

Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a Utilização do Gameta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida

Marise Cunha de Souza

Juíza de Direito da 2ª Vara de Família - Regional da Ilha do Governador - RJ.

1. INTRODUÇÃO

As transformações por que vem passando a sociedade e a descoberta das técnicas de reprodução medicamente assistida, especialmente a da fertilização *in vitro*, implicam, necessariamente, uma nova visão da família, com a reformulação dos conceitos de paternidade e maternidade.

A proposta deste artigo é examinar as possibilidades de novos arranjos familiares envolvendo pessoas do mesmo sexo e seus filhos.

Em nosso país, a literatura a respeito é escassa, a jurisprudência é praticamente inexistente e, embora se tenha conhecimento de um caso ou outro, o fato é que também a utilização da fertilização *in vitro* por casais homoafetivos não é fato comum, ou não chega ao nosso conhecimento, talvez em razão das disposições da Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina, única regulamentação dos procedimentos de reprodução humana sem intercurso sexual.

É, portanto, importante e necessária a discussão do tema e a tomada de posição diante de tão controvertida matéria, eis que o fato social, sem dúvida, baterá às nossas portas para a resolução dos conflitos que surgirem.

2. A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Hoje, é praticamente, pacífico o entendimento de que o art. 226 da Constituição Federal não encerra todos os tipos de arranjos familiares possíveis, tratando-se de enumeração exemplificativa as situações ali elencadas. Dessa forma, vislumbra-se que um grupo formado por irmãos, o avô com o neto, tia e sobrinhos, duas mulheres, dois homens etc. poderão ser considerados entidades familiares. E mais: com a utilização das técnicas de reprodução assistida, em especial a fertilização *in vitro* com gestação de substituição, maior ainda o universo que deve ser abrangido pela nova conceituação, já que os casais homoafetivos masculinos poderão ter filhos com utilização de material fecundante de um deles.

Mas, qual seria o conceito de família necessariamente amplo a ponto de abraçar as mais variadas formas de constituição e configuração desta entidade social, cultural e histórica? Fica bastante claro que o conceito de família constante do Código Civil de 1916 não se presta a identificar os arranjos atuais, posto que sua formulação se baseou na existência de um modelo único, excluindo qualquer outro da proteção legal, em razão da principal preocupação do legislador: garantir a transmissão patrimonial, de modo que permanecessem os bens no reduto familiar do morto. Sob a égide do Código Civil de 1916, a única família legítima e objeto da proteção estatal era a que se constituía pelo matrimônio, patriarcal e hierarquizada.

No final do século XX, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio o reconhecimento das transformações sociais ocorridas durante quase um século, e, conseqüentemente, o reconhecimento de que a família não era única, como a desenhava o Código Civil de 1916, mas plural. Assim é que o artigo 226 da Magna Carta reconhece, expressamente, como entidades familiares, além da união matrimonializada, a união estável e a família monoparental.

Após um bom tempo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a referida enumeração era taxativa ou não, atualmente é praticamente unânime o entendimento de que se trata de *numerus apertus*, possibilitando o reconhecimento de

outras configurações como entidades familiares. É o que acontece com a convivência de pessoas do mesmo sexo, com as características da união estável: é, majoritariamente, considerada entidade familiar.

Toda essa transformação social e constitucional se refletiu no Novo Código Civil, que, relativamente ao anterior, mudou o foco: de uma visão individualista e patrimonial, passou-se a prestigiar a função social da família como o ambiente natural para o desenvolvimento do ser humano, crescendo em importância os valores não patrimoniais, como o afeto, o respeito, a solidariedade etc.

Neste ponto, para um melhor entendimento sobre essa mudança de foco legislativo, impõe-se um rápido retrospecto sobre a transformação da família ao longo dos últimos quatro séculos no Ocidente, não se cogitando de épocas longínquas nem de configurações familiares restritas a determinadas raças ou culturas, nem daquelas comuns nos países do Oriente, onde, ainda hoje, podem-se encontrar a poliginia, a poliandria, a poligamia e o casamento em grupo, entre outras formas de composição, sendo, contudo, relevante salientar que a monogamia se tornou predominante não por razões naturais, mas, sim, de ordem religiosa, política e econômica. Assim é que a família monogâmica nasceu concomitantemente ao surgimento da ideia de propriedade, que fez brotar no marido/pai a vontade de transmitir seus bens a seus herdeiros legítimos.

É forçoso ter em mente que a família é uma construção social, uma entidade cultural e histórica, e não uma consequência natural do acasalamento, fato do reino da natureza que existe entre todos os seres vivos. A estrutura familiar, na verdade e desde sempre, obedeceu às regras culturais formuladas em épocas distintas e pelas várias civilizações que habitam ou habitaram este planeta.

Traçaremos, então, em poucas linhas, o caminho percorrido pela família até os dias atuais, em que Maria Berenice Dias chega mesmo a afirmar que não mais se pode falar em uma só família, mas em famílias, diante dos mais variados arranjos que esta entidade social pode apresentar.

Retrocedendo ao mundo ocidental do século XVII, pode-se dizer que, de um modo geral, imperava um modelo de família extensa (casal e seus filhos, parentes velhos, afilhados, agregados etc.) em que a autoridade do marido e pai era incontestável e todos os demais membros da família gravitavam em torno desta figura, modelo sustentado pela filosofia política de que a autoridade do homem era legítima em razão da desigualdade natural existente entre os seres humanos, o que era reforçado pela Igreja, especialmente com relação à mulher. Durante o século XVIII, especialmente na segunda metade, já se anunciava uma radical mudança político-social na França, que culminou com a Revolução Francesa (1789), uma das maiores revoluções da humanidade, que acabou com o “*Ancien Régime*” e a autoridade do clero e da nobreza, dando início à Idade Contemporânea ao proclamar os princípios universais “*Liberté, Egalité, Fraternité*”. Ao mesmo tempo em que a mudança se anunciava na França, acontecia na Inglaterra a Revolução Industrial, com profundo impacto no processo produtivo, nos níveis econômico e social. Os reflexos destas duas revoluções foram sentidos pelo mundo ao longo dos séculos XIX e XX.

Nova era, então, começava a se delinear no Ocidente e a família não fica imune a esse novo traçado político-social. As mulheres e as crianças passaram a ser mais valorizadas, privilegiou-se o papel da mãe e atribuiu-se importância à prole, que, no futuro, representaria força de trabalho não só para o Estado, mas, também, para os pais que já não pudessem se sustentar em razão da idade. Da família extensa da época colonial, passa-se à família nuclear, restrita aos pais e sua prole.

O Brasil não escapou das mudanças ocorridas na Europa, ao que se aliou a chegada da família real de Portugal, em 1808. A família colonial, extensa, que fabricava os víveres e utensílios necessários à sua sobrevivência, viu-se premiada pelas novas circunstâncias históricas, especialmente pela necessidade de inserir-se na aristocracia através da compra de títulos nobiliárquicos, o que fez com que a casa perdesse a autossuficiência, a exigir a reformulação da configuração do ambiente familiar, tornando-se uma família res-

trita, nuclear, com novos hábitos e costumes, aprendidos e aprendidos com a aproximação da realeza.

E, assim, no início do século XX, foi editado o Código Civil que, como reflexo da época em que foi elaborado, reconhecia e protegia apenas um único modelo de família: a família legítima era aquela que se constituía pelo matrimônio; filhos legítimos eram aqueles advindos do casamento; a mulher casada era considerada relativamente incapaz; o pai era o chefe da família, detentor do pátrio poder e a quem os demais membros deviam obediência. Era, pois, uma família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada, com a função de garantir a transmissão patrimonial aos herdeiros legítimos.

Contudo, o século XX foi um tempo de profundas transformações sociais, especialmente no que respeita ao Direito de Família, e, ao seu final, algumas modificações legislativas já haviam sido introduzidas, na tentativa de acompanhar as modificações ocorridas com o passar dos anos (como, por ex., as Leis 4.121/62 e 6.515/77), mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que se consolidaram, em termos legislativos, as mudanças havidas no âmbito social.

Desta feita, entramos no século XXI com o reconhecimento pelo Direito, em nível constitucional e infraconstitucional, de que a família tornou-se plural, comportando várias configurações, pois, como mencionado acima, é entendimento majoritário que o art. 226 da CF/88 traz enumeração exemplificativa, e não taxativa. A escala axiológica teve um giro de cento e oitenta graus, a partir dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana: a família assume a função social e primordial de promover o desenvolvimento e bem-estar dos seus membros, passando a questão patrimonial a um segundo plano. A família é despatri-monializada e repersonalizada, para isso contribuindo fatores de política social e econômica como a urbanização e a industrialização, que acarretaram a mudança da base produtiva, passando de família colonial, extensa, a nuclear.

Conclui-se, portanto, que não existe uma forma de estrutura familiar que seja “natural” ou “certa”, pois a sua constituição es-

tará sempre sujeita à cultura da sociedade e ao momento histórico vivenciado. Atualmente, o tempo é de valorização do ser humano, do reconhecimento de que não há verdades absolutas, da admissão de que a sociedade vive em eterna mutação, da reformulação dos conceitos há tanto tempo arraigados e da liberação dos preconceitos que nossa cultura, através dos séculos, nos impregnou.

Entretanto, nem todos pensam desta forma. Como antes mencionado, majoritariamente a doutrina entende que todo e qualquer arranjo que tenha as características de entidade familiar é merecedor da proteção estatal. Minoritariamente, há aqueles que distinguem: apenas as configurações previstas na Constituição Federal terão a proteção estatal porque são elas as famílias “jurídicas”, enquanto as demais estruturas seriam uma representação sociológica de família, sem o atributo jurídico que lhes asseguraria a proteção do Estado. Filiamo-nos à primeira corrente por entendermos que o ponto de vista expressado pela segunda vai de encontro a todo o conjunto de princípios de natureza constitucional aplicável ao Direito de Família e à nova visão do Direito Civil constitucionalizado, assim como acaba por negar a base afetiva de toda e qualquer família.

3. O CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA

Maria Berenice Dias reconhece a árdua tarefa de conceituar-se a família atual, em razão dos novos modelos que surgem, muitas vezes absolutamente divorciados daquele modelo nuclear, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, com funções de procriação e garantia patrimonial, que nos acostumamos a denominar família. Hoje, temos famílias plurais e a renomada jurista e doutrinadora identifica algumas delas: matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental e eudemonista.

Autores há que destacam as funções desempenhadas pela família, diante da variedade de constituições e estruturas que a entidade familiar pode assumir. Assim, pessoas ligadas por um vínculo afetivo configurariam uma família quando o arranjo se organizasse de modo a desempenhar determinadas funções consideradas essenciais à concepção da família (função de desenvolvimento das

potencialidades dos seus membros, função emocional e psicológica, função de procriação, função econômica, função de socialização, entre outras). Esta é a visão da psicanálise sobre a família, muito bem elucidada por Belmiro Pedro Welter, com os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, *in verbis*: “A psicanálise afirma que a família não é base natural, e, sim cultural da sociedade, não se constituindo tão somente por um homem, mulher e filhos, mas sim de uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico. Prova disso é o fato de que “o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos”.

Como se vê, tantas são as modificações pelas quais a família vem passando e tantos são os modelos que pode adotar em sua constituição e configuração, que se torna difícil, praticamente impossível, circunscrevê-la em uma conceituação única, sem que se cometa a injustiça de excluir alguma forma de relação familiar já existente ou que ainda poderá surgir das rápidas mutações sociais que vêm ocorrendo nos tempos modernos. O que se pode afirmar, sem medo de incorrer em eventual exclusão, é que uma entidade familiar terá, sempre, na base de sua formação, o afeto, independentemente da existência de liame consanguíneo entre os seus membros.

Podemos tentar estabelecer um conceito aberto de família como um núcleo socioafetivo, cujos vínculos entre seus membros se formam no afeto recíproco, independentemente da consanguinidade, onde cada um desempenha sua função com o objetivo de ajudar aos demais, propiciando o desenvolvimento da personalidade e da potencialidade de cada um dos seus participantes, na busca da felicidade, estendendo-se à coletividade, no desempenho de sua função social.

Para arrematar, é pertinente reafirmar que a família refere-se mais às funções a serem exercidas pelos seus integrantes, tanto na relações internas como nas externas, do que à existência de vínculos de consanguinidade, sempre inserida nos postulados de

uma concepção eudemonista, visando ao desenvolvimento pessoal e felicidade dos seus membros.

4. OS NOVOS OLHARES SOBRE A PATERNIDADE E A MATERNIDADE

Com as transformações sofridas pela família, especialmente durante o último século, a introdução de técnicas de reprodução assistida, a possibilidade de utilização de gametas e zigotos de bancos de reprodução humana, bem como a possibilidade da barriga de aluguel, as definições de paternidade e de maternidade com base biológica foram superadas. Surge, no cenário atual, a socioafetividade como vínculo de parentalidade, ao lado do biológico, e, muitas das vezes, sobrepondo-se a ele. É o que os doutrinadores costumam chamar de desbiologização dos laços familiares diante da constatação de que o afeto é o elemento formador fundamental da família. Não é à toa que o art. 1.593 do Código Civil estabelece que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Em “outra origem” estão contidas a adoção, o parentesco socioafetivo, e o parentesco com utilização das técnicas de reprodução assistida.

Neste ponto é relevante chamar a atenção para as famílias reconstruídas, oriundas de descasamentos e recasamentos, nas quais o homem acaba por tratar como filhos os filhos de sua parceira, e vice-versa, a mulher que se une a um homem com filhos acaba por tratá-los como se seus fossem. São exemplos típicos de paternidade e maternidade socioafetivas, que podem, perfeitamente, conviver com as biológicas, redundando numa multiparentalidade muito comum hoje em dia no plano fático, mas ainda rara no plano jurídico.

Como bem observado por Claudete Carvalho Canezin, “O pai ou a mãe, pela atual orientação doutrinária, não se definem apenas pelos laços biológicos que os unem ao menor, e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, de então assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de querer bem ao menor”. Relevante acrescentar que pai e mãe também não se definem pelo gênero (a mulher é mãe, o homem é pai), nem a ele estão ligados,

mas, sim, revelam-se pelas funções que desempenham. Nesta linha de raciocínio, que tem seu suporte nos conceitos psicanalíticos de Jacques Lacan, pai pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo ou da existência de vínculo de consanguinidade, que demonstre autoridade para o filho, eis que este é o signo da figura paterna, a lei, o limite. Igualmente, mãe será aquela pessoa que desempenhar a função que cabe a tal figura, chamada de maternagem, mais ligada à parte afetiva, emocional, psicológica, aos cuidados com o filho.

5. A SEXUALIDADE E A SUA CONSTRUÇÃO (E OPRESSÃO) SOCIAL

De acordo com o entendimento atual, a sexualidade é determinada pela orientação sexual da pessoa e, pela definição fornecida na Wikipédia, a orientação sexual indica qual o gênero pelo qual uma pessoa se sente preferencialmente atraída física e/ou emocionalmente. A orientação pode ser assexual, heterossexual, homossexual, bissexual ou pansexual, e tem a ver com desejo.

Vamos entender mais facilmente isso socorrendo-nos de conceitos e explicações encontrados na página da Internet www.ggb.org.br/orienta-homossexual - acessada em 24.02.10 (“Orientação Sexual e Homossexualidade” - texto original em inglês: S. J. Blommer, PFLAG/Denver, American Psychological Association) onde se esclarece que orientação sexual é um dos quatro componentes da sexualidade humana, ao lado do sexo biológico, da identidade de gênero (macho ou fêmea, em termos psicológicos) e do papel sexual-social. Orientação sexual também é diferente de comportamento sexual porque as rédeas e costumes sociais podem moldar o comportamento, fazendo com que a pessoa reprima a sua orientação sexual quando diferente do padrão. Não há prova científica e definitiva sobre o que determina a orientação sexual de uma pessoa ou de como ela se forma. O que parece certo é que a orientação sexual não é uma opção, uma escolha, havendo relatos de pessoas que, durante anos, tentaram mudar a sua orientação sexual (porque diferente do padrão) e não conseguiram.

Assim, ao contrário do que muitos pensam, a heterossexualidade não é algo natural, de origem meramente biológica. Desta feita, a nossa cultura vem, durante séculos, apontando para a heterossexualidade como o comportamento padrão, o que se solidificou a tal ponto que é grande, ainda hoje, a resistência à mudança, defendendo os mais ortodoxos que esta é a conduta normal enquanto a homossexualidade, que já foi a extremos (de totalmente liberada a tida como uma patologia), seria algo anormal, totalmente fora dos padrões comportamentais. Obviamente, o Direito não fica imune a essas ideologias, a esses padrões socioculturais estabelecidos e aí talvez esteja a resposta à pergunta que nos fazemos quando examinamos a jurisprudência pátria a respeito: por que somente há menos de uma década nossos Tribunais tenham começado a reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva com tais características?

Fato é que a homossexualidade sempre existiu e, de acordo com o momento histórico, era liberada ou reprimida. Na Grécia antiga, por exemplo, não só o homossexualismo masculino era liberado como era tido como elemento transmissor de coragem, intelectualidade, nobreza e outras características consideradas importantes para um homem (liberalismo que também ocorreu em Roma, no Egito, entre outros lugares e civilizações). Em época posterior, com o maior domínio das religiões, a homossexualidade passou a ser considerada um mal, uma perversão. Hodiernamente, não obstante a resistência e o preconceito que ainda permeiam nossa sociedade, a homossexualidade começa a ser encarada, por mais e mais pessoas, com mais naturalidade, com uma maior compreensão e respeito às diferenças, especialmente a de orientação sexual. A aceitação total, sem as restrições em geral impostas por uma falsa moral, com toda certeza ainda demorará, não obstante a rapidez com que as mudanças sociais vêm acontecendo. Afinal, são muitos séculos de culto à heterossexualidade como padrão a ser seguido, com a imposição de um único modelo familiar (homem, mulher e filhos), a sufocar qualquer tentativa de, simplesmente, “ser diferente”, razão pela qual muitas pessoas cuja orientação sexual era homossexual precisaram esconder ou reprimi-

mir essa tendência, o que acabaram por fazer de várias formas (tendo vida dupla, entregando-se ao fanatismo religioso, a vícios - drogas, alcoolismo etc).

6. AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Assentado que o ambiente familiar é o espaço para que seus membros desenvolvam sua personalidade e suas potencialidades, já que a instituição da família não mais representa um fim em si mesma, e considerando que a sexualidade é um dos componentes da personalidade, conclui-se que a orientação sexual está sob o pálio da garantia constitucional dos direitos da personalidade e, por consequência, deve o Estado estender sua proteção às uniões homossexuais enquanto entidades familiares.

A doutrina e a jurisprudência em Direito de Família começam a não titubear em reconhecer uniões de pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, análogas (ou não) às uniões estáveis, quando nelas se vislumbram todos os requisitos necessários à declaração de sua existência. Não se sustenta o argumento da necessidade de legislação específica para tal reconhecimento diante do que dispõe o art. 226 da Constituição Federal e dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família. Igualmente, não se concebe tratamentos diferentes para uniões que se constituem amparadas na mesma base, o afeto, como costumava acontecer quando os casos de união entre pessoas do mesmo sexo, que formavam uma sociedade afetiva, eram, equivocadamente, tratados como sociedades de fato e julgados em Varas Cíveis, ou seja, a eles aplicavam-se as regras do direito obrigacional para efetuar a divisão do patrimônio amealhado no período de duração da tal sociedade.

As uniões homoafetivas são, pois, entidades familiares e, por conseguinte, merecedoras da proteção estatal. A questão de ser ou não a união homoafetiva uma união estável ainda é objeto de controvérsias e acaloradas discussões, defendendo aqueles que não a admitem como união estável que o art. 226, § 3º da CF/88 fala em “... homem e mulher ...”, referindo-se, assim, à união entre pessoas heterossexuais. O argumento é frágil e não se sus-

tenta diante dos princípios constitucionais, especialmente, os da igualdade (tratamento igualitário de todas as formas de família), liberdade (de orientação sexual, de escolha etc.) e dignidade da pessoa humana (respeito à autonomia da pessoa humana, à autodeterminação a respeito da própria existência). Já aqueles que entendem que a união homoafetiva é uma união estável sustentam que a última é o gênero, podendo ser hetero ou homoafetiva, que são as suas espécies. Com todo respeito aos defensores das duas posições, entendemos despidianda a discussão, posto que o crucial é reconhecer que a união homoafetiva repousa no mesmo patamar constitucional das uniões matrimoniais, das uniões estáveis e da família monoparental, entre outras, ou seja, são todas entidades familiares que merecem a proteção do Estado. Por outro lado, quisesse o legislador constituinte restringir as entidades familiares, o teria feito, bastando para tal excluir, expressamente, a possibilidade de a união entre pessoas do mesmo sexo ser reconhecida como uma família.

É de rigor reconhecer que a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) jogou uma pá de cal na controvérsia, ao conceituar, em nível infraconstitucional, a família como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (art. 5º, II), esclarecendo que “as relações enunciadas neste artigo independem de orientação sexual” (parágrafo único do mesmo artigo). Apesar de o dispositivo referir-se ao homossexualismo feminino, em razão do princípio constitucional da igualdade, deve ser aplicado, também, ao homossexualismo masculino. Em resumo, a referida Lei acaba por reconhecer que as uniões homoafetivas, independentemente do sexo dos parceiros, constituem uma unidade doméstica.

Por força do moderno conceito de família que se extrai do art. 5º da Lei 11.340/06, não tem mais lugar a negativa de qualificar a união homoafetiva como entidade familiar ou, simplesmente, família, quando verificada a presença dos elementos básicos formadores e configuradores desta instituição, que é plural, multifacetária e com a precípua finalidade de proporcionar espaço ao desenvolvimento sadio da personalidade dos seus membros, que se

vinculam por meio do afeto, sendo exatamente este elo afetivo o elemento identificador das entidades familiares.

Outros vão ainda além, afirmando a possibilidade de se entender o instituto do casamento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Neste sentido, argumenta Roberto Arriada Lorea: “É dizer, especificamente com relação ao casamento, não há necessidade de se aguardar uma nova lei, basta que se estenda a todas as pessoas, sem qualquer preconceito, o direito de acesso à tutela do Estado, nos moldes da legislação vigente ...”.

Por fim, vale tornar à principiologia constitucional e aos artigos que garantem os direitos fundamentais da pessoa humana para, em definitivo, afirmar que não há lugar para preconceito e discriminação de quem quer que seja em razão da orientação sexual ou por causa de qualquer diferença com relação ao que se pretende “normal” ou “natural”. Impõe-se reconhecer a imensa diversidade dos seres humanos em todos os aspectos e conferir os direitos assegurados pela Carta Magna, indistintamente, retirando os véus da ideologia, da religião e da moral pessoal.

De se ressaltar, ainda, que a visão psicanalítica da família e a concepção eudemonista não permitem mais qualquer restrição relativa ao direito de pessoas do mesmo sexo constituírem família e integrarem-se na sociedade como relações iguais às demais, reconhecidas e respeitadas as diferenças. Essas famílias se multiplicam na sociedade e merecem a tutela jurídica como qualquer outra.

7. O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À PATERNIDADE/MATERNIDADE DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS, SEJA PELA ADOÇÃO, SEJA PELA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Afirmada a natureza de entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, impõe-se reconhecer-lhes o direito a terem filhos e a registrarem as crianças como tal. Não se diga que a Lei de Registros Públicos não permite constar duas mães ou dois pais no assentamento de nascimento, pois, até que venha a mudança legislativa, cabe ao Poder Judiciário tirar esses casos da invisibilidade, acabar com a cegueira discriminatória e preconceituosa

atrelada ao que se considera ser o padrão social. O registro não pode se configurar num obstáculo para fazer constar do assentamento de nascimento de uma criança dois pais ou duas mães, conforme seja a filiação de um casal homoafetivo masculino ou feminino (ou “Fulano de tal, filho de e de”, sem distinção de gênero), assim como não pode obstar que dele constem dois pais, um biológico e outro afetivo, ou duas mães nas mesmas condições, no caso de multiparentalidade, quando estas situações reflitam a realidade.

A Constituição Federal acolheu as diferenças, proibindo a discriminação, através de vários enunciados e princípios. Não pode, pois, a lei ou o seu aplicador fazer distinção em prejuízo da minoria, o que se consubstancia em verdadeira exclusão daqueles que ostentam e demonstram orientação sexual diversa do modelo adotado.

Cabe, ainda, assinalar que o art. 226, § 7º da Constituição Federal estabelece a liberdade do casal quanto ao planejamento familiar, disposição atinente não só aos casais heterossexuais como também aos homossexuais, em virtude da já mencionada principiologia constitucional e do reconhecimento da convivência de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, quando demonstrados os elementos que a caracterizam como tal.

Havendo, pois, vontade do casal de ter filhos não pode haver entrave de qualquer natureza ao livre planejamento familiar, mormente com o avanço biotecnológico a que temos assistido e que permite a parceiros homoafetivos masculinos realizarem o projeto parental através da FIV com gestação de outrem e óvulo doado.

Para finalizar este tópico, revela-se indispensável reproduzir as palavras de Margarida Moz, no seu artigo “*Diferenças de Gênero e Famílias Homoparentais*”: “Sejam quais forem os termos usados, a dificuldade em classificar os parentes parece residir mais na forma como se explicam as relações familiares em causa (referindo-se às homoparentais). O termo escolhido deverá evidenciar a existência de uma relação de tipo familiar e a posição da pessoa face a quem a nomeia” (página da Internet www.apantropologia.net - Associação Portuguesa Antropologia, acessada em 26.02.10). Não há qualquer

impedimento para que casais homossexuais adotem ou tenham filhos e, se assim encontrarão a tão almejada felicidade, não pode haver empecilho, diante do teor do inc. IV do art. 3º. da Constituição Federal, que proclama, como um dos objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos.

8. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (RA)

São técnicas, utilizadas por médicos especializados, que têm por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis. As técnicas mais usuais são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, nas quais não há o intercurso sexual. A inseminação artificial é uma técnica intracorpórea e ocorre quando o sêmen é introduzido no aparelho genital feminino. A fertilização *in vitro* (FIV) é técnica extracorpórea, através da qual o óvulo é fecundado em um tubo de ensaio ou outra mídia de cultivo, e, posteriormente, o embrião é transferido para o útero materno ou de terceira pessoa, sendo que, no último caso, ter-se-á a fertilização *in vitro* por gestação de substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel. Ambas podem ser homólogas (quando se utiliza os gametas do casal) ou heterólogas (quando se utiliza gameta de doador, um ou ambos).

9. O CASAL HOMOAFETIVO E A POSSIBILIDADE DE PROcriação COM A UTILIZAÇÃO DE MATERIAL FECUNDANTE DE UM DELES, COM O EMPREGO DE TÉCNICAS DE RA

Quando se fala em família homoafetiva pode-se perceber uma tendência generalizada à idealização de um casal (duas mulheres ou dois homens), sem filhos, e, muitas das vezes, quando o assunto está em pauta, logo vem a pergunta: “Por que não adotam? Há tanta criança precisando de uma família ...”. Ora, facilmente se observa que quem assim se posiciona está, na verdade, propondo a solução de um problema social a partir de uma questão pessoal, individual, criando, inclusive, uma situação discriminatória: os casais do mesmo sexo podem adotar, mas não podem ter filhos com material fecundante de um deles, quando a ciência genética oferece esta possibilidade.

Vale salientar que compartilhamos do entendimento esposado por Maria Berenice Dias no sentido de que casais homoafetivos possam adotar sem o subterfúgio de a adoção ser feita apenas no nome de um dos parceiros, assim como, a nosso ver, podem ter filhos com vínculo biológico relativamente a um dos parceiros e, quem sabe, futuramente, aos dois.

Modernamente, com o advento das técnicas de RA, o que operou uma separação entre sexo e procriação, abriu-se para os casais homoafetivos a possibilidade de terem filhos com a utilização do gameta de um deles.

É evidente que um casal homossexual feminino sempre teve esta chance, através do relacionamento sexual de uma delas com um homem, o que, também à evidência, não configura uma opção isenta de problemas. A inseminação artificial, técnica pela qual o sêmen é introduzido no aparelho genital feminino, é uma solução bem razoável para o casal homoafetivo feminino que almeja ter um filho com a utilização de material fecundante de uma delas: será utilizado sêmen de doador para fecundar o óvulo de uma das parceiras. Fica claro que apenas uma delas vai desenvolver o projeto familiar de ambas.

Para os casais homoafetivos masculinos não havia esta possibilidade até que a engenharia genética avançou para permitir a fecundação fora do corpo da mulher e, ainda, com a utilização de útero de outra. Trata-se da fertilização *in vitro*, pela qual óvulos e sêmen são coletados e transferidos para um tubo de ensaio, onde haverá a fecundação. Algum tempo depois, o óvulo fecundado (zigoto) é transferido para o útero materno. Na hipótese de o zigoto ser transferido para o útero de uma terceira pessoa, que se chama mãe hospedeira e que fará a gestação, a técnica chama-se fertilização *in vitro* por gestação de substituição, como mencionado anteriormente.

Esta técnica não só permite que casais homoafetivos masculinos tenham filho com a utilização do gameta de um deles (com óvulos de doadora e útero de terceira pessoa), como permite que ambas as parceiras de uma relação participem do projeto comum de ter filhos, utilizando o material fecundante de uma e, por meio

da FIV com gestação de outrem, implantando-se o zigoto na outra, que fará a gestação e o parto.

Quanto ao registro do filho gerado por mãe hospedeira, desde que seja possível a casais homoafetivos masculinos optarem por ter um filho com a utilização da barriga de aluguel (outra opção seria adotar uma criança), é corolário lógico que no assento de nascimento da criança deverá constar o nome de ambos como pais. Contudo, até que a Lei de Registros Públicos seja modernizada para permitir tal situação, o casal necessitará recorrer à Justiça para tal fim. Aliás, este problema não é exclusividade de casais homossexuais. A utilização da FIV com gestação de substituição causa imenso transtorno ao casal heterossexual que teve que se valer da técnica em razão de a gestação ser contraindicada à mulher: o registro de nascimento será feito no nome da hospedeira, já que o hospital fornece a declaração de nascido vivo com os dados da parturiente e os pais biológicos terão que ajuizar uma ação para reverterem esta situação. Como se vê, a ausência de legislação a respeito acaba por criar discriminações e injustiças: primeiro, porque quem utilizar outras técnicas de reprodução assistida não terá que recorrer à Justiça para o estabelecimento da filiação; segundo, porque, em razão das disposições do registro, a mãe biológica é preterida pela gestacional; e terceiro, porque deixa de considerar a parentalidade de intenção, ou seja, não se verifica quem tinha o projeto de filiação, quem planejou e tocou adiante o empreendimento, para formar uma família cujos vínculos nascem na socioafetividade.

Sobre o tema, impõe-se reproduzir as palavras de Margarida Moz: “não só a maioria dos indivíduos que compõem estes casais (referindo-se aos homossexuais) não é estéril como tão-pouco a reprodução é um ato exclusivamente natural. Ter filhos é um acto de vontade, uma vontade vista como um desejo natural, que a homossexualidade não inibe” (art. e pg. da Internet cit.).

10. E OS FILHOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS? QUE INFLUÊNCIA TERÁ EM SUAS PERSONALIDADES O FATO DE TEREM PAIS HOMOSSEXUAIS?

Não existem provas científicas que indiquem qualquer inconveniente para que crianças ou adolescentes sejam adotados por casais homossexuais. Esta é a conclusão que chega Aimbere Francisco Torres, após transcrever texto de Maria Berenice Dias sobre um estudo que conclui que o fato de os pais serem homossexuais em nada influencia os filhos, não leva a um desenvolvimento psicossocial de igualdade de orientação sexual com os pais, que, por seu turno, não demonstram preferência por seus filhos tornarem-se homossexuais.

O professor Torres defende, em seu artigo, a adoção por casais homossexuais e todas as suas considerações aplicam-se à possibilidade desses casais virem a ter filhos com a utilização de técnicas de reprodução assistida. Depois de discorrer sobre a necessidade de inclusão das minorias, que vivem no entorno do Estado e são por ele ignoradas (*“displaced persons”*), especialmente com relação àqueles que têm orientação sexual diferenciada, em conclusão, ele arremata: “Com efeito, salvo a visão preconceituosa e equivocada de nosso legislador e de alguns aplicadores do direito, vê-se, pois, que inexistente argumento jurídico ou científico para não se reconhecer o direito à união e à adoção por pessoas do mesmo sexo. ... não se pode negar as adoções às pessoas homossexuais que vivam conjuntamente, de forma a caracterizar verdadeira entidade familiar ...”.

O estudo antes mencionado joga por terra a crença popular de que o filho de um casal homoafetivo será, necessariamente, homossexual ou terá algum problema psiquiátrico. Bem ao contrário do que a maioria pensa, os pares homossexuais desempenham as funções paternas e maternas e não há interferência na orientação sexual da criança. Neste passo, é importante salientar que a criança se identifica com os papéis (ou funções) que os pais representam (ou desempenham) e não, com a forma física (gênero) deles.

Na reportagem “Filhos criados com casais gays veem situação com naturalidade” (página Internet [g1.globo.com/noticias/São Paulo](http://g1.globo.com/noticias/SaoPaulo), acessada em 23.02.10), os filhos de casais gays entrevistados afirmam que não sofrem preconceito e veem pontos

positivos na relação das mães ou pais com pessoas do mesmo sexo, considerando “normais” tais relações. O teor das entrevistas corrobora o que as psicólogas, ouvidas na mesma reportagem, revelam, inclusive quanto à crença de que uma criança criada por um casal homossexual será, necessariamente, gay. A psicóloga Helena Marques afirma que “Homossexualidade não é um espelho. É a orientação do desejo. Não é porque os dois (referindo-se aos pais ou mães) são homossexuais que a criança vai virar homossexual”.

Essa crença, aliás, é a grande questão que se coloca no imaginário popular: filho de gay é gay? Todas as pessoas que já escreveram sobre o tema deste artigo abordam o assunto e, em geral, citam pesquisas realizadas (como por exemplo, a de Bailey, Dobrow, Wolfe e Mikach, em 1995, e a de Golombok e Tasker, em 1996, entre outros) que desmistificam este mito. Tais pesquisas concluem que a maioria de filhos de homossexuais apresentam uma orientação heterossexual (Daniel Matias, “Psicologia e orientação sexual: Realidades em transformação”, Scientific Electronic Library Online Portugal, www.scielo.oces.mctes.pt, acessada em 26.02.10). Do excelente estudo elaborado pelo psicólogo português Daniel Matias, extrai-se que eventuais problemas de adaptação social não serão diferentes dos enfrentados por outras minorias, como casais interracialis, pessoas de outras etnias, condição social etc. O argumento da ausência de modelos parentais apropriados também é rechaçado pelo autor e, para nós, que adotamos a visão psicanalítica da família pós-moderna, em que os seus integrantes desempenham funções que lhes são próprias, tal argumento não tem sustentabilidade. Por fim, afirma o autor do artigo, *in verbis*: “assim, verificamos, através da análise de alguns dos vários mitos relativos à homossexualidade, que esses mitos não se baseiam em literatura científica, mas sim na percepção de estereótipos e preconceitos sobre a população homossexual”.

Cabe, por fim, uma pergunta: como é que as pessoas, que argumentam que o filho de um homossexual será, necessariamente, homossexual, explicam o fato de pessoas que hoje assumem e se proclamam homossexuais tenham sido criadas por heterossexuais? (página da Internet www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto “A ado-

ção por casais homossexuais”, acessada em 23.02.10). Não há explicação plausível e constata-se que o argumento não tem suporte na vida real, como pretendem seus defensores. Fosse verdadeira a assertiva de que filho de homossexual, será homossexual não haveria homossexual filho de heterossexual, ou, *a contrario sensu*, filho de heterossexual seria sempre heterossexual, o que também é falso.

O que se vislumbra é que ainda há muito preconceito e intolerância da sociedade com relação aos homossexuais, e esta não-aceitação social é, provavelmente, a maior dificuldade que eles têm a enfrentar.

11. A LEGISLAÇÃO

No nosso país não há legislação regulamentando a utilização das técnicas de reprodução assistida e tampouco as suas consequências no Direito de Família.

O Código Civil insere, de forma tímida, equivocada e confusa por sua atecnia, três incisos, no artigo 1.597, para estender o manto da presunção *pater is est* a alguns casos de utilização de técnicas de reprodução assistida, mas, vale salientar que referidas normas não regulamentam qualquer técnica. Todavia, especialmente o inciso V é bastante inovador, ao prever a inseminação heteróloga, ou seja, com a utilização de esperma de doador, desde que haja prévia autorização do marido. Entende-se que, *in casu*, se trata de presunção absoluta por configurar verdadeira paternidade socioafetiva e vários estudiosos do assunto admitem o uso da analogia para ampliar o âmbito de incidência da norma para alcançar os casos de fertilização *in vitro* com utilização de sêmen de terceiro.

Na ausência de norma legal a respeito, lança-se mão da Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina como parâmetro moral e ético para dirimir eventuais questões surgidas com a prática de alguma das técnicas de reprodução assistida.

Dos Tribunais estrangeiros em que também não há legislação específica, a notícia que se tem é que estão decidindo as delicadas questões que surgem pela utilização das técnicas de RA com base na manifestação volitiva, ou seja, buscando encontrar o que vem

a ser a paternidade/maternidade de intenção, quais pessoas criaram e deram andamento ao projeto de terem um filho. De fato, algumas questões relativas à reprodução assistida poderão ser decididas com base na manifestação de vontade, atribuindo-se a paternidade/maternidade àquela(s) pessoa(s) que, mesmo antes do nascimento, já reconhecia(m) a criança como filho (filho afetivo). Seria o caso, por exemplo, de FIV com gestação de substituição quando, depois de nascida a criança, a mãe hospedeira se negasse a entregar o bebê ao casal que concebeu o projeto e percorreu os caminhos necessários para ter um filho, inclusive adquirindo material fecundante de banco de reprodução humana.

Com relação à legislação por vir, temos o Projeto de Lei nº 90/99 e seu substitutivo, de 2001, bem como o Projeto de Lei nº 1.184/2003 que dispõem sobre a reprodução assistida. Relativamente ao primeiro e seu substitutivo, temos a lamentar o fato de que, embora o projeto original autorizasse a FIV com gestação de substituição, o substitutivo proíbe a prática. Infelizmente, no PL 1.184/2003, a proibição foi mantida. Em vez de enfrentarem as dificuldades do tema, os autores dos projetos de lei mencionados preferiram proibir a prática desta técnica de reprodução assistida, o que ocasionará imensa lacuna entre os avanços científicos e sociais e a sua regulação legal. A gestação de substituição e os demais procedimentos de reprodução assistida estão aí, cada vez mais largamente utilizados, inexistindo caminho de volta para os avanços tecnológicos que, ao contrário, seguem em velocidade avançada, e o Direito não pode se acanhar e se amedrontar, optando pelo caminho mais fácil da proibição, em vez de enfrentar e solucionar os problemas que fatalmente surgirão.

É oportuno, por fim, mencionar que há uma fresta de luz no fim do túnel, acesa pelo Projeto de Lei nº 2.285/07, conhecido como o Estatuto das Famílias, que não só reconhece como entidade familiar a união homoafetiva (art. 68, *caput*), como assegura ao casal o direito à adoção (inciso II do parágrafo único do artigo citado), embora não aborde a questão da filiação mediante a utilização de técnicas de reprodução assistida.

12. ALGUNS CASOS DE QUE SE TEM CONHECIMENTO E CURIOSIDADES

No Brasil:

Não obstante o silêncio legislativo a respeito, não havendo norma regulamentadora nem qualquer proibição, uns poucos casos provocaram o Judiciário ultimamente, tendo sido a sociedade brindada com a sentença proferida no Rio Grande do Sul (8ª V Família), na qual o magistrado não só reconheceu a existência de união estável entre duas mulheres como determinou que os filhos gêmeos biológicos de uma delas fossem registrados no nome das duas, reconhecendo e valorizando a socioafetividade como criadora de vínculo parental.

Em uma outra ação, em São Paulo, um casal homoafetivo feminino pretende registrar um casal de gêmeos no nome das duas. Neste caso, uma delas doou o óvulo, que foi fecundado por sêmen de doador, e a outra fez a gestação (FIV com gestação de substituição). Não obtiveram a antecipação da tutela e o processo continua.

O TJRS, no julgamento do Ag. 70018249631, em 2007, cuja Relatora foi a então Des. Maria Berenice Dias, positivou o direito de visitação a uma das ex-conviventes, reconhecendo a maternidade de intenção e, via de consequência, a parentalidade socioafetiva. Trata-se de um casal homossexual feminino, em que uma delas fizera inseminação artificial para terem um filho. Com a separação, a mãe socioafetiva ajuizou ação de regulamentação de visitas.

No dia 04/02/10, a coluna de Ancelmo Gois, no jornal **O Globo**, noticiou que duas mulheres L e S, “casadas há 15 anos”, haviam entrado com uma ação aqui no Rio de Janeiro. S doou seu óvulo, que foi fecundado por esperma de doador, sendo L a mãe hospedeira (FIV com gestação de substituição). O pedido é para que na certidão de nascimento conste, também, o nome de S.

Na Internet encontram-se, facilmente, anúncios de barriga de aluguel, inclusive com preço.

Em final de abril do corrente ano, o STJ admitiu a adoção por um casal homoafetivo feminino.

Em 11/05, o programa “Profissão Repórter”, da **Globo**, abordou o tema da relação entre pais e filhos gays, em que a maioria,

após a revelação, passava a aceitar o homossexualismo e a apoiar o(a) filho(a).

A **Revista Veja**, de 12/05/10, veiculou extensa reportagem sobre o tema, revelando que as pessoas mais jovens estão abolindo os preconceitos. A reportagem revela que a homossexualidade é encarada com naturalidade entre adolescentes e jovens. Cita uma pesquisa realizada pela UERJ e UNICAMP cujos números indicam que, aos 18 anos, 95% dos jovens já se declararam gays, enquanto na geração passada isso ocorria em torno dos 21 anos, e outra, do IBGE, realizada em 1993, quando 60% dos brasileiros assumiam rejeitar os gays, sendo certo que hoje, o mesmo percentual declara achar a homossexualidade natural.

Coluna no **O Globo**, de 16/05/10, intitulada “Preconceito e hipocrisia”, assinada por uma psicóloga, fala sobre o direito à parentalidade por casais do mesmo sexo e se refere a um projeto de lei, do deputado federal Zequinha Marinho, que, na contramão dos fatos sociais e avanços científicos, veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo.

Vale, por fim, salientar que o interesse que o tema da utilização da fertilização *in vitro* com gestação de outrem desperta não é tão recente em nosso país. Em 1990, há, portanto, vinte anos, houve uma novela na Rede Globo intitulada “Barriga de Aluguel”, em que uma moça, Clara, receberia 20 mil dólares para alugar temporariamente seu útero para fazer a gestação do filho de um casal, Ana e Zeca.

Pelo Mundo:

São incontáveis, especialmente de casais homossexuais masculinos, os casos, tanto de adoção, como de filiação com utilização da FIV com gestação de substituição.

Citamos, apenas para ilustrar, dois casos.

Na Inglaterra, Ivan e Steven tiveram um filho gerado na barriga da irmã de Steven, sendo a criança filha biológica apenas de Ivan, que doou o seu sêmen.

Nos EUA, nos estados em que é permitida a cobrança, os casais homoafetivos masculinos estão procurando alugar úteros de indianas porque é mais barato: as americanas cobram U\$ 25,000 e as indianas, U\$ 7,000.

O **Globo on line** noticiou, em 17.07.2008, a realização do sonho de James e Frank, que tiveram gêmeos, utilizando a FIV com gestação de substituição e óvulos doados. Esse caso é interessantíssimo porque dos óvulos doados por uma mulher, 3 foram fecundados com sêmen de James, e outros 3, com sêmen de Frank. Dois zigotos foram implantados na hospedeira, um fecundado por James, e o outro, por Frank, que vingaram e se desenvolveram. Assim, os menores são gêmeos apenas por parte de mãe e os pais não se interessam em fazer o exame de DNA para saber quem é filho de quem.

13. CONCLUSÃO

Proibir a fertilização *in vitro* com gestação de substituição não só penaliza e discrimina os casais homoafetivos masculinos, mas, igualmente, penaliza e discrimina os casais heterossexuais que somente poderão ter um filho com a utilização do útero de terceira pessoa, em razão de algum problema que contraindique que a mãe biológica faça a gestação.

Simplesmente não é crível que um tema de tal relevância não tenha merecido, até esta data, a devida atenção de nossos legisladores, ainda mais quando se tem notícia de que a ciência, em futuro não muito distante, poderá, através da reprogramação celular, capacitar homens a produzirem óvulos e mulheres, espermatozoides. Isso significa dizer que casais homossexuais poderão ter filhos biológicos de ambos. O processo seria, mais ou menos, o seguinte: células iPS (células-tronco pluripotentes induzidas) adultas seriam extraídas de uma pessoa e, por meio de manipulação genética, reduzidas ao estado embrionário, no qual, em tese, podem ser reprogramadas para produzir o tipo de célula sexual em falta (nos homens, seria o óvulo, e, nas mulheres, o espermatozoide). Se os cientistas conseguirem, será algo de tal modo revolucionário que suplantará todas as atuais discussões (“Ciência começa a abrir caminho para filhos biológicos de casais gays”, página da Internet g1.globo.com/noticias/ciencia, acessada em 03.03.10).

Pode-se, facilmente, concluir que, diante dos avanços da tecnologia genética e do Novo Direito de Família, que vem sendo desenhado, dia após dia, pelas transformações ocorridas no âm-

bito social, urge que todas as técnicas de reprodução assistida hoje conhecidas sejam regulamentadas, sem qualquer discriminação quanto à orientação sexual dos casais que as utilizarão. Só assim, os princípios da igualdade, liberdade, planejamento familiar e, acima de tudo, o da dignidade humana se farão valer efetivamente.

Entendemos que as pessoas devem fazer o que lhes for possível na busca da felicidade e, desde que a tecnologia genética permite que casais homoafetivos tenham filhos utilizando o material fecundante de um dos parceiros, é obrigação do Estado garantir-lhes este direito, através da necessária regulamentação normativa da matéria. 