

DUAS MÃES: PELO RECONHECIMENTO LEGAL DA MATERNIDADE ÀS PARCEIRAS HOMOAFETIVAS.

Melina Sarmento da Silveira Formiga Barros

Alan Dias Barros

RESUMO

A evolução da família segue a trajetória do desenvolvimento da sociedade. Em decorrência disso, não apenas no Brasil, mas no mundo, a família tradicional vem perdendo espaço para uma nova família, aquela formada pela afetividade. O rompimento de paradigmas fez com que houvesse um reconhecimento de famílias além daquela formada pelo casamento, dando espaço às uniões homoafetivas na sociedade e no Direito. Para acompanhar essas mudanças, o Direito também deve estar em constante evolução, demonstrando as necessidades mais pungentes da sociedade em cada época. O presente artigo científico pretende demonstrar as implicações jurídicas decorrentes dessa evolução histórica do conceito de família atrelado às inovações da ciência, especialmente, no que se refere ao reconhecimento da dupla maternidade da criança gerada por reprodução assistida às parceiras homoafetivas. Para tanto, parte de uma coleta de dados bibliográfica, de caráter qualitativo, com base em dados constantes em legislação, artigos doutrinários e documentos eletrônicos; utilizando o método dedutivo. Os resultados permitem concluir pela possibilidade jurídica do reconhecimento da dupla maternidade na concepção gerada por reprodução assistida às duplas homoafetivas femininas, embora ainda não haja previsão legal sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito de Família; homoafetividade; reprodução humana assistida; maternidade.

ABSTRACT

The evolution of the family follows the path of the development of the society. Therefore, not just in Brazil, but in the entire world, the traditional family is becoming a modern family built on the basis of affection. This change on the paradigm led to the acknowledgement by the Law of the unmarried cohabiting couples as a family and the same sex couples as a civil partnership as a result of the change in the society. In order to reach these changes, the Law must be in a constant evolution, reflecting the most important needs of the society through the times. This work aims to show the juridical consequences of this historical evolution in the concept of family related to scientific innovations, mainly, about the recognition of the doublematernity to the female same sex couples through the possibility of the assisted human reproduction. For that, this work begins from a qualitative bibliographic information collection, based in information present in laws, doutrinary articles and electronic documents; using the deductive method. The results allow to conclude for the juridic possibility of the recognisement of double female partnership in the assisted reproduction conception to the women homoafective pairs, although there is no legal provision yet.

Key words: Family Law; homoaffective; assisted human reproduction; motherhood

INTRODUÇÃO

A família é a unidade básica da sociedade e surgiu através do vínculo entre pessoas em razão da necessidade do homem de viver em comunidade, tendo sua origem antes mesmo do surgimento do Direito, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas. Embora tenha havido grandes transformações históricas, econômicas e sociais, a entidade familiar não se extinguiu; acompanhou todas essas mudanças, sofrendo modificações em sua constituição, mas se mantendo como base de toda a sociedade.

Com o tempo, o afeto ganhou grande importância e se tornou elo fundamental na formação da família, dando espaço para o surgimento de uniões estáveis e comunidades monoparentais, consagradas na Constituição Federal e também de outras entidades familiares não expressas no texto da Carta Magna, como aquelas formadas por parceiros do mesmo sexo ou aquelas formadas por avós e netos, em decorrência de abandono ou morte dos pais.

O que se verifica é que a constituição da família passou a ser muito mais uma busca pela felicidade do que o respeito a padrões de normalidade impostos pela sociedade. Não há dúvidas de que, apesar de estarem se impondo cada vez mais, buscando a aceitação das pessoas, a família não-tradicional ainda sofre muito preconceito.

Essa busca pela felicidade e realização tornou as uniões homoafetivas cada vez mais visíveis, obtendo, inclusive, o reconhecimento do ordenamento jurídico brasileiro, através de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento da ADIN 4.277/DF. No entanto, esse reconhecimento representa apenas a conquista de um de seus direitos, dando força para outras reivindicações, como o direito ao casamento civil e o direito de poder exercer a maternidade ou paternidade.

Nesse contexto, pretende-se analisar o direito à maternidade de uma criança concebida através da reprodução humana assistida em parceiras homoafetivas, não como uma decisão isolada, mas como decorrência natural de um direito fundamental de todo cidadão.

Diante das disposições do Direito brasileiro, pergunta-se quem poderia ser considerada a mãe da criança gerada por reprodução assistida nas duplas homoafetivas femininas, aquela que carrega a criança no ventre e a concebe ou aquela doadora do material genético? Partindo desse questionamento, pretende-se demonstrar que o direito à maternidade vai muito além de tal indagação, levando em consideração o planejamento familiar e a convivência que decorrerá do nascimento da criança, visto que será criada pelas duas mães.

Além disso, não há que se encarar essa busca da dupla maternidade simplesmente como um direito do casal de realizar um projeto parental, mas também um direito da criança de viver no seio de uma família que tanto a desejou, planejou e que irá lhe fornecer plenas condições de desenvolvimento.

Essa problemática será analisada com base nos princípios constitucionais da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação, dos respeito à dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança e demonstrará a possibilidade do reconhecimento do direito à maternidade às parceiras homoafetivas como direito fundamental de todos os cidadãos.

1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família é considerada a expressão social mais antiga do ser humano, surgindo de maneira espontânea, devido à necessidade do homem de viver em comunidade para fins de reprodução e defesa, “muito antes do Direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas” (LOUZADA, 2011).

Dispõe sobre o assunto, Euclides Oliveira (*apud* Menezes, 2008)

Primeira e principal forma de agrupamento humano, a família preexiste à própria organização jurídica da vida em sociedade, por isso lhe dá origem, sendo considerada à *célula mater* de uma nação. Sua formação decorre, primordialmente, das regras do direito natural, até mesmo pelo fenômeno instintivo da preservação e perpetuação da espécie humana.

Na verdade, falar sobre o conceito de família é atentar para a sua mutação, segundo o tempo de sua constituição e consolidação em cada geração. Transforma-se de acordo com a época em que se insere, acompanhando a evolução da cultura e avanços tecnológicos, de tempo em tempo, conforme o constante desenvolvimento da humanidade.

Durante a hegemonia do Império Babilônico sobre a Mesopotâmia, o rei Hamurabi formalizou um código de leis escrito, ainda quando prevalecia a tradição oral, tratando de questões como trabalho, família, propriedade e escravidão, e deu-lhe o seu nome. O código de Hamurabi instituiu o sistema familiar como patriarcal e monogâmico, sendo válido apenas o casamento por meio de contrato, e garantia aos filhos, fruto deste casamento,

o direito sucessório. Admitia-se o divórcio e o concubinato, mas a concubina não tinha os mesmos direitos de uma esposa.

Assim como na Mesopotâmia, todos os povos da Antiguidade admitiam o divórcio, embora sempre como uma garantia muito mais masculina, claramente identificada no código de Manu, que reafirmou a incapacidade da mulher de se gerir (LOUZADA, 2011).

Os laços sangüíneos começaram a dissolver-se entre a população na medida em que as sociedades tornaram-se mais complexas. Paul Vayne afirma que “Em Roma, a ‘voz do sangue’ falava muito pouco; o que falava mais alto era a voz do nome da família”(apud SAPKO, 2010, p.25).

Na Roma Antiga, a família era identificada por laços de consangüinidade ou religiosos, através do culto aos mesmos antepassados, e viviam sob o comando do *paterfamilias*, que representava o poder político, religioso e exercia também a função de juiz, desempenhando esse poder sobre a mulher, os filhos e o patrimônio familiar (SAPKO, 2010).

Com o tempo, o poder do *paterfamilias* foi abrandado, ganhando importância a expressão *família natural*, formada apenas pelo casamento e os filhos advindos deste, dando maior valorização ao parentesco cognatício (biológico), em detrimento do parentesco agnatício (jurídico), que predominava. (SAPKO, 2010)

Na Idade Média, a Igreja ganhou força com o enfraquecimento do poder laico pelo declínio do poder real, dando grande importância ao Direito Canônico, que passou a julgar, em nome de Deus, assuntos referentes à família como casamento e legitimidade dos filhos. A *família natural*, adaptada pela Igreja Católica, passou de contrato para instituição sacramentada, indissolúvel, sendo a relação sexual pressuposto de convalidação da união, uma vez que o casamento tinha como fim a procriação.

Embora a Revolução Francesa parecesse ter dado às mulheres a igualdade tão ambicionada, os direitos tão esperados por elas não lhes foram dados, principalmente com a chegada ao poder de Napoleão Bonaparte, que em seu sexista código civil, que fortaleceu o poder patriarcal, reforçando ao homem poder sobre os filhos e sua esposa e mantendo a enorme discrepância de direitos entre homens e mulheres.

A partir da Revolução Industrial, os homens perderam seu espaço no processo produtivo e as mulheres foram inseridas no mercado de trabalho, tendo em vista o baixo custo de sua mão-de-obra.

De maneira geral, em toda sua história, a família tinha como objetivo a procriação, resultado da união entre o homem e a mulher. Nesse contexto é que foi editado o Código Civil de 1916, legitimando apenas as famílias constituídas através do casamento, negando aos filhos gerados fora do casamento seus direitos, uma vez que eram considerados ilegítimos, e marginalizando mais uma vez a mulher, ao inferiorizá-la, atribuindo direitos e deveres diferentes para o marido e a mulher.

Atualmente, dentro da sociedade em que vivemos, se questionados para identificar o que seria família, intuitivamente pensaríamos naquela formada pelo homem e a mulher, constituída através do vínculo matrimonial, sendo o elemento central a figura do pai, seguindo o modelo patriarcal, também percebido na história da humanidade e consolidado nos dias de hoje. Isso porque o Cristianismo, fortalecido pela Igreja Católica, desempenhou um papel de destaque na formação da civilização ocidental a partir do século IV e ditou padrões éticos e morais de conduta que aboliam as relações que não fossem decorrentes do casamento, incluídas as homoafetivas, já que o matrimônio demonstrava um nítido interesse na possibilidade de procriação (DIAS, *Famílias moderna...*, 2010).

Essa repressão à homoafetividade, que por muito tempo escreveu a história da humanidade, foi abrandada com o avanço da ciência, que passou a aceitá-lo como forma de orientação sexual. Embora o preconceito ainda esteja culturalmente consolidado na sociedade, também em decorrência dessa repressão histórica, já há uma maior aceitação da família como um conjunto de pessoas vinculadas por laços de afeto.

Para Vera Lucia Sapko (2010, p. 51)

Esta visão preconceituosa, todavia, não mais se coaduna com os avanços científicos, com as transformações sociais e com a própria evolução do Estado e do Direito, em especial do Direito de Família, em que se privilegia as relações de afeto, a autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, paridade e realidade em detrimento de formalidades sociais ou legais.

Embora admita esse avanço do próprio Direito ao privilegiar as relações de afeto, Sapko (2010, p.51 e 52) afirma, ainda, que “entre aqueles que vislumbram nas uniões

homossexuais relações de afeto, há os que negam a possibilidade para estes indivíduos de serem pais e mães, entendendo haver riscos intransponíveis às crianças e adolescentes”. Isso porque

A homossexualidade é, ainda, vista com enormes restrições, e o preconceito, se não ostensivo é claramente vigorante, revelando-se no seio das relações sociais, onde o homoafetivo é ainda marginalizado, bem como nosso direito positivo que, embora vede qualquer espécie de discriminação, não consagra, expressamente, direitos a esta parcela da população.

Tendo em vista que o afeto é elemento fundamental de formação da família e considerando que a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como rol meramente exemplificativo de núcleos familiares, imperativo é o reconhecimento da união fundada no afeto de pessoas do mesmo sexo como família.

Não há dúvidas de que, mesmo com toda a imposição patriarcal percebida no curso da história de diferentes povos, os homoafetivos vêm aos poucos conquistando seu lugar na sociedade, quebrando paradigmas e demonstrando uma necessidade do legislador sair da névoa da omissão e expressar-se, garantindo direitos aos casais homoafetivos (LOUZADA, 2011).

2 HOMOAFETIVIDADE E A BUSCA POR ACEITAÇÃO

Vera Lúcia Sapko (2010, p. 52) afirma que “a história da humanidade, entretanto, evidencia que a homossexualidade é tão antiga quanto a heterossexualidade”. Nas civilizações antigas, como Grécia, Roma, Egito e Assíria, percebe-se a existência das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, especialmente expressões do sexo masculino, uma vez que as mulheres sempre tiveram sua sexualidade desprestigiada.

Corroborando esse pensamento, na história da Grécia verifica-se, há certo tempo, o livre exercício da sexualidade, por meio de demonstrações de condutas que hoje seriam tidas como homoafetivas, facilmente ilustradas através de relatos e lendas de Deuses Mitológicos, como Zeus e Aquiles. Mas, mesmo numa relação entre iguais, sempre se valorizou apenas um pólo da relação, tido como a figura masculina ou o “ativo”, demonstrando uma óptica machista percebida até a atualidade.

Apesar de ter sido aceita por muito tempo, a homoafetividade passou a ser repreendida, principalmente no início da Idade Média, alicerçada pela doutrina católica, sendo alvo de intolerância e preconceito, uma vez que passou a ser vista como pecado. Ainda sob o enfoque de que a sexualidade era algo negativo e intolerável, Sapko (2010, p. 55) menciona o Papa Pio XI, para quem a sexualidade “é uma licenciosidade criminosa essa, que alguns se arrogam, porque só desejam satisfazer seu prazer, sem a carga dos filhos”.

Essa condenação à homoafetividade, porém, não foi exercida unicamente pela Igreja Católica, mas também difundida, até hoje, no mundo islâmico e mulçumano, através de punição ainda mais rigorosa, como a pena de morte sob o argumento de violação ao Alcorão.

Embora tenha deixado de ser considerado como patologia, a homoafetividade ainda enfrenta grande dificuldade de aceitação e reconhecimento na sociedade, refletindo também no Direito Positivo, que se omite em disciplinar suas uniões como entidades familiares e os direitos decorrentes destas. No Brasil, somente em maio de 2011 é que o STF, ao julgar a ADIN 4.277/DF, reconheceu ser admissível a união estável para casais do mesmo sexo.

Paulatinamente, os homoafetivos vêm avançando em sua busca pela igualdade, mesmo que muitos de seus direitos ainda não sejam reconhecidos. Isso porque o pensamento político no Brasil ainda tem base heteronormativa, colocando os homossexuais com inferioridade no espaço social e jurídico. Contraditório é exigir de todos os cidadãos os mesmos deveres e não lhes outorgar os mesmos direitos (SAPKO, 2010).

3 DIREITO À PTERNIDADE/MATERNIDADE DE HOMOSSEXUAIS COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

3.1 Princípios do Pluralismo, da Igualdade e da Não-discriminação

A sociedade contemporânea é marcada pelo pluralismo, que se verifica através de uma multiplicidade de valores sociais, econômicos, culturais e religiosos, devendo ser reconhecidas as diferenças de forma a integrá-las a essa mesma sociedade.

Segundo Gilmar Mendes a complexidade da sociedade atual ganha contornos constitucionais, na medida em que leciona:

Embora a Constituição Brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão *pluralismo* agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas à preferência e/ou ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na *polis*, ou seja, um direito fundamental à *diferença* em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural (2008, p.156).

Esse princípio assegura a todo indivíduo sua capacidade de autodeterminação e seu direito de levar a própria vida da forma que melhor lhe convier, sem que haja intervenção de terceiros; além de garantir o direito à diferença, significando uma aversão ao preconceito, ódio e perseguição.

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, consagra o princípio da igualdade, segundo o qual

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, institui que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (D’URSO, 2009).

Embora não seja recente a busca pela igualdade, esta tem ganhado maior ênfase nas sociedades contemporâneas, devido à incessante busca do direito à diferença, trazendo discussões acerca do reconhecimento de direitos aos homoafetivos. Mas essa busca ainda tem enfrentado grande resistência, consubstanciada em sistemas de desigualdades e exclusão social, fortalecidas por um grupo que representa maioria na sociedade, ignorando a diferença e levando o legislador a silenciar-se.

Apesar de a igualdade ser consagrada na maioria das constituições ocidentais, ela está longe de ser efetiva, no sentido de garantir a todos os cidadãos direitos igualitários, sendo negado aos homossexuais o direito garantido aos heterossexuais de escolherem se querem ou não ter filhos. Essa resistência ao reconhecimento da diferença faz com que os homossexuais

sejam vistos com reprovação, discriminação e, conseqüente, exclusão; verificada inclusive em países em que as uniões homoafetivas são reconhecidas pelo Direito (SAPKO, 2010).

Boaventura de Sousa Santos (*apud* SAPKO, 2010, p. 76) defende que “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”. Os direitos são dados a todos, porém nem todos conseguem meios de exercê-los em sua plenitude, devendo o Estado intervir no sentido de garanti-los sempre que forem ignorados.

O princípio da igualdade, instituído na nossa Carta Magna, assegura o mesmo tratamento a qualquer cidadão, dando a homens e mulheres os mesmos direitos e obrigações diante da lei, não cabendo distinção de qualquer natureza. Sapko (2010) destaca que não cabe ao intérprete fazer nenhuma restrição não especificada ou imposta, devendo os operadores do Direito abrir mão de seus preconceitos e viabilizar a inclusão social dos homossexuais, como efetivação da cidadania.

Da mesma forma que casais heterossexuais têm o direito de planejarem livremente a constituição de sua família, decidindo se querem ou não ter filhos, quando e quantos terão; os casais homossexuais deveriam ter essa mesma autonomia sobre suas vidas. Maria Helena Diniz (2010, p. 145) nos ensina que

Planejamento familiar é o “conjunto de ações de regulamentação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (Lei n. 9.263/96, art. 2º)”. O planejamento familiar é livre decisão do casal (CC, art. 1.565, § 2º), cabendo ao Estado tão somente propiciar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito, não podendo haver controle público ou privado.(...) O casal é titular do direito reprodutivo, cabendo a ele, ante ao princípio da liberdade de decisão, planejar sua família, no que atina ao fato de ter ou não filhos, ao número destes e ao espaçamento de gerações.

Não se trata simplesmente do direito de ser pai/mãe, mas do direito de planejar e constituir uma família, de deixar descendentes e transmitir a eles sua história, dando continuidade a sua descendência. Maria Helena Diniz (2010, p. 143) afirma, ainda, que

Pode-se afirmar que o planejamento familiar responsável é um direito reprodutivo, ou melhor, um direito humano básico reconhecido pela ONU, na Resolução de 1968, e pela Constituição, em seu art. 226, § 7º, sendo, com base nos princípios do respeito à dignidade humana e da paternidade (parentalidade) responsável, um paradigma da política populacional.

Esse planejamento familiar se tornou mais fácil e efetivo com o desenvolvimento de técnicas de contracepção, disponíveis a toda a população, mas ainda hoje repreendidas pela Igreja, devido ao seu nítido interesse de estimular a procriação. Para Maria Helena Diniz (2010, p. 145, 146), “o casal é o titular do direito reprodutivo, cabendo a ele, ante o princípio da liberdade de decisão, planejar sua família”, e acrescenta que “o direito de escolha do método contraceptivo pelo casal é válido para o planejamento familiar”.

Wagner Mota Alves de Souza (2009, p. 212) conceitua a “infertilidade como a ausência da capacidade de ter filhos durante certo período de tempo, ou seja, um lapso temporal com atividade sexual, mas sem concepção” e a diferencia da esterilidade, definindo-a “como uma incapacidade total e permanente de conceber ou fecundar.”

Não só isso, o desenvolvimento tecnológico tornou possível o sonho de ter filho também àqueles que biologicamente eram incapazes, ou pela infertilidade ou pela orientação sexual, através de técnicas de reprodução medicamente assistidas, disponibilizadas a todos sem limitação.

Embora a ciência tenha tornado possível a paternidade/maternidade de homossexuais através de reprodução artificial humana, sua luta pela igualdade ainda não logrou o êxito esperado, pois ainda lutam por seu reconhecimento na esfera jurídica.

Eles honram suas obrigações, respeitando as leis e cumprindo seu dever de cidadãos, mas em contrapartida, não lhes são assegurados os mesmos direitos, tendo suas pretensões ignoradas pelo ordenamento jurídico. Maria Berenice Dias (*A lei do silêncio*, 2011) nos ensina que “é absolutamente preconceituoso o silêncio da lei” e que “na falta de previsão legislativa, a tendência da Justiça é reconhecer que inexistente direito a ser tutelado”.

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal impõe o cumprimento ao princípio da não-discriminação

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

(...).

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

O dispositivo constitucional é claro ao excluir qualquer forma de discriminação, não cabendo nenhuma interpretação restritiva. O objetivo do legislador foi de excluir todo tipo de discriminação e, embora não esteja expresso, também deve ser abolido o preconceito quanto à opção sexual de qualquer pessoa.

Não parece suficiente aceitar as diferenças, mas fazer com que os princípios da igualdade e da não-discriminação sejam efetivamente aplicados, através da inclusão e proteção jurídica dos grupos excluídos, por meio da superação dos interesses e preconceitos dos grupos hegemônicos, instituindo uma democracia realmente efetiva e valorizando a diversidade (SAPKO, 2010).

Seguindo esse pensamento, recusar o direito à maternidade de casais homoafetivos seria opor-se ao dispositivo constitucional, negando-lhes direitos fundamentais de todo ser humano. Deve, portanto, ser asseverado a todas as pessoas o direito à paternidade/maternidade, independente de sua orientação sexual, garantindo-lhes a mesma liberdade e autonomia, com base no princípio da igualdade e da não-discriminação.

3.2 Efetivação da cidadania, respeito à dignidade da pessoa humana e o direito a uma família.

Luiz Flávio Borges D'Urso (2005) conceitua a cidadania como sendo “um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e pode ser traduzido por um conjunto de liberdades e obrigações políticas, sociais e econômicas”. E acrescenta que “ser cidadão hoje implica em exercer seu direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, à cobrança de ética por parte dos governantes”.

Como vivemos num mundo caracterizado pela diversidade de valores, onde a pluralidade impera, para que o cumprimento da cidadania seja efetivo, não basta reconhecer a igualdade, mas, sim, a diferença. Desmistificar o pensamento de que, diante da diferença, alguns necessariamente devem ser tidos como superiores em detrimento de outros. A Constituição Federal consagra como um dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...).

III - a dignidade da pessoa humana;

Desse preceito constitucional, na verdade, extrai-se muito mais que simplesmente um direito fundamental, uma vez que dele outros direitos fundamentais podem ser deduzidos, ainda que não expressos. Adverte Sarlet (*apud* SAPKO, 2010, p. 98)

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, na verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo, promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo, inclusive, falar-se em um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

A concretização da felicidade em sua completude, para muitos, abarca a realização do desejo de ter filhos, constituindo momento imprescindível para o desenvolvimento da personalidade de cada ser humano, de modo que o direito a paternidade/maternidade também deve ser visto como a efetivação do princípio da dignidade humana, uma vez que sua concretização traz como consequência a realização pessoal do ser humano e contribui para a formação de sua identidade.

Ter esse direito negado é violar os direitos fundamentais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, impedindo sua realização pessoal e tendo como consequência a inviabilização do exercício da cidadania, trazendo riscos à própria democracia, uma vez que caracteriza uma censura a liberdade que deveria ser dada a todo cidadão.

A Assembleia Geral das Nações Unidas instituiu proteção às crianças através da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, estabelecendo que a família é a unidade principal da sociedade e meio apropriado de bem-estar e crescimento de seus membros, principalmente das crianças, que devem receber proteção e assistência necessária para seu melhor desenvolvimento.

Dessa forma, a criança deve crescer em ambiente familiar que lhe ofereça afeto, educação, compreensão e felicidade, dando-lhe elementos indispensáveis para a formação de

um indivíduo de maneira saudável, contribuindo para a sua formação como cidadão e sua preparação para a vida em sociedade.

A doutrina da proteção integral da criança garantiu às crianças e adolescentes os direitos fundamentais, atribuindo-lhes proteção especial absoluta e prioritária, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu art. 227

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É inquestionável a importância da família para o pleno desenvolvimento da criança, como preceitua nossa Constituição Federal, uma vez que esta lhe assegura o direito à saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, etc., ou seja, condições necessárias para sua evolução e preparação para a vida em sociedade.

Pode-se concluir que, o direito à paternidade/maternidade deve ser dado também aos homoafetivos, sob pena de terem seus direitos fundamentais negados, privando também a criança de seu direito fundamental à convivência familiar, já demonstrado ser de suma importância para o seu desenvolvimento, pois a própria Constituição Federal em seu art. 226, § 4º, admite a existência de outras configurações familiares. Logo, instituir um único modelo de entidade familiar seria transgredir os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, do respeito à diversidade e do pluralismo, do Estado Democrático de Direito.

4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida é o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano” podendo ser realizadas pelos métodos ZIFT e GIFT (DINIZ, 2010, p. 569). Também “pode ser chamada de concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida”. (LOUREIRO, 2009, p. 96)

Várias são as técnicas de reprodução medicamente assistida, que são classificadas de acordo com seu nível de complexidade, sendo a inseminação artificial, de baixa complexidade; a transferência intratubária, de média complexidade; e a fertilização *in vitro*, de alta complexidade. (SOUZA, 2009, p. 220)

Conforme ensina Maria Helena Diniz (2010, p. 569)

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*ZibotIntraFallopianTransfer*), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-la 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 pelo método GIFT (*GamethaIntraFallopianTransfer*), referindo-se à fecundação *in vitro*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa do óvulo ou embrião.

E prevê, ainda a mesma autora, situações inusitadas decorrentes da ectogênese, como

- a) Fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com espermatozoides do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;
- b) Fertilização *in vitro* com sêmen e óvulos estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
- c) Fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente à sua mulher, mas implantado no seu útero;
- d) Fertilização, com espermatozoides de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela;
- e) Fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizante do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa(convivente);
- f) Fertilização, com espermatozoides de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher;
- g) Fecundação *in vitro* de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente), seja implantado no útero da mulher ou no de outra.

Desse rol de possibilidades extrai-se também a possibilidade da maternidade à parceiras homoafetivas, através da fecundação *in vitro* de óvulo da companheira, fecundado ao sêmen de terceiro e implantado no útero da outra companheira.

Conforme a Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina (2011), “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”. Ainda dispõe que

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

Essa anuência pelo anonimato do doador demonstra sua falta de interesse de ser pai, atribuindo a sua doação o caráter solidário, tendo em vista que esta tornará viável o sonho de ser mãe/pai àqueles ditos incapazes, retirando-lhe, portanto, as responsabilidades decorrentes da paternidade.

Wagner Mota Alves de Souza (2009, p. 211) acrescenta que “esta revolução tecnológica trouxe consigo uma gama de novos problemas que escaparam por completo da previsão do legislador (o que era de se esperar), desafiando a Ciência do Direito” e que “são situações cujas conseqüências não estão ainda bem definidas, mas se fazem presentes e reclamam soluções”.

5 TÉCNICAS CIENTÍFICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO INSTRUMENTO DE VIABILIZAÇÃO DA MATERNIDADE/PARTERNIDADE DOS HOMOSSEXUAIS

O advento de técnicas de contracepção representou uma divisão entre a atividade sexual e a geração de filhos, representando fator importante para o planejamento familiar. Pessini e Barchifontaine nos informam que “isso inclui o direito de todos de tomar decisões em relação à reprodução, livres de discriminação, coerção e violência, termos esses expressos em documentos internacionais sobre direitos humanos” (*apud* SAPKO, 2010, p. 118).

Esse divisor entre sexualidade e procriação proporcionou ao homem e à mulher uma maior liberdade, possibilitando sua expressão muito mais pelo afeto do que pela perpetuação da espécie e, trazendo “reflexos inequívocos em seu comportamento e, por via de conseqüência, a todas as instituições sociais” (SAPKO, 2010, p. 118).

A ciência tem avançado no sentido de facilitar a vida das pessoas e auxiliar no planejamento familiar, não só através da criação de métodos contraceptivos, mas também viabilizando a possibilidade de ter filhos àqueles biologicamente incapazes, através de métodos de reprodução artificialmente assistida.

Substituindo a Resolução do ano de 1992, primeira regulamentação acerca da reprodução assistida no Brasil, proveniente do Conselho Federal de Medicina (CFM), anunciou, em janeiro de 2011, novas regras para a reprodução artificial. Entre essas mudanças, destaca-se a permissão do benefício da reprodução assistida a casais homoafetivos.

Segundo reportagem da revista *Veja*, publicada em 05/01/2011, Roberto D'Ávila, presidente do CFM, afirma que “a resolução permite que a técnica seja desenvolvida em todas as pessoas, independentemente de estado civil ou orientação sexual. É uma demanda da sociedade moderna”, não havendo, portanto, distinção entre casais hetero e homossexuais (CASTRO, 2011). Em outra reportagem, o mesmo Roberto D'Ávila (G1, 2011) afirma que “Na medicina não há espaço para preconceito nem discriminação. O importante é que todas as pessoas, independente da qualidade ou do estado civil das suas uniões, tenham acesso a essa técnica”.

Dessa forma, tornou-se viável a busca da maternidade/paternidade, por meio de reprodução assistida, à mulher solteira, ao *gay* através de doação de óvulo e uma mãe substituta para gerar seu filho e às parceiras homoafetivas por meio de doação do óvulo de uma para que seja implantado na outra.

Essa tecnologia tornou possível a realização do desejo de ter um filho àqueles que biologicamente são incapazes ou tem essa incapacidade decorrente da sua opção sexual. Diante da regulamentação do Conselho Federal de Medicina, que abre novas possibilidades ainda não previstas em lei, torna-se “imperativa a criação de novos parâmetros éticos e jurídicos, permitindo ao Direito acompanhar a evolução humana e, à ética manter um conjunto mínimo de valores para a humanidade” (SAPKO, 2010, p. 120).

O direito dos homoafetivos de terem filhos, agora viabilizado através de técnicas de reprodução humana, também é viável no âmbito jurídico, se analisados sob a óptica dos princípios da igualdade, do pluralismo e da não-discriminação, direito inerente a todo cidadão com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sapko (2010, p. 110) afirma que este direito também deve ser analisado “sob o prisma dos direitos de personalidade, na órbita, assim, do Direito Civil”. Defende ainda que o poder de escolher ter ou não filhos “são situações que afetam a personalidade de cada um, influenciando não só a idéia que cada um tem de si mesmo, mas inclusive sua forma de relação com o restante da sociedade”.

O direito de personalidade é inerente a todo ser humano, devendo, em consequência disso, ser o direito à paternidade/maternidade um direito também dos homoafetivos. Apesar disso, como não há regulamentação prevista na lei, os homoafetivos ainda lutam por esse direito de serem pais, através de desgastantes ações judiciais.

Sob a óptica da necessidade da criança de ter sua filiação garantida, ainda sobre direito de personalidade, o Código Civil, em seu art. 16, preleciona que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Não resta dúvida, portanto, que ao fazer referência ao sobrenome, o legislador acabou por fazer relação com o direito à ascendência, assegurando sua transmissão de geração a geração.

Questão controversa a respeito do tema envolve a definição de quem deve ser considerada a mãe de determinada criança concebida mediante método de reprodução assistida, na hipótese de parceiras homoafetivas, em que a gestação tenha sido vivida por uma das companheiras, enquanto os óvulos fecundados pertençam à outra.

De acordo com a doutrina majoritária, a exemplo de Veloso (*apud* WELTER, 2003, p. 237), “tem prevalecido o princípio de que a mãe é a que dá à luz a criança”, porém, no caso acima exposto, um teste de DNA provaria o contrário. Todavia, em que pese a taxatividade da legislação, sem dúvidas há de ser considerado que a decisão de ter filhos é fruto do planejamento familiar, movido pelo desejo de procriação que anima ambas as parceiras em uma relação homoafetiva.

O reconhecimento da dupla maternidade garante à criança seus direitos de personalidade, ascendência e todos os outros decorrentes destes, além de assegurar à mãe biológica o direito de exercer todos os atos da vida civil em igualdade de condições com aquela que deu à luz, como representante legal da criança.

Cumprе ressaltar que o Poder Judiciário já teve oportunidade de enfrentar o tema, tendo acolhido a pretensão formulada por parceiras homoafetivas que ingressaram com

demanda judicial objetivandoo reconhecimento da dupla maternidade e dos efeitos legais decorrentes dessa qualidade.

Em sua sentença, a Juíza Débora Ribeiro frisou que o rigorismo legal deve ceder espaço à garantia do direito à maternidade e ao direito da criança de ter “figuras significativas que exerçam as funções parentais, independente de suas opções sexuais” e de viver em ambiente saudável, afetivo e favorável ao seu desenvolvimento (TRINDADE, 2011).

Ademais, o entendimento exposto na decisão acima noticiada privilegia o direito da criança à identidade genética, conforme estabelece o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), segundo o qual “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível”.

Não é demais lembrar que apesar de representar grande vitória àqueles que lutam pra terem seus direitos devidamente assegurados, trata-se, ainda, de entendimento isolado e que, muito embora abra precedentes e sirva de jurisprudência para auxiliar casos semelhantes, o que deve ser atentado é que esse direito deveria ser resguardado a todos, sem qualquer tipo de discriminação.

CONCLUSÃO

A evolução histórica, econômica, política, social e cultural da humanidade, trouxe como consequência diversas transformações na constituição e estrutura das entidades familiares, que passaram a ter como base o afeto, elo indispensável para a sua formação.

Com a abertura das possibilidades de constituição das entidades familiares, houve uma maior liberdade para que outras formas de família fossem assumidas, incluídas as uniões homoafetivas, que vêm se tornando cada vez mais visível. Em consequência disso, os homoafetivos tem se engajado na luta por seus direitos e interesses, estando entre essas reivindicações, o direito à paternidade/maternidade.

Embora a união entre homoafetivos seja percebida cada vez mais com maior expressão, ainda há certa resistência da sociedade no sentido de aceitá-la, consequentemente,

negando a esta parcela da população o direito de exercer a paternidade/maternidade, demonstrando que culturalmente a idéia de patriarcado continua consolidada.

Para que sejam superados esses limites, é necessário que haja uma quebra de padrões, através de políticas educativas que propiciem o rompimento do preconceito, viabilizando a formação de uma sociedade mais aberta e consciente da importância da aceitação de diferenças, permitindo uma maior inclusão social de parcela da sociedade e, conseqüentemente, assegurando a todos os mesmos direitos, inclusive o direito de exercer a paternidade/maternidade.

Como já visto, essa visão excludente de que os homossexuais não têm o mesmo direito à paternidade/maternidade que os heterossexuais têm, devido às lacunas legislativas, não deve prosperar, devendo esses vácuos serem preenchidos com base nos direitos e garantias fundamentais, de maneira que lhes sejam garantidos os mesmos direitos assegurados a todos os cidadãos.

Nesse sentido, ao analisar a problemática acerca do reconhecimento da dupla maternidade às parceiras homoafetivas que fizeram uso de técnicas de reprodução assistida, deve-se levar em consideração a intenção de ambas de ter um filho em comum, considerando o planejamento familiar de que decorreu essa decisão e, portanto, de seu intuito de fornecer à criança as melhores condições para o seu desenvolvimento.

Além disso, esse reconhecimento garantirá a ambas as parceiras o direito de exercer todos os atos da vida civil como representantes da criança e, assegurando à criança o respeito ao seu melhor interesse, oportunizando-lhe crescer em meio familiar que lhe garanta educação, amor e compreensão, além do seu direito ao nome e à ascendência, trazendo repercussão, inclusive, no que diz respeito à fins sucessórios.

Não há, portanto, em que pese os princípios constitucionais da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação, do respeito à dignidade da pessoa humana e da proteção integral à criança, que se negar às parceiras homoafetivas o direito à dupla maternidade, concluindo pela sua possibilidade e levando a uma concepção de que este direito deve ser assegurado a todos os homossexuais, através de uma mudança na subjetividade de toda a sociedade, possibilitada por meio do reconhecimento das diferenças e, conseqüentemente, fazendo com que o legislador saia da sombra da omissão.

REFERÊNCIAS

BARROS, Ana Cláudia; SOUSA, Dayanne. **Lésbicas conseguem registrar filhos com "duas mães"**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4876444-EI6577,00-Lesbicas+conseguem+registrar+filhos+com+duas+maes.html>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pela Emendas Constitucionais nº 1/92 a 46/2005. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>> Acesso em: 12 nov. 2011.

BUCHALLA, Anna Paula. **Meu pai é gay. Minha mãe é lésbica**. São Paulo, 2001. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/110701/p_066.html>. Acesso em: 20 abr. 2011

CASTRO, Gabriel. **Nova regra reduz número de embriões usados em fertilização artificial**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/nova-regra-reduz-numero-de-embrioes-usados-em-fertilizacao>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº. 1.957, de 06 de janeiro de 2011**. Institui modificações relativas à reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 23 nov. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Efeitos patrimoniais das relações de afeto**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_fam%EDlias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto_e_da_lei.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **O reconhecimento do direito à diferença**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/o-reconhecimento-do-direito-a--diferenca.cont>> Acesso em: 10 mai. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **A lei do silêncio**. Belo Horizonte. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/48_-_a_lei_do_sil%Eancio.pdf>. Acesso em: 18 out. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_fam%EDlias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto_e_da_lei.pdf>. Acesso em: 25 set. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **A Igualdade Desigual**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/32_-_a_igualdade_desigual.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Uniãos homoafetivas e o atual conceito de família**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/37_-_uni%F5es_homoafetivas_e_o_atual_conceito_de_fam%EDlia.pdf>. Acesso em: 19 out. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A Construção da Cidadania**. São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/> Acesso em: 20 nov. 2011.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Igualdade e Dignidade**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2009/124/> Acesso em: 12 nov. 2011.

G1. **CFM libera inseminação artificial para casais gays; conheça as novidades**. Cidade, 2011. Disponível em: <<http://pe360graus.globo.com/noticias/brasil/ciencia/2011/01/06/NWS,527051,3,377,NOTICIAS,766-CFM-LIBERA-INSEMINACAO-ARTIFICIAL-CASAIS-GAYS-CONHECA-NOVIDADES.aspx>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

LIMA, Francine. **Estou grávida da minha namorada**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família. Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios**, 2011. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em: 25 ago. 2011.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENEZES, Larissa Pacheco de. **Evolução Histórica da Família**. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1708>>. Acesso em: 10 set. 2011

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas**. Editora Campus, 2009.

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

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à Procriação, Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida e a Proibição de *Venire Contra Factum Proprium* – A Inseminação Artificial Heteróloga e o Comportamento Contraditório do Cônjuge ou Companheiro(a). In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil. Leituras Complementares de Direito Civil**. JusPodivm, São Paulo, 2009, p. 211-232.

TRINDADE, Eliane. **Casal de lésbicas tem dupla maternidade reconhecida pela Justiça**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/967447-casal-de-lesbicas-tem-dupla-maternidade-reconhecida-pela-justica.shtml>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.