação do pedido antecipatório, bem como da repercussão que poderá advir, ao criar-se um novo precedente, entendo precipitado o deferimento do pedido nesse momento processual.

Outrossim, pela minha ótica, tenho que não estão presentes os requisitos exigidos pelo art. 273, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil, que autorizam o acolhimento do pleito ora manifestado pela agravante.

No caso em comento, não vislumbro o caráter de urgência, critério autorizador do deferimento da medida, considerando que a paciente ainda é jovem, contando com apenas 35 anos de idade, não estando exíguo o tempo da paciente para a realização da reprodução assistida.

Ainda, tenho que não está presente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, com o indeferimento do pedido, tendo em vista que a antecipação de tutela poderá ser examinada a qualquer momento, em data posterior, até à prolação da sentença.

Por último, a agravante não demonstra a verossimilhança das suas alegações, ônus que lhe competia, uma vez que o próprio contrato firmado entre as partes exclui do seu âmbito de cobertura as hipóteses de "inseminação artificial", o que está em perfeita consonância com a Lei nº 9.656/, que não exige dos planos de saúde o oferecimento de cobertura obrigatória para tais riscos.

A alegação da agravante de que o contrato exclui apenas a ‘inseminação artificial’ e não a fertilização *in vitro*, técnicas diversas de reprodução assistida, tenho que não pode ser analisada nos presentes autos, em um juízo de conhecimento superficial, onde sequer houve participação da ré, operadora do plano de saúde, expondo os seus motivos de negativa. Essa é uma discussão que deverá se instituir no juízo de primeiro grau, com o estabelecimento do contraditório e produção de prova, como aqui já restou consignado.

Neste momento processual, meu posicionamento é no sentido de que o indeferimento do pedido se impõe, por motivo de cautela e, principalmente, por não estarem presentes os requisitos que autorizam o deferimento da medida.

Ante o exposto, nego provimento a ambos os recursos.

É o voto.

DES. UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA

De acordo com o Des. Ludwig.

DES. OSVALDO STEFANELLO - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70016150385, Comarca de Cachoeira do Sul: "POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS."

DOCUMENTO 7

"DIREITO DE FAMÍLIA - IMPUGNAÇÃO DE FILIAÇÃO - ANULAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE EM REGISTRO DE NASCIMENTO OCORRIDO HÁ MAIS DE 50 (CINQÜENTA) ANOS - PEDIDO DESFALCADO DE CONTEÚDO MORAL - AÇÃO DE ESTADO - IMPRESCRITIBILIDADE - *Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida,e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como 'adoção à brasileira', não é admissível que, passados mais de 50 (cinqüenta) anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que ao anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia.*

(Apelação Cível nº 8518/1999, 14ª Câmara Cível do TJRJ, Rio de Janeiro, Rel. Des. MAURO NOGGUEIRA, J. 13.10.1999, maioria, DOE 27.04.2000, p. 278).

"ADOÇÃO SIMULADA. ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO PLEITEADA PELO AUTOR DA SIMULAÇÃO. INVOCAÇÃO DA PRÓPRIA TORPEZA. SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E PRESTÍGIO DA BOA FÉ. NÃO PODE ALEGAR ERRO, CAPAZ DE ENSEJAR A NULIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO, QUEM, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, REGISTRA COMO SEU FILHO DE OUTREM. A ESPONTÂNEA ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE A QUEM NÃO É FILHO EQUIPARA-SE À ADOÇÃO, PELO QUE NÃO PODE SER REVOGADA AO SABOR DAS EMOÇÕES. PLEITEAR A NULIDADE DO REGISTRO POR TAL FUNDAMENTO IMPORTA EM INVOCAR A PRÓPRIA TORPEZA, VEDADO PELO NOSSO DIREITO. SENTENÇA REFORMADA. VOTAÇÃO UNÂNIME. (CLG) (**TJERJ - 2ª C.Cível - Apelação Cível nº 1999.001.16242 - Rel. DES. SÉRGIO CAVALIERI FILHO - J. 07/12/1999).**

"*APELAÇÃO. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de "adoção à brasileira". Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial da "paternidade sócio-afetiva". Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido*. (**TJERJ - 2ª C.Cível - Apelação Cível nº 2004.001.10200 - Rel. DES. JESSÉ TORRES - J. 23/06/2004**)."

DOCUMENTO 8

TIPO DE PROCESSO: **NÚMERO:**
Apelação Cível 70005111174 Inteiro Teor

RELATOR: José Ataídes Siqueira Trindade

EMENTA: ACAO NEGATORIA DE PATERNIDADE. 1) CURADORA ESPECIAL. ILEGITIMIDADE DA GENITORA PARA REPRESENTAR A MENOR. TENDO SIDO NOMEADA CURADORA ESPECIAL PARA REPRESENTAR A RE ANTE O

CONFLITO DE INTERESSES QUE SE ESTABELECEU ENTRE A MENOR E SUA GENITORA, NAO TEM ESTA LEGITIMIDADE PARA RECORRER REPRESENTANDO A FILHA. 2) PROCEDENCIA. EM TENDO A RE SE RECUSADO A REALIZACAO DE PERICIA DE DNA SOB O MANTO DO CONTRADITORIO, EMPRESTA-SE CONFIABILIDADE AQUELE REALIZADO EXTRAJUDICIALMENTE QUE EXCLUIU A PATERNIDADE, MORMENTE SE NAO DEMONSTRADA A IMPROVAVEL TESE DE **INSEMINACAO ARTIFICIAL**. EXCLUIDA A PATERNIDADE, NAO HA COMO SE MANTER O NOME DO PAI REGISTRAL COM BASE NA PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA QUE SEQUER SE ESTABELECEU ENTRE ELE E A RE. APELECAO DA MENOR REPRESENTADA PELA MAE NAO CONHECIDA. APELACAO DA MENOR REPRESENTADA PELA CURADORA CONHECIDA E DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTICA) (10 FLS) (Apelação Cível Nº 70005111174, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 31/10/2002)

TRIBUNAL:	**DATA DE JULGAMENTO:**	**Nº DE FOLHAS:**
Tribunal de Justiça do RS	31/10/2002	
ÓRGÃO JULGADOR:	**COMARCA DE ORIGEM:**	**SEÇÃO:**
Oitava Câmara Cível	SANTA MARIA	CIVEL
PUBLICAÇÃO:		**TIPO DE DECISÃO:**
Diário da Justiça do dia		Acórdão

ASSUNTO:
1. CURADOR ESPECIAL. NOMEACAO. CONFLITO DE INTERESSES ENTRE O MENOR E SEU PROGENITOR OU PROGENITORA. 2. RECURSO. ILEGITIMIDADE DA MAE. 3. MENOR. EXAME DE SANGUE. EXAME GENETICO. PARTE QUE SE NEGA A TAL PROVA. 4. EXAME DE DNA. RECUSA. EFEITOS. PROVA EXTRAJUDICIAL. EXCLUSAO DA PATERNIDADE. VALORIZACAO. 5. **INSEMINACAO ARTIFICIAL**. UTILIZACAO DE SEMEN DE TERCEIRO DOADOR. INSEMINACAO CASEIRA. INCOMPROVADA. 6. ACAO NEGATORIA DE PATERNIDADE. JULGADA PROCEDENTE. EFEITOS. 7. REGISTRO CIVIL. ASSENTO DE NASCIMENTO. RETIFICACAO. 8. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. (SEGREDO DE JUSTICA) (10 FLS)

DOCUMENTO 9

PODER JUDICIÁRIO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO "TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SAO PAULO ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRATICA REGISTRADO(A) SOB N° *01255870*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 311.214-4/4-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são apelantes e reciprocamente apelados EMSM e OUTRO e SBIBHAE:

ACORDAM, em Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO; DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO DO AUTOR, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PERCIVAL NOGUEIRA e ENCINAS MANFRE.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2007.

VITO GUGLIELMI

Presidente e Relator

VOTO N° 8.945

APELAÇÃO CÍVEL N° 311.214.4/4-00

RELATOR APELANTES APELADOS

COMARCA DESEMBARGADOR VITO GUGLIELMI EMSM E OUTROS SBIBHAE E OUTROS SÃO PAULO -32ª VARA CÍVEL

CERCEAMENTO DE **DEFESA.** ÍNOCORRENCIA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL ALEGADA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL HIPÓTESE CONTUDO. EM QUE SE MOSTRA ELA ABSOLUTAMENTE DESNECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA CAUSA DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA AGRAVO RETIDO IMPROVIDO

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DANO MATERIAL E MORAL ÍNOCORRENCIA MORTE DE CINCO PRE-EMBRIÒES AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. TODAVIA. ENTRE O POSSÍVEL ERRO E O RESULTADO MANUTENÇÃO EM CONGELAMENTO QUE NÃO GARANTE SOBREVIDA AOS

EMBRIÕES OBRIGAÇÃO QUE É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO AUSÊNCIA DE ILICITUDE DO COMPORTAMENTO VERBA INDEVIDA AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE RECURSO DA RÉ PROVIDO, PREJUDICADO O EXAME DAQUELE DOS AUTORES

1 Adotado o relatório de fls 635/637, que fica fazendo parte integrante deste, nega-se provimento ao agravo retido e dá-se provimento ao recurso da ré, prejudicado o exame daquele dos autores ,
2 Inconsistente o agravo retido interposto a fls 413/414, contra a decisão que indeferiu o pedido de realização de perícia médica para avaliação do equipamento que congelava os pré-embriões

Lembre-se que destinatário da prova é o JUIZ. Ele, portanto, é que deve aferir sobre sua necessidade ou não

De modo que, considerando o juízo não restar ponto controvertido após análise da prova acostada aos autos, deveria mesmo ter sido o feito julgado

A causa, ademais, pode mesmo ser decidida sem a realização de perícia médica, de modo que desnecessária a dilação probatória

Daí o improvimento do agravo

Indenização por danos materiais e morais que se pleiteia em virtude da morte de cinco pré-embriões causada por problema ocorrido na máquina de congelamento de embriões do hospital administrado pela ré

A ação era manifestamente improcedente, ressalvada a convicção do D Magistrado

A questão relativa ao dano moral tem recebido intenso debate, especialmente depois da vigência da atual Constituição Federal

De toda sorte, caminha, sem maior controvérsia, para a possibilidade de seu reconhecimento e caracterização nos mesmos moldes da responsabilidade civil comum Em outras palavras o dano moral indenizável exige a conjugação de três fatores dano, ilicitude e nexo causal

No dizer de Humberto Theodoro Júnior ("Dano Moral", 4ª edição, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p 31)

"Mais do que qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano morai há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa a criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa".

Aliás, a indenização nessas hipóteses, como assente doutrina e jurisprudência, se justifica, de um lado, pela idéia de punição ao infrator, e, de outro, uma compensação pelo dano suportado pelo comportamento daquele

Aquele mesmo autor salienta que

" .. ao condenar o ofensor a indenizá-lo a ordem jurídica teria em mente não só o ressarcimento do prejuízo acarretado ao psiquismo do ofendido, mas também estaria atuando uma sanção contra o culpado tendente a inibir ou desestimular a repetição de situações semelhantes"(op cit., pág 33)

Posta assim a questão, cumpre consignar, por primeiro, que, ao contrário do que se afirma na inicial, não se trata de erro médico ao realizar o congelamento dos embriões, de modo a ocasionar sua perda

Os autores tentavam há longos anos gravidezes sem sucesso, realizando uma série de procedimentos

Reputados inúteis, resolveram optar por uma inseminação artificial

Colhidos óvulos e inseminados, nove revelaram-se aptos, dos quais quatro foram introduzidos no aparelho reprodutivo da autora e cinco foram congelados

Em 28 de janeiro de 2001, a máquina onde se encontravam os embriões congelados acusou queda de temperatura Em tais casos, dois procedimentos podem ser adotados a transferência dos embriões para nitrogênio líquido ou o descongelamento e posterior colocação em incubadeira

Contatada a médica dos autores, entendeu a mesma por bem, antes de ter certeza da gravidez da autora, **determinar o descongelamento,** ocasião em que se constatou que os embriões estavam mortos

Ora, a manutenção em congelamento não garante sobrevida aos embriões, de sorte que não há como se responsabilizar a ré pela sua perda

Afastado, pois, o nexo causal entre a conduta da ré e os possíveis danos, o que é aferível até mesmo sem perícia

Registre-se, ademais, que a autora se submeteu a novo tratamento, com nova colheita e implante, sem qualquer sucesso no procedimento, **no mesmo hospital,** o que corrobora a tese da ausência de sua responsabilidade

Cumpre consignar que a hipótese dos autos se trata de obrigação de meio - prestação do serviço de congelamento - e não de resultado - garantia de vida dos embriões Essa classificação, que não vem tão debatida, pois como salienta Caio Mario da Silva Pereira ("Instituições de Direito Civil", 8ª Ed , Rio de Janeiro, Forense, 1984, vol **II,** pág 36)

> **"Sem lhe dedicar um parágrafo especial, não podemos omitir uma classificação que modernamente procura contrastar as**
> ***obrigações de meio das obrigações de resultado,* critério este que é devido a DEMOGUE, tendo em vista a definição das responsabilidades do devedor, que ele imaginou em certa analogia com os delitos formais e os delitos materiais. Nas obrigações de *resultado,* a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre seu objetivo final; nas de *meio,* a inexecução caracteriza-se pelo desvio de certa conduta ou omissão de certas precauções , a que alguém se comprometeu, sem se cogitar do resultado final"** - grifos constam do original

Distingue-se ela, não custa dizer, do trabalho médico dirigido para a cura Neste, obriga-se o profissional a empregar todo o seu empenho e técnica no sentido de prestar o melhor serviço Não se lhe obriga, por óbvio, a cura (como resultado), posto além da possibilidade humana, em muitos casos Diz-se, pois, que se trata de obrigação de meio E também assim, mesmo que plástico o ato cirúrgico, quando se destinada à reparação ou correção (traumas, acidentes, congênitos, etc.)

Logo, ausente outro fundamento da responsabilidade civil, qual seja, a **ilicitude** do comportamento da requerida, que não pode ser responsabilizada pelo insucesso do procedimento a que foi submetida a autora

Ademais, preconiza-se que

> **"O *fundamento primário da reparação está, como visto, no erro da conduta do aqente no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria***

noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar..." (Caio Mano da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", 8ª Ed , Rio de Janeiro, Forense, 1984, vol. II, pág. 228)

Com isso é bastante a conclusão de improcedência, ressalvada a convicção do D Magistrado

Tudo indica que querem os autores, na realidade, obter algum tipo de indenização de todo seu infortúnio, pretérito e posterior aos fatos narrados na inicial, o que não se pode admitir

Nada mais é preciso dizer Sucumbência por conta do julgamento deve ser carreada aos autores, fixados honorários advocatícios modicamente em R$ 1 500,00 (um mil e quinhentos reais)

Com o resultado, resta prejudicado o exame do recurso dos autores, que buscava a elevação da condenação

3 Nestes termos, nega-se provimento ao agravo retido e dá-se provimento ao recurso da ré, prejudicado o exame daquele dos autores

Vito Guglielmi

Relator

DOCUMENTO 10

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRATICA
REGISTRADO(A) SOB N° *01279345*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 650.690-5/1-00, da Comarca de SANTOS, em que é agravante SRS (AJ) sendo agravados SECRETARIO DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO: **ACORDAM,** em Décima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores

ANTÔNIO CARLOS VILLEN (Presidente, sem voto), TERESA RAMOS MARQUES e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 16 de abril de 2007.

TORRES DE CARVALHO
Relator

Voto n° AI-0283/07
Agravo n° 650.690.5/1-00 - 10a Câmara de Direito Público
Agte: SRS
Agdo: Secretário de Saúde do Estado de São Paulo
Origem: Ia Vara da Fazenda Pública (Santos) - Proc. n° 408/07
Juiz: José Vítor Teixeira de Freitas

MEDICAMENTO. Assistência à saúde. Inseminação artificial. Gonal F 450 ui 0,75 ml, Ovidrel 250 mcg, Crimone 8% e Estradol 100. - 1. Relevância dos fundamentos. A jurisprudência que determina ao Estado o fornecimento gratuito de medicamentos formou-se em defesa da saúde e da vida do interessado, em hipóteses em que a falta do medicamento poderia implicar em dano pessoal grave. A impetrante goza de boa saúde. Não se enquadra nesse figurino, à primeira vista (apesar do elogiável desejo de ser mãe), o pedido de medicamentos destinados a tratamento eletivo de inseminação artificial, visando gravidez que a impetrante sabia impossível desde o casamento. - 2. Perigo de ineficácia. Não há perigo de ineficácia; o deferimento da segurança implicará no imediato fornecimento dos medicamentos e na inseminação ora pretendida. Agravo desprovido.

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls 40 que negou liminar para imediato fornecimento à impetrante dos medicamentos Gonal F 450 ui 0,75 ml, Ovidrel 250 mcg, Crimone 8% e Estradol 100; a impetrante alega, no agravo, que seu mando passou por vasectomia e não tem condições de procriar, a gravidez, pela qual tanto anseia, pode ser feita mediante inseminação artificial, conseguiu o tratamento gratuito em clínica particular sob condição de custeio dos medicamentos, que não pode adquirir ante o alto custo e o baixo rendimento do casal; insiste no deferimento do pedido.
2 Relevância dos fundamentos. A jurisprudência que determina ao Estado o fornecimento gratuito de medicamentos formou-se em defesa da saúde e da vida do interessado, em hipóteses em que a falta do medicamento poderia implicar em dano pessoal grave A

impetrante goza de boa saúde Não se enquadra nesse figurino, à primeira vista (apesar do elogiável desejo de ser mãe), o pedido de medicamentos destinados a tratamento eletivo de inseminação artificial, visando gravidez que a impetrante sabia impossível desde o casamento.
Perigo de ineficácia. Não há perigo de ineficácia (que não se confunde com o perigo na demora); o deferimento da segurança implicará no imediato fornecimento dos medicamentos e na inseminação ora pretendida em tratamento que pode ser reiniciado a qualquer momento A hipótese exige maior meditação.

O voto **é pelo desprovimento do agravo.**

TORRES DE CARVALHO
Relator

DOCUMENTO 11

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRATICA

Embargos de declaração - Omissão - Inocorrência - Quesitos discutidos com tecnicidade inerente a profissionais da área médica - Suposta irrelevância submetida à discricionariedade do magistrado - Embargos rejeitados. Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N° 375.692-4/4-01, da Comarca de SÃO PAULO, sendo embargantes LAGS E OUTRA e embargado CEC.

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar os embargos de declaração opostos a v acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto ante o indeferimento do pedido de dilação de prazo para indicação de assistente técnico por falta de amparo legal, e rejeitou a impugnação aos quesitos formulados pelo réu, por entender que sua pertinência será apreciada por ocasião do julgamento. Alega-se omissão. Provido o agravo de despacho denegatório de recurso especial com o reconhecimento da omissão invocada nos anteriores declaratórios, determinou-se o retorno dos autos para nova apreciação das questões debatidas. A suposta omissão decorreria da falta de manifestação expressa sobre a impertinência dos quesitos especificados, vez que estranhos ao objeto da perícia técnica, assim copiados à fl 08
( )
13) No caso de abortamento incompleto com imagem de ultra-sonografia sugestiva de mola hidatiforme, a conduta a ser realizada é de curetagem uterina?
( )
20) Quantos profissionais o casal procurou para investigação e o tratamento da infertilidade?
21) Todos os outros profissionais também solicitaram o cariótipo?

22) O fato de se citar o s/te da clínica a possibilidade de ser realizado o cariótipo em pacientes com azoospermia ou oligoastenospermia, significa que todos os casais com infertilidade devam fazer o citado exame?
Ora, da simples leitura depreende-se que tais quesitos só poderiam ser avaliados por especialista da área médica - ginecologia e obstetrícia, mormente por aquele que detém conhecimento sobre fertilização ou reprodução humana assistida, e que poderiam emitir parecer técnico com segurança e opinar sobre eventual correlação com a perícia ou com o tipo de tratamento adotado.
Obviamente, a resposta do perito estaria condicionada à discricionariedade do Juízo que, como já enfatizado, se valeria de todo um contexto para decidir a pertinência ou relevância para a formação de sua convicção, pois, se inócua ao objeto da prova certamente será afastada ou desconsiderada, do mesmo modo, poderá auxiliá-lo na compreensão do procedimento clínico dispensado à autora.
Por tal razão, e nada obstante o entendimento dos recorrentes, consignou-se no aresto que a permanência daqueles quesitos somente proporcionariam melhores elementos ao Juiz, único destinatário das provas produzidas, para a apreciação da matéria e solução da controvérsia, cuja pertinência ou não seria por ele avaliada ao analisar todo o conjunto probatório, dada a complexidade da matéria ou grau de dificuldade técnica que envolvem a
lide.

Isto posto, rejeitam os embargos.

Presidiu o julgamento, com voto, o Desembargador **SILVIO MARQUES NETO** e dele participou o Desembargador **CAETANO LAGRASTA.**

São Paulo, 13 de junho de 2007
JOAQUIM GARCIA
Relator

DOCUMENTO 12

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÂO PAULO
DECISÃO MONOCRATICA
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 641.562-5/7-OC, da Comarca de SANTO ANDRÉ, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelada RO:
ACORDAM, em Sétima Câmara' "B" de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO, V. U. ", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER SWENSSON (Presidente, sem voto), OLAVO SÁ e ALÉSSIO GONÇALVES.

São Paulo, 14 de dezembro de 2007

Ronaldo Frigini

Relator

VOTO N°: 557
Ap. Cível n° 641.562.5/7-00 - Santo André - 1a Vara Cível
Recorrente: JUÍZO EX OFFICIO
Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelada: RO
SAÚDE. MEDICAMENTO PARA FERTILIZAÇÃO IN VITRO. LIMINAR CONCEDIDA. TRATAMENTO ESPECÍFICO. USO CONTÍNUO INEXISTENTE. REMÉDIO ENTREGUE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. RECURSO PREJUDICADO. PRECEDENTES.
Tratando-se de pedido para fornecimento de medicamento para tratamento especifico (fertilização in vitro) e inexistente uso contínuo, resta prejudicado o recurso quando, na época do julgamento, já tenha sido cumprida integralmente a liminar, tornando sem significado, face ao estágio processual, o debate a respeito das questões postas nos autos.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação manejado pela **Fazenda do Estado de São Paulo** em mandado de segurança para fornecimento de medicamento para tratamento de fertilização *in vitro,* inexistente uso contínuo, cuja liminar foi concedida e confirmada afinal Sustenta a apelante inexistência de interesse processual e de direito líquido e certo. No mérito, tece considerações acerca da política nacional de medicamentos.
Não houve apresentação de contra-razões. O Ministério Público opinou pela concessão da segurança. Recurso bem processado.
É o relatório, adotado, no mais, o constante da sentença.

VOTO
O recurso de apelo não merece conhecimento, restando prejudicado Com efeito, o receituário encartado nos autos aponta a necessidade de tratamento específico para fertilização *in vitro.* A liminar foi concedida em 3 10 2006 (fls 13), dela tomando ciência a apelante em 05 10 2006 (fls 16), não havendo notícia de descumprimento.
Se assim é, perde completamente o sentido instalar discussão acerca da viabilidade ou não do tratamento, desta ou daquela maneira, bem como quanto a inexistência de ato violador ou ofensa a qualquer preceito a favor do acesso igualitário de todos ao sistema de saúde já que o propósito da demanda era o fornecimento de medicamento tão somente para tratamento específico, inexistente o uso contínuo, de modo a adotar, aqui, a teoria do fato consumado.
Destarte, pela perda superveniente de objeto, não é caso de conhecimento do recurso.

Ronaldo Frigini

Relator

DOCUMENTO 13

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRATICA
REGISTRADO(A) SOB N° ***01467601***

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 602.008-5/4-00, da Comarca de JAÚ, em que é agravante RF sendo agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO,PREFEITURA MUNICIPAL DE JAU: **ACORDAM,** em Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER SWENSSON (Presidente, sem voto), BARRETO FONSECA e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 17 de setembro de 2007.
NOGUEIRA DIEFENTHALER
Relator

O perigo de demora, portanto, é factível, embora também seja possível considerar que a fertilização *in vitro* acabe por superar o - em tese - obstáculo da idade, e, ainda, que os ulteriores termos do processo não representariam gravame insuportável para a fruição do alegado direito.
Entrementes, não é sob o aspecto do perigo da demora que o recurso não vicejará. Com a cautela de não se investir no próprio temário da lide originária, não vislumbro, em sede de cognição perfunctória, que os dispositivos legais e constitucionais arrolados nas razões recursais hão de garantir o direito da recorrente.
O art. 196 da Constituição Federal assegura, de fato, o direito à saúde à generalidade, bem como impõe - como norma cogente - aos entes da Federação a promoção de políticas públicas de saúde. Mas a *saúde* invocada no texto constitucional não impele, pelo menos em princípio, o implemento de condutas, *faceres*, que visem algo distinto da busca do bem-estar físico, mental e social, conceito de "saúde" tal como adotado pela Constituição da Organização Mundial - OMS.
Certo é que diante de cognição definitiva, cujo mister é de incumbência do JUIZ natural do feito, a conclusão poderá ser diversa. Mas, neste átimo processual, não tenho como implementada a verossimilhança do direito.
Isso posto, voto no sentido do **desprovimento** do recurso.

Nogueira Diefenthaler
Relator

DOCUMENTO 14

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N° *01286658*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 627.304-5/8-00, da Comarca de RIBEIRÃO PRETO, em que é agravante MLMF sendo agravadas PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO: **ACORDAM,** em Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.
O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente, sem voto), CASTILHO BARBOSA e RENATO NALINI.

São Paulo, 24 de abril de 2007.
VENICIO SALLES
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 627.304-5/8-00
COMARCA: RIBEIRÃO PRETO
AGTE. : MLMF (AJ)
AGDO.: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Voto n° 2413
Agravo de Instrumento - fornecimento de medicamento para tratamento de infertilidade - tutela negada - inconformismo - a falta do medicamento não põe em risco a vida da paciente - ausente o requisito do periculum in mora - Decisão confirmada - Recurso improvido

l. Cuida-se de agravo de instrumento interposto em autos de ação ordinária interposta por MLMF, em face de decisão que indeferiu o pedido de tutela pleiteada objetivando o fornecimento de medicamento para tratamento de endometriose e infertilidade.
Sustenta a agravante que faz tratamento para fertilização *in vitro,* no Hospital das Clinicas de Ribeirão Preto. Contudo, para que o tratamento surta efeito positivo, se faz necessário ministrar alguns medicamentos de alto custo, que não são fornecidos pelo hospital.
Negada a tutela antecipada, sobreveio resposta da Municipalidade e da Fazenda do Estado.
2. Busca a agravante a concessão de tutela antecipada, para que o Estado seja compelido a lhe fornecer .os medicamentos necessários ao tratamento de fertilidade.
Para a providência liminar de mister a presença de dois requisitos cumulativamente. Quais sejam, o periculum in mora e o fumus boni iuris.
A prima facie pode até se verificar a existência do fumus boni iuris. Pois, a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve prover as necessidades da população mais carente, disponibilizando medicamentos e **realizando tratamentos.** Trata-se de direitos sociais positivados em nosso Texto Supremo e reforçado pela adesão e ratificação de Tratados Internacionais.

Ademais, a agravante faz tratamento de fertilidade em Hospital Público do Estado, que deveria fornecer os medicamentos. E isto posto, a realização do tratamento sem a concomitante utilização dos medicamentos torna ineficaz o tratamento oferecido. O Hospital deveria fornecer o tratamento **completo** às pacientes, com inclusão dos medicamentos necessários, sob pena de desperdício de dinheiro público. Pois como informado, para se chegar a um resultado positivo (gravidez) necessário se faz o uso dos medicamentos, que não são fornecidos as pacientes.
Contudo, ausente o requisito do periculum in mora. Pois, o medicamento buscado é para tratamento de fertilidade, e sua falta não colocará em risco a vida da paciente.
A possível concessão do medicamento ao final da demanda não tornará a medida ineficaz. Posto que a parte poderá nessa ocasião retornar ao tratamento.
Pelos motivos expendidos, nega-se provimento ao recurso.

VENICIO SALLES
Relator