

A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas

Maria Berenice Dias¹

Thiele Lopes Reinheimer²

Sumário: 1. O elo da afetividade como principal elemento da família; 2. Uniões homoafetivas; 3. Homoparentalidade; 4. Meios para atingir a sonhada filiação; 5. Bibliografia.

1. O elo da afetividade como principal elemento da família

São muitos os motivos que levaram ao alargamento do conceito de família. O distanciamento entre Estado e igreja - fenômeno conhecido pelo nome de laicização – retirou do matrimônio a áurea de sacralidade. Também o movimento feminista tirou o véu de pureza que a virgindade envolvia a mulher. O avançar dos direitos humanos colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior. Diante de todas as mudanças que vem ocorrendo na sociedade atual, não havia como não mudar as estruturas de convívio. O conceito de entidade familiar alberga as mais diversas conformações que têm como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço da afetividade.

Essas transformações, ainda que vagarosamente, vem recebendo a chancela da Justiça, de modo a permitir a construção de um novo sistema jurídico sob a ótica da pluralidade. Situações ainda que não previstas pela lei batem às portas do Judiciário, não podendo este abster-se de dar uma resposta. O juiz, para não chancelar injustiças, precisa encontrar formas de suprir a omissão do legislador.

Cunhado um novo conceito de família, atentando muito mais à natureza do vínculo que une seus integrantes do que ao seu formato ou modo de sua constituição, surgiu a necessidade de reconhecer que outras estruturas de convívio onde há o comprometimento mútuo decorrente da afetividade merecem ser albergados no âmbito do Direito das Famílias,.

¹ Advogada especializada em Direito de Famílias, Sucessões e Direito Homoafetivo. Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Presidenta da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB. Vice-Presidenta do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito das Famílias.

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais. Diretora Executiva do Site Direito Homoafetivo (www.direitohomoafetivo.com.br). Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e da Comissão Especial da Diversidade Sexual da OAB-RS.

Diante do posicionamento doutrinário construído pelo IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, tornou-se necessário reconhecer o afeto como o elemento identificador dos vínculos familiares. Esse deslocamento do eixo também atingiu o vínculo de filiação que se desprende da verdade biológica e da realidade registral para centrar-se na socioafetividade, como parâmetro para solver os impasses presentes nas demandas envolvendo a parentalidade. Na hora de decidir, o juiz passou a atentar muito mais ao interesse da criança, valorando a posse do estado de filho e fazendo prevalecer a verdade afetiva.

Diante deste caleidoscópio que ocasionou profundas mudanças no conceito de família, a ordem jurídica passou a considerar o afeto como um valor jurídico de relevante prestígio para o Direito das Famílias. Seus reflexos vêm penetrando em todo o ordenamento jurídico e na valorização dos laços da afetividade e da convivência familiar originárias da filiação, em prejuízo, muitas vezes, dos laços biológicos.³

Com o surgimento das técnicas de fertilização assistida ocorreu a maior revolução que o mundo teve a oportunidade de presenciar no campo da genética. A concepção não mais decorre, necessariamente, de um contato sexual entre um homem e uma mulher. O sonho de ter filhos está ao alcance de todos. Não é necessário ter um par e manter relações sexuais ou ser fértil para tornar-se pai ou mãe.

As diversas possibilidades de inseminação artificial trouxeram um novo desafio à Justiça, pois permitem que uma pessoa tenha filho independente da participação de outra. Novamente confrontarem-se os juízes com novo impasse na hora de definir os vínculos parentais. Mais uma vez é necessário levar em conta o critério que privilegia o melhor interesse de quem veio ao mundo pela vontade e determinação de quem desejou o filho. Os laços biológicos cederam lugar à afetividade, inclusive no âmbito das relações parentais.

2. Uniões homoafetivas

O núcleo da afetividade gerou a transformação do conceito de conjugalidade. Priorizado o compromisso afetivo, houve o reconhecimento de uma relação mais autêntica, conferindo sentido e sustentação ao vínculo conjugal. Deste modo, a família subsiste porque realmente existe o sentimento propulsor da sua continuidade.

Embora por puro preconceito, a Constituição tenha emprestado, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, que em nada se diferencia das demais as uniões homoafetivas. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de

³ Marianna Chaves, Parentalidade homoafetiva: ..., 231.

entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.⁴

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma livre opção. Descabe estigmatizar a orientação sexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem das uniões afetivas, sejam elas heterossexuais ou homossexuais.⁵

Em face da decisão do Supremo Tribunal Federal,⁶ as famílias homoafetivas foram reconhecidas como entidades familiares, e passaram a merecer proteção constitucional, quando preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família.⁷

3. Homoparentalidade

Como qualquer família, as uniões homoafetivas também têm o direito de consolidar seus vínculos de afeto por meio de filhos. O direito ao planejamento familiar e à filiação é direito de todos.

O reconhecimento do direito à parentalidade deve ser vislumbrado como um direito personalíssimo, inalienável, indisponível, passível de proteção estatal. O direito à parentalidade, desdobrado no direito a reproduzir-se ou a gerar um filho, realça o direito à intimidade e à autodeterminação dos indivíduos, que não deve ser limitado ou cerceado.⁸

Aos homossexuais não pode ser negado o sonho da maternidade e da paternidade. Como enquanto casal não possuem capacidade procriativa, dois são os caminhos disponíveis: o primeiro diz respeito à filiação biológica advinda da reprodução assistida; o segundo vincula-se à adoção.⁹

Deve-se, sem dúvida alguma, levar em consideração sempre o melhor interesse da criança. Ainda assim este princípio não pode ser invocado para negar a casais do mesmo sexo o direito a exercer a parentalidade.¹⁰

Utilizadas as técnicas procriativas por um dos companheiros, nada justifica deixar o filho sem o direito de ser reconhecido por ambos os pais, ainda que sejam pessoas do mesmo sexo. Ambos devem constar na certidão de nascimento. Além do direito à identidade, não se pode negar, por exemplo, a utilização do plano de saúde de quem também é pai ou mãe.

⁴ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 47.

⁵ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 47.

⁶ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

⁷ Paulo Lôbo, Direito Civil: Famílias, 84.

⁸ Marianna Chaves, Parentalidade homoafetiva: ..., 367.

⁹ Fabiana Marion Spengler, Homoparentalidade e filiação, 349.

¹⁰ Marianna Chaves, Parentalidade homoafetiva: ..., 363.

De outro lado, negar aos casais homoafetivos acesso à adoção conjunta é condenar crianças a permanecerem depositadas em abrigos, sem a oportunidade de viver em um lar, ainda que formado por pessoas do mesmo sexo.

O direito a ter um filho não corresponde a um direito de propriedade, ao contrário, significa a promoção de uma responsabilidade, de exercer o direito-dever da parentalidade de forma responsável e consciente.¹¹

4. Meios para atingir a sonhada filiação

É assustador o número de crianças que vivem institucionalizadas, apesar de muitos casais estarem dispostos a adotá-los. Dar a elas amor, afeto, educação, enfim, um lar, uma família. O direito ao planejamento familiar deve basear-se no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, sendo vedado ao Estado qualquer tipo de controle ou interferência no exercício desse direito de amor.¹²

Quando se trata de famílias homoafetivas, em face do preconceito e da discriminação de que sempre foram alvo, muitos casais utilizam da faculdade legal da adoção por uma só pessoa, que é possível independentemente de estado civil do adotante. Embora seja uma solução fictícia, o par entrava em consenso e decidia qual se habilitava, sem revelar sua orientação sexual.

Deferida a adoção, apesar de conviver com o par, ter dois pais ou duas mães, o filho restava completamente desprotegido com relação a quem não o havia adotado formalmente. Essa hipócrita postura protetiva resultava em total inversão de propósitos, pois acabava por deixar o filho em situação de total vulnerabilidade. Só tinha direitos com relação ao adotante. O parceiro, que também assumia os encargos parentais, restava desobrigado de toda e qualquer responsabilidade para com o filho. Assim, vindo ele a falecer, o filho nada recebia. E o pior: falecendo o adotante, a criança, na condição de órfã, corria o risco de ser institucionalizada para ser adotada por outrem.

Em 2006, a justiça do Rio Grande do Sul¹³ deferiu a adoção ao parceiro do adotante, decisão que foi confirmada pelo STJ.¹⁴ A partir deste antecedente

¹¹ Vera Lúcia Sapko, Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: ..., 80.

¹² Marianna Chaves, Parentalidade homoafetiva: ..., 364-365.

¹³ TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006.

¹⁴ Menores. Adoção. União homoafetiva. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como

passou-se a admitir a adoção e a habilitação de casais homoafetivos em todo o país.¹⁵ Afinal, esta é a melhor forma de cumprir o comando constitucional de assegurar proteção integral a crianças e adolescentes.

Assim como a adoção quando deferida a apenas uma pessoa, a fecundação em laboratório também permite que se realize o sonho de constituir uma família. A Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, assegura que todas as pessoas capazes, podem ser receptoras das técnicas de reprodução assistida. Independente da orientação sexual ou identidade de gênero do casal, os cônjuges e os parceiros, devem firmar o termo de consentimento informado.

Diante do atual contexto, vem se difundindo a utilização das práticas de reprodução assistida. A inseminação artificial, como técnica de reprodução humana assistida, importa na substituição da relação sexual, onde ocorreria fecundação, pela união do sêmen ao óvulo, mediante processo auxiliar reprodutivo.¹⁶

A fecundação pode ocorrer com material genético do par, quando é chamada de inseminação artificial homóloga. A inseminação recebe o nome de heteróloga sempre que o material genético é doado por uma terceira pessoa, geralmente anônima. Trata-se da constituição de uma parentalidade socioafetiva.

Como os casais homoafetivos são naturalmente inférteis, não havendo a possibilidade de ambos serem pais biológicos da mesma criança, utilizam a reprodução heteróloga para constituírem sua própria família.

adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificou cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. (STJ, REsp 889.852-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010).

¹⁵ Decisões disponíveis no site www.direitohomoafetivo.com.br

¹⁶ Ana Claudia Ferraz, Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: ..., 42.

Aos casais femininos, uma das principais decisões, diz respeito à escolha de qual delas levará a gestação a termo. Submetendo-se uma das companheiras à inseminação artificial, é possível a utilização do próprio óvulo ou o material genético da companheira. Feita a concepção *in vitro* com o sêmen de um doador anônimo, o vínculo de filiação se estabelecerá somente com a mãe gestacional. No entanto, quando utilizado o óvulo da companheira, esta é a mãe biológica, apesar de o registro ser levado a efeito em nome de quem deu à luz ao filho.

Em dezembro de 2008, a justiça gaúcha autorizou o registro dos filhos em nome das duas mães que haviam se socorrido da técnica de reprodução *in vitro*.¹⁷ A justiça paulista reconheceu a dupla maternidade,¹⁸ no caso, uma das parceiras gestou os óvulos da outra na fertilização realizada em laboratório. Nasceram gêmeos, filhos gestacionais de uma das mães e filhos biológicos da outra.

Os casais masculinos têm filhos mediante a técnica de gravidez por substituição. Eles escolhem qual será o doador de sêmen e quem irá gerar a criança. Podem optar em utilizar o material genético de ambos, com o intuito de não saberem quem é o pai biológico do filho.¹⁹ Em fevereiro de 2012 o direito ao duplo registro do filho concebido por inseminação artificial foi reconhecido pela justiça de Pernambuco.²⁰

O exercício da parentalidade é revelado por um cuidar, prover, educar e amar seu filho. Impedir este ato de fraternidade a quem só quer dar amor, em função da sua identidade sexual, é suprimir o conceito de humanidade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito consagrado no preâmbulo da Constituição Federal.

Diante das mais variadas possibilidades de constituição de família e das diversas formas de construção de vínculos parentais, há uma série de questionamentos que exigem uma resposta: Quem são os pais? O biológico ou o afetivo? Quem deve assumir os encargos decorrentes da autoridade parental? Um deles ou os dois? A resposta é uma só. Basta mais uma vez invocar o conceito da afetividade. Como o projeto parental teve origem na vontade de ambos, aos dois cabem as responsabilidades parentais, com toda a gama de direitos e deveres para com seus filhos.

Nunca foi tão atual o que disse Saint-Exupéry ao Pequeno Príncipe: tu és eternamente responsável por quem cativas!

¹⁷ Ação de declaração de união estável homoafetiva c/c alteração de registros de nascimento. (Proc. 10802177836, 8ª Vara de Família e Sucessões, Juiz de Direito Dr. Cairo Roberto Rodrigues Madruga, j. 12/12/2008).

¹⁸ Ação de reconhecimento da filiação homoparental. Os filhos concebidos por inseminação artificial, sendo que os óvulos de uma das mães foram fertilizados *in vitro* e implantado no útero da outra. A sentença julgou procedente o pedido determinando o registro dos filhos no nome de ambas as mães. (Proc. 0203349-12.2009.8.26.0002, Juiz de Direito Dr. Fabio Eduardo Basso, j. 30/12/2010).

¹⁹ Marianna Chaves, Parentalidade homoafetiva: ..., 373.

²⁰ Proc. nº indisponível, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, j. 28/02/2012.

5. Bibliografia

CHAVES, Marianna. *Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade Sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 363-374.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Homoparentalidade e filiação*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade Sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 347-359.