

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: aspectos práticos e consequências psicojurídicas

Aléssio Borelli Faccio Fiorin¹

Felipe Freitas de Araújo Alves²

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega³

RESUMO: A família vem modificando-se ao longo dos anos, não sendo mais uma formação exclusiva do casamento, mas pautada na liberdade e flexibilidade dos laços de afeição e companheirismo. Dentre os novos arranjos familiares, a família homoparental vem se destacando pelas controvérsias e polêmicas que suscita no imaginário social. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma ampliação no conceito de família. Desde então, com base no planejamento familiar, os casais homoafetivos estão buscando através de técnicas de reprodução humana assistida e da adoção, a possibilidade de ampliação familiar. Quando da escolha pela reprodução assistida, a técnica que deve ser aplicada é a fertilização *in utero* (chamada de reprodução humana assistida heteróloga, tendo em vista a necessidade da presença de um terceiro, estranho à relação afetiva, identificado como doador). Assim, o presente trabalho propõe-se a refletir e levantar questões sobre os impasses trazidos por tal técnica, do ponto de vista jurídico, mas também multidisciplinar, mostrando em vários aspectos quais as consequências dessa nova demanda que se apresenta à sociedade. A metodologia utilizada é de revisão bibliográfica e tem como objetivo sintetizar, a partir de estudos críticos de autores sobre o tema, apresentado as ponderações sobre o mesmo, sem contudo, esgotar o assunto, mas lançar luzes sobre o tema em tela.

Palavras-chave: Homoafetividade. Direitos reprodutivos. União homoafetiva. Biodireito. Parentalidade.

ABSTRACT: The family has been changing over the years, no longer an exclusive formation of marriage, but based on the freedom and flexibility of the bonds of affection and companionship. Among the new family arrangements, a homoparental family has been highlighted by controversies and controversies that arise in the social imaginary. With the advent of the Federal Constitution of 1988, there was an expansion in the concept of family. Since then, based on family planning, homoaffection couples are seeking through assisted human reproduction techniques, a possibility of family enlargement. One technique that is applied is an *in vitro* fertilization (called heterologous assisted human reproduction, in view of the need for the presence of a third person, unfamiliar to the relationship, the donor). Thus, the present work proposes to reflect and raise questions about the impasses brought by such technique, from a legal point of view, but also multidisciplinary, showing in various angles that are as consequences of the new world if presented ahead. The methodology used is a bibliographic review and aims to synthesize, based on critical studies by authors on the theme, presenting the considerations on the same, without, however, exhausting the subject, but shedding light on the theme on screen.

Keywords: Homoaffection. Reproductive rights. Homoaffection Union. Biolaw. Parenting

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP; e-mail: alessiofiorin1@hotmail.com.

² Especialista em Direito e Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; e-mail: felipe.jhs@hotmail.com.

³ Pesquisadora e extensionista. Mestre em Direito Civil e Doutora em Direito Empresarial pela PUC SP, é professora titular da Universidade Federal de Goiás, nos Programas de Pós Graduação em Direito Agrário e no Doutorado da Rede Pro Centro Oeste de Biotecnologia Biodiversidade, e no Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto; e-mail: mcvidotte@uol.com.br.

INTRODUÇÃO: uma análise histórica sobre a homoafetividade

Até o século III, nas cidades romanas, as relações homoafetivas eram vistas como um dos aspectos que compõem o leque do erotismo humano. No entanto, entre os séculos III e IV, momento em que ocorreu a dissolução do Estado Romano, a hostilidade contra os homossexuais começou a existir. Pode-se, até certo ponto, associar esse fato ao início do Cristianismo, cuja moral rígida tinha como propósito obter o ideal da família cristã, defendendo uma moral austera em relação às questões sexuais⁴. No final do século XIX, a homossexualidade passou a ser encarada como uma perversão e torna-se objeto de estudo da medicina. Em 1869, o médico húngaro, Karoli Maria Kerbteny, cria o termo “homossexualidade”, para definir as formas de amor carnal entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo no século XX, os homossexuais continuaram sendo perseguidos, a exemplo do que aconteceu na Segunda Guerra Mundial, quando o nazismo dizimou cerca de cinquenta mil homossexuais, por serem considerados degenerados e inferiores⁵. Apenas após a segunda metade do século XX, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a visão qual as relações entre os homossexuais começam a mudar.

Entre as décadas de 60 e 70, as minorias começam a buscar maior visibilidade através dos movimentos de contestação sexual. Em Nova Iorque, no ano de 1969, uma batida policial em um bar frequentado por casais e pessoas homossexuais deflagrou a Revolução de *Stonewall*, marcando a primeira passeata, no mundo, em defesa dos homossexuais⁶. No ano de 1974, os movimentos existentes pressionaram a *American Psychiatric Association* a retirar o termo “homossexualidade” da lista de doenças mentais, deixando de ser uma doença mental para se tornar uma prática sexual, porém somente em 1995 a OMS (Organização Mundial de Saúde) deixou de considerar a homossexualidade uma doença, por isso mesmo, deixou-se de utilizar o termo “homossexualismo”, cujo sufixo “ISMO” denota patologia, e passou-se a utilizar o termo homossexualidade,

⁴ ROCHA, Arlindo Nascimento. A homossexualidade e o cristianismo conservador: a face cristã da intolerância religiosa espelhada na Bíblia. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 04, Ed. 07, Vol. 06, pp. 68-92. Julho de 2019. ISSN: 2448-0959

⁵ JULIEN, P. O desafio de outra cultura. In: JULIEN, P. *Revista Internacional. A clínica Lacaniana. As Homossexualidades*. Rio de Janeiro, Paris, Nova Iorque e Buenos Aires: Companhia de Freud, nº 4, p. 21-25, 2005.

⁶ MOTT, L. *A Revolução Homossexual: o poder de um mito*. Disponível em: <http://www.geocities.ws/luizmottbr/artigos01.html>. Acessado em: 02/12/2018

posteriormente sendo utilizado o termo homoafetividade. Em 1975, a Associação Americana de Psicologia aconselha os profissionais da saúde mental a renunciar os preconceitos e empreender pesquisas junto às famílias homoparentais⁷.

A partir dos anos 80, a busca pela filiação aumentou entre casais do mesmo sexo, expressando o desejo de deixarem descendente. Com o surgimento da AIDS e as constantes perdas de parceiros vítimas da doença, aumentam as reivindicações pela legalização da União Civil entre os chamados homossexuais, a fim de garantir a sucessão dos bens adquiridos além de outros direitos. Antes dos anos 80, a homossexualidade era associada a uma forma de movimento de socialização “libertária”, ou seja, uma alternativa à forma à sexualidade moldada pela sociedade patriarcal e heterossexual⁸. Em 1999, surge na França o “*Pacte Civil de Solidarité*”⁹ (Pacto Civil de Solidariedade) (PACS) que é um contrato, entre dois adultos do sexo oposto ou do mesmo sexo, para organizar a sua vida. No início do século XXI, alguns países como Holanda, Espanha, Suécia e Canadá, estendem aos homossexuais os mesmos direitos ao casamento e adoção. Pierre Bourdieu, no texto “Algumas Considerações Sobre o Movimento de Gays e Lésbicas”, afirma que “o movimento de revolta contra a forma particular de violência simbólica, além de fazer com que existam novos objetos de análise, coloca profundamente, em questão a ordem simbólica em vigor”¹⁰, qual o autor se refere a uma forma específica de opressão pelo qual os homossexuais seriam vítimas, que se faz pela negação da existência publica visível.

No Brasil, no ano de 2011 houve o reconhecimento da união estável entre pares do mesmo sexo. E em 2013, com a Resolução Nº 1756, de 14 de maio de 2013, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), reconhece o casamento civil entre pares do mesmo sexo, deixando claro o novo momento vivido no Brasil. Para a elaboração deste trabalho limitou-se à pesquisas bibliográficas na doutrina e jurisprudência do Direito. O objetivo almejado pode-se ser traduzido pelo aspecto axiológico, onde a dignidade da pessoa humana,

⁷ SPENCER, C. Homossexualidade: uma história. Rio de Janeiro: Record, 1996.

⁸ NAPHY, W. Born to be gay: História da Homossexualidade. Lisboa: Edições 70, 2004.

⁹*Pacte Civil de Solidarité*, França, 1999. Disponível em: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N144> Acessado em: 08/07/2017

¹⁰ “le mouvement gay et lesbien rassemble des individus qui, quoique stigmatisés, sont relativement privilégiés, notamment du point de vue du capital culturel, qui constitue un atout considérable dans les luttes symboliques. Or l’objectif de tout mouvement de subversion symbolique est d’opérer un travail de destruction et de construction symbolique visant à imposer de nouvelles catégories de perception et d’appréciation” BOURDIEU, P. *Quelques questions sur le mouvement gay et lesbien*. In: *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998. Disponível em: <https://deterritorium.wordpress.com/2012/04/01/quelques-questions-sur-le-mouvement-gay-et-lesbien-par-pierre-bourdieu/>

enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, leva o homem a pensar sobre as mais diversas realidades tangíveis e intangíveis; dando valor às mesmas.

A NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No direito pátrio até a promulgação da Constituição Federal de 1988, e o Código Civil de 2002, o conceito de família albergava definições pertencentes ao Direito Romano, também chamado de modelo patriarcal, por estar sujeita ao *patrio potestas* (ascendente comum mais velho), que tinha o poder soberano de um chefe sobre todos os descendentes *aliena iures*, os não emancipados, sua esposa, esposa de seus descendentes e escravos. Ensina Caio Mário da Silva Pereira¹¹:

Em Roma a família era organizada sobre o princípio da autoridade exercida sobre o pater família, que abrangia quantos a ele estavam submetidos. O pater era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto aos deuses domésticos e distribuía a justiça.

O antigo Código Civil possuía seu eixo central voltado à proteção da propriedade. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 e sua linha voltada à dignidade da pessoa humana, a base do Direito de Família foi, necessariamente, reestruturada, passando ao reconhecimento de novas entidades. O conceito de entidade familiar alberga as mais variadas conformações que tem como elemento identificador o comprometimento mútuo decorrente do laço de afetividade, sendo chamado por Giselda Hironaka¹², “como um elemento espiritual”. As famílias atuais constituem-se em núcleo evoluído, derivado da antiga família heterossexual, que era embasada no matrimônio, a hierarquia e na manutenção do patrimônio, que atribua status ao casal através de uma grande prole. A união estável é um exemplo de uma sociedade de fato que se tornou uma sociedade de afeto, pois não se pode acreditar que o motivo que leva duas pessoas a manter um relacionamento seja o exercício de uma atividade econômica e a partilha dos resultados, mas sim a constituição de uma família.

Para que seja considerada união estável, alguns requisitos devem ser observados, tais elementos encontram-se na legislação vigente, sendo o artigo 226, §3º da Constituição

¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.5, p.23.

¹² HIRONAKA, Giselda. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 27.

Federal, o artigo 1723 do Código Civil de 2002 e a Lei n. 9.278/96, e são: relação entre homem e mulher, convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família. Porém, após o julgamento da ADIN n. 4.277 e da ADPF n. 132 (Relator Min. Ayeres Britto, j. 05/05/2011), o Supremo Tribunal Federal passou a considerar união estável a relação entre pessoas, de convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. Essa equiparação trouxe reconhecimento à família homoafetiva, que vivia à margem da sociedade, sendo obrigada a buscar o Poder Judiciário para uma solução de seus problemas e conseguindo, apenas, na maioria das vezes, uma sentença declaratória de ser sua relação familiar, uma sociedade de fato.

Ressalte-se que, antes mesmo das decisões da Corte Suprema, a jurisprudência já vinha desenhando esse caminho que culminou na equiparação da união estável entre casais heterossexuais e homoafetivos. Em 1998, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 148.897/MG, determinava direitos que esses ainda não possuíam, ao dizer que “as relações entre casais homossexuais constituem uma sociedade de fato e ensejam partilha comum”; em 1991, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira vai afirmar que a Justiça não pode seguir dando respostas mortas à perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer do direito. Em 2013 entrou em vigor a resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça que obrigou os cartórios de registro civil a realizarem o casamento de pessoas do mesmo sexo. Até o ano da resolução, não havia nenhuma norma expressa que regulamentasse a matéria.

A REPRODUÇÃO HETEROLOGA ASSISTIDA E O PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BIODIREITO

A partir dos conceitos da Bioética¹³ e do Biodireito¹⁴, dá-se por continuidade o estudo sobre a reprodução assistida, tema e foco principal do presente trabalho, como uma

¹³ “Bioética é uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, bem como o conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular”. Vide DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10.

¹⁴ Biodireito é “como “o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”. Vide BARBOSA, Heloísa Gomes. Procedimentos para redesignação sexual: um processo biologicamente inadequado. 2010. Tese (Doutorado em Ciências da Área da Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010.

das formas de ampliação familiar (muito utilizada nos dias atuais, não só por casais homoafetivos, mas também por casais héteroafetivos).

Em resumida síntese, “a reprodução humana assistida, consiste no conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente, combater a infertilidade e proporcionando assim o nascimento de uma nova vida humana”¹⁵. Dessa forma, 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 aqueles com condições de arcar com os altos custos envolvendo a técnica. Não é necessário ter um par e manter relações sexuais ou ser fértil para tornar-se pai ou mãe.

Há diversas possibilidades de reprodução assistida, sendo elas inseminação artificial, fecundação artificial in vitro (FIV), transferência intratubária de gametas (GIFT)¹⁶, transferência de zigoto nas trompas de falópio (ZIFT)¹⁷ e transferência em estágio de pró-núcleo (PROST). A fecundação pode ocorrer com material genético do par, quando é chamada inseminação artificial homóloga. A inseminação recebe o nome de heteróloga sempre que o material genético é doado por uma terceira pessoa, estranha à relação, geralmente anônima. Como os casais homoafetivos são naturalmente inférteis entre si, não havendo a possibilidade de ambos serem pais biológicos da mesma criança, utilizam a reprodução heteróloga para constituírem sua própria família. Aos casais homoafetivos 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, nesse caso, o vínculo de filiação se estabelecerá somente com a mãe gestacional. No entanto, quando utilizado o óvulo da companheira, esta é a mãe biológica, sendo assim possível a bi- maternidade, com uma maternidade gestacional e outra maternidade biológica. Com relação aos doadores, a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), n. 2.121/2015¹⁸, determina que eles não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, e para isso, será mantido o sigilo, obrigatoriamente sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos

¹⁵ BERALDO, Anna de Moraes Salles. Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem. Um estudo sobre as consequências jurídicas no Direito de Família e Sucessões. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. V. 1. p.8.

¹⁶ Gametha Intra Fallopian Transfer

¹⁷ Zibot Intra Fallopian Transfer

¹⁸ RESOLUÇÃO. 2.121/2015. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf Acesso em 4 de jul. 2017

receptores, mas, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

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 de sua identidade sexual e de gênero, é suprimir o conceito de humanidade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito consagrado no preâmbulo da Constituição Federal. Aspectos práticos da reprodução assistida para casais masculinos ocorre mediante a gestação por substituição¹⁹. Eles podem escolher qual será o doador de sêmen e quem irá gerar a criança. Em fevereiro de 2012 o direito ao duplo registro do filho concebido por inseminação artificial foi reconhecido pela justiça de Pernambuco (Proc. Nº indisponível, 1ª Vara da Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clério Bezerra e Silva, j. 28/02/2012)

Através da resolução 2.121/2015 do CFM percebe-se a rigidez nas regras para a gestação por substituição, ficando assim, extremamente dificultoso aos casais homoafetivos masculinos que não possuam familiares de até quarto grau dispostos a gestar o feto, ficando sujeitos à aprovação pelo Conselho Regional de Medicina, ademais, caso a receptora não seja a mesma doadora do óvulo haverá necessidade de mais participação externa. Em se tratando de casal homoafetivo feminino, o óvulo de uma das parceiras é

¹⁹ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1-As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2-A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3-Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1.Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2.Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3.Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4.Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5.Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6.Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.” Resolução 2.121/2015 do CFM

extraído, e fertilizado in vitro, e, então, implantado no útero da outra que gestará a criança. Ao se deparar com esse fato, a primeira questão que emerge é em relação à maternidade da criança, pois, em sendo casal homoafetivo feminino, a criança teria duas mães.

Enfrentando o tema, o juiz da 6ª Vara de Família de Santo Amaro (SP), Fábio Eduardo Basso, concedeu pela primeira vez, o direito de se ter uma certidão de nascimento com o nome das duas mães, a chamada dupla maternidade²⁰. A cessão temporária de útero ainda não é especificamente regulamentada pela legislação brasileira, embora tramitem alguns Projetos de Lei na Câmara dos Deputados. Tem-se no Código Civil de 2002, tímida, mas não menos importante, a menção da reprodução assistida nos incisos III e IV do art. 1.597. Essa menção é considerada tímida em razão de abordar apenas a questão da presunção de paternidade no caso de reprodução não natural, de modo a deixar uma enorme lacuna e, conseqüentemente, liberdade para o cometimento de práticas assemelhadas a ilícitos que não necessariamente caracterizam-se como crimes. Infelizmente, carece a cessão temporária de útero, de regulamentação própria, tendo apenas na Câmara dos Deputados Projetos de Lei em tramitação, inclusive desde o ano de 1997, como o Projeto de Lei. 1.135/2003 e o PL n. 2.855/1997, ambos visando a permissão da gestação por substituição.

ANÁLISE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: ASPECTOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS

Antes de adentrar nas consequências jurídicas propriamente ditas, mister é analisar o aspecto multidisciplinar contido no presente tema, pois o mesmo está ligado ao direito e à saúde. Tirara essas maiúsculas. Somente colocar em nomes próprios. Na área da Saúde, analisar o ponto de vista das implicações e consequências psicológicas associadas às necessidades dos pais/mães e da mulher que seria a responsável pela gestação por substituição é de importância majoritária e mandatária, vez que essa análise e intervenção

²⁰ “No caso em tela, as requerentes vivem juntas e resolveram ter filhos, valeu-se de um método avançado da medicina. As crianças são fruto da junção dos óvulos de uma com os espermatozoides de um doador. Possuem as afortunadas crianças DUAS MÃES, por isso julgo procedente o pedido de reconhecimento de dupla maternidade” São Paulo – Santo Amaro - 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 Fabio Eduardo Basso, j. 30/12/2010).

tanto antes, quanto durante e, principalmente, após o parto poderão definir a qualidade dos vínculos da família em questão. Existe uma grande preocupação referente à falta que faria uma figura masculina ou feminina à criança em casais homoafetivos. Pode-se afirmar que os papéis materno e paterno, de fato importantes para o desenvolvimento psicossocial da criança, não estão mais diretamente associados à figura da mulher ou do homem, nem mesmo em casais heteroafetivos. A partir dessa perspectiva, questiona-se a ausência de modelo do gênero masculino ou feminino, o que levaria segundo algumas crenças tais como, ao “risco da criança (filha de casal homoafetivo) tornar-se homossexual”. Uma ressalva deve ser feita neste ponto. A homossexualidade não é considerada doença e, por tal, torna-se preconceituoso afirmar que a criança terá um desfecho que muitos considerariam um prejuízo, sendo assim, será tratado neste trabalho a constituição do sujeito e seu caráter, não a “suposta” influência que pais do mesmo gênero/sexo teriam sobre o destino da orientação sexual do filho.

Quanto aos pontos relacionados ao modelo de gênero, pode-se dizer que desempenha melhor a função materna e a paterna o progenitor que mais se identifica com as tarefas a estes papéis associadas, independentemente do gênero da pessoa. Para a psicanálise, a família é um lugar que garante a constituição subjetiva do ser humano através da transmissão simbólica, que se dá em dois planos distintos: num dos planos é necessário que haja diferença entre gerações e, no outro, a diferença sexual. Mas, se a diferença sexual é estruturante para a criança, dela dependendo a futura posição de ser sexuado, como isso é possível no casal homoparental? A psicanálise não faz corresponder necessariamente a função materna a uma mulher e nem a função paterna a um homem, pois não é no registro da anatomia que o exercício dessas funções se decide, há, sem dúvida, razões históricas, sociais, culturais e psíquicas que justificam a atribuição materna à mulher e a paterna a um homem. Quanto ao pai e à mãe, o que importa para a constituição psíquica da criança são as funções desempenhadas²¹. Não é exatamente a mãe, como sujeito feminino, mas a função materna e, da mesma forma, não é o pai do sexo masculino, mas a função paterna. Assim, para Lacan²², “mãe é aquele sujeito cujo cuidado com a criança traga a marca de interesse particularizado e o pai, é aquele sujeito que faz uma articulação entre a Lei e o

²¹ BORGES, M.L.S.F. *Função materna e Função paterna, suas vivencias na atualidade*. Dissertação (Pós-graduação em Psicologia) – Universidade Federal de Uberlândia, 2005. Disponível em <http://www.pgpsi.ip.ufu.br/node/267>. Acesso em: 14/12/2018.

²² LACAN, Jacques. *Nota sobre a criança*. In: *Outros escritos*. Rio de Janeiro, Zahar, 2003

Desejo²³". O pai enquanto função é chamado a comparecer efetivando a lei. Destaca-se, contudo, que a função do pai somente se realiza à medida que é mediada pela palavra da pessoa que exerce a função materna.

Embora os casais homoparentais não encarem a diferença sexual em sua anatomia, é necessário garantir, tão bem quanto em casais heteroparentais, a transmissão dessa diferença, que constitui base para a transmissão simbólica. Isso significa que o fato do casal ser do mesmo sexo/gênero, nada impede a existência de função paterna e materna e nem tampouco que a criança possa extrair a diferença entre essas funções. Por outro lado, essas funções vão se transformando, no mundo contemporâneo. Segundo Mello²⁴, "a família é a instância fundamental na mediação entre indivíduo e sociedade", e, dessa forma, integra as instituições que estão comprometidas com a reprodução de ordem social. A família contemporânea se vê destinada à socialização amorosa das crianças, tendo como prioridade a intimidade do casal e dos filhos, os cuidados e a educação das crianças, sendo, os pais responsáveis pela transmissão de valores, hábitos e tradições. Esse modelo é marcado por duas bases fundamentais: "a afirmação da individualidade dos sujeitos na escolha de seus cônjuges, a partir dos ideais do amor romântico e a maior independência dos novos casais em relação a suas famílias de origem"²⁵.

Com a perspectiva psicanalítica, inaugura-se o conceito de inconsciente e, segundo Elia²⁶, "o tempo do inconsciente é a posteriori, ou seja, o sujeito pode ter uma experiência que somente em um segundo momento produzirá significação e será então reconhecido no nível da constituição do sujeito". Dessa forma, ao pensar na possível influência de uma família homoparental sobre a constituição subjetiva da criança, no que concerne sua identificação sexual ou escolha de objeto amoroso, pode-se afirmar que não haverá, necessariamente, como objeto um par homossexual, ou seja a escolha da criança não será

²³ Foram destacados os termos INTRESSE e DESEJO, pois são eles que irão inscrever a filiação.

²⁴ MELLO, L. *Para além do heterocentrismo na família*. In: MELLO, L. *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Ed. Garamond, 2005. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Novas_fam%C3%ADlias.html?id=VGIOtp1mDpoC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false Acesso em: 25/11/2018.

²⁵ MELLO, L. Obra citada, p. 26.

²⁶ ELIA, LUCIANO. *O Conceito do Sujeito*. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar, 2010. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/O_conceito_de_sujeito.html?id=3vJUNGNE6VgC&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false Acesso: 27/11/2018.

obrigatoriamente de um outro do mesmo sexo/gênero. Freud²⁷ afirma que a escolha do objeto se dá em dois tempos. O primeiro ocorre entre dois e cinco anos de idade, seguidos pelo período de latência em que há certo caráter infantil em seus alvos sexuais. O segundo ocorre no início da puberdade e é o tempo que determina os objetos definitivos da vida sexual, “a escolha do objeto da época da puberdade tem de renunciar aos objetos infantis e recomeçar como uma corrente sensual”. Por vezes, a não convergência dos dois objetos leva à impossibilidade de conjuga-los em um único objeto, um dos ideais da vida sexual.

O que emerge como problemático no cenário atual são as ganas, as obsessões delirantes que têm norteadas as demandas de crianças. A ciência e o mercado colocam a criança como um objeto de consumo *prêt-à-porter*²⁸, dando a esta o mesmo destino, muitas vezes, de objetos de luxo produzidos em série. Essa reificação da criança na contemporaneidade, vem sendo o cerne de muitas discussões entre os profissionais das áreas de saúde mental. Pondera-se, assim, que do ponto de vista psicológico, na perspectiva psicanalítica, as demandas de saúde mental de crianças associam-se de forma semelhante em famílias homo e heteroparentais, sendo a qualidade dos vínculos estabelecidos entre filhos e pais, enquanto funções parentais (materna e paterna), apenas uma das variáveis que influenciará o desenvolvimento psicosssexual infantil, havendo interferência, pois, de outras condições contextuais.

Maria Helena Diniz²⁹, traz uma série de questionamentos acerca de consequências jurídicas que podem emergir da reprodução assistida heteróloga, com as quais não se pode concordar, e contra as quais apresentaremos argumentos. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS)³⁰, estima-se que um em cada quatro países em desenvolvimento, tem algum problema relacionado à fertilidade, ou seja, que não consegue engravidar após 12 meses de relações sexuais regulares sem a utilização de qualquer método contraceptivo. A falta de previsão legal de gestação por substituição na grande maioria dos Estados, tem fomentado ao que passou a se chamar de “turismo reprodutivo”: cidadãos que saem dos seus países de origem ou de domicílio com destino a locais com legislação mais permissiva, que lhes permita pagar pela cessão temporária do útero de uma substituta.

²⁷ FREUD, S. *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade* (1905). Disponível em: <http://www.freudonline.com.br/livros/volume-07/vol-vii-2-tres-ensaios-sobre-a-teoria-da-sexualidade-1905/> Acesso em: 27/11/2018

²⁸ “À pronta entrega” – em tradução livre do Francês.

²⁹ DINIZ, M. H. – *O Estado Atual do Biodireito*. 8ª Ed, 2011, São Paulo: Saraiva, pg. 619/629.

³⁰ *Global Prevalence of Infertility, Infecundity and Childlessness*. WHO. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/burden/en/>.

Em vista disso, muito brasileiros, sejam solteiros, sejam casais hétero ou homoafetivos, buscam alternativas em outros países cujas legislações mais flexíveis permitem a forma comercial da gestação por substituição. Com relação à maternidade substituta, o art. 242 do Código Civil, pode suscitar algumas dúvidas no caso da gestante substituta der como seu, o parto realizado, ou então registrar a criança como seu(a) filho(a). No campo do Direito do Trabalho, um dos institutos afetados pela maternidade substituta é a licença maternidade, concedida à gestante para que se recupere da fadiga da gravidez e do parto, bem como para cuidar do recém-nascido, tendo em vista a fragilidade deste nos primeiros meses de vida. Tal direito é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XVIII. A jurisprudência tem entendido a respeito da concessão da licença maternidade em se tratando de temas como a “barriga de aluguel”, conforme Apelação Cível nº 534999/PE (0004161-23.2011.4.05.8300)³¹ e n. 2014.079066-9, de Florianópolis³². O Brasil já dá alguns passos no sentido de atender à essa nova perspectiva

³¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO “IN VITRO” EM “BARRIGA DE ALUGUEL”. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização “in vitro” e gestação em “barriga de aluguel”, em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais.

2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos estabelecidos nos Decretos nºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante.

3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi “in vitro” ou com “barriga de aluguel”. Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos.

4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais. 5. “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige”

³² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MÉTODO DE REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ASSISTIDA QUE UTILIZOU GAMETA DOADO PELA IRMÃ DE UM DOS AUTORES, QUE TAMBÉM GESTOU A CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR CONSTANDO OS NOMES DO CASAL HOMOAFETIVO COMO SEUS PAIS. (grifei).

INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E PORQUE NÃO LHE FORA OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO DEVERIA VERSAR SOBRE ADOÇÃO, EM RAZÃO DE O GAMETA NÃO TER SIDO DOADO POR PESSOA ANÔNIMA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INSUBSISTÊNCIA. PARQUET QUE, AO PROCLAMAR A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, SE MANIFESTOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, Opondo-se ao pleito, tese encampada depois pela Procuradoria.

INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL AO ATENDIMENTO DO PEDIDO. DOADORA DO GAMETA QUE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA, RENUNCIOU AO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS.

de relação, com o Provimento n. 52 de 14 de Março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, algumas situações já começam a ser combatidas e aceitas, ao menos em teoria.

O Provimento, dispõe acerca do registro de nascimento e emissão da certidão de nascimento dos filhos havidos por reprodução assistida. E, o parágrafo segundo do art. 1º do provimento, traz o que, pode-se chamar de marco do reconhecimento da filiação homoafetiva por reprodução assistida. No que concerne à questão da gestação por substituição, apesar de não haver regulamentação pelo Poder Legislativo, o Provimento, em seu art. 2º, §2º, trata brevemente do tema, trazendo em seu texto que na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo – DNV. Por fim, vale ressaltar no presente Provimento, que o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco, e dos respectivos efeitos jurídicos entre doador(a) e o ser gerado por meio da reprodução assistida³³. E também, que é vedado aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida³⁴.

PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REALIZADO EM CONTRARRAZÕES. IMEDIATA EMISSÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA INFANTE, QUE SE ENCONTRA, ATÉ O MOMENTO, DESPROVIDA DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

O conceito de família independe do gênero e da sexualidade das pessoas que a compõem, conforme reconheceu a Suprema Corte no julgamento da ADPF nº 132: "A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família" (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011). (destaquei).

O fato de a doadora do óvulo, que também gestou a criança, não ser anônima, não representa óbice para o reconhecimento da parentalidade sócio-afetiva e consequente registro da criança em nome de ambos os pais, notadamente porque decorre de um projeto amplamente idealizado pelo casal e que – a toda evidência, diante da impossibilidade de os gametas de ambos os interessados serem utilizados na fecundação – só pôde ser concretizado mediante a utilização de método de reprodução heteróloga assistida.

Formalidades não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos.

Imperioso reconhecer o progresso para o qual é encaminhada a sociedade e acompanhar suas transformações, de modo a preencher as lacunas que se abrem em decorrência de tais modificações.

O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem à vontade da sociedade, que há de ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto, sobremaneira se não há choque algum com o mundo jurídico.

Não se pode sonegar prerrogativas aos casais homossexuais por sua sexualidade. Não há aparato jurídico para tanto.

³³ Art. 2º, §4º do Provimento n. 52 de 14 de Março de 2016

³⁴ Art. 3º do Provimento citado.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito no Brasil ainda engatinha em relação à diversos assuntos, porém, o faz, ou seja, mesmo que morosamente o Estado venha tratando dos assuntos mais polêmicos, o Poder Judiciário não se esconde, quando provocado acerca das necessidades daqueles que buscam amparo. Da mesma forma, fica claro que, casais homoafetivos, podem sim, conceber filhos, utilizando-se das técnicas de reprodução assistida existentes hoje no ramo da medicina. O avanço de tais técnicas permite que a concepção e o tratamento seja realizado, não importando os desafios ali presentes.

O que existe hoje é uma legislação lacunosa, que necessita de urgente revisão e aprimoramento, o Poder Legislativo não pode se obstar a tardar tão polêmico e urgente tema. O Conselho Federal de Medicina traz diretrizes acerca das técnicas de reprodução assistida, porém insuficientes em se tratando da necessidade legal de reconhecimento. Por outro lado, o Conselho Nacional de Justiça, ao trazer o Provimento n. 52 obriga uma evolução dos Oficiais de Registro Civil, fazendo com que as relações sejam todas aceitas, mas isso ainda depende de regulamentação legal. O positivismo legal no Brasil, apesar de aceitar, em partes, o chamado *Common Law*, ainda é a principal maneira de legislar, o peso da lei deve ser seguido e a lacuna deixada, faz com que o Judiciário tome para si o ônus de criar parâmetros e reconhecer a filiação biológica dos casais homoafetivos, tanto na dupla (ou bi) maternidade, quando na dupla (ou bi) paternidade.

A necessidade de regulamentar a gestação por substituição, trazendo ao texto legal as possibilidades, o regime jurídico, as condições, conforme elencados de maneira simples neste trabalho, se faz mandatória e urgente. Não se pode deixar ao relento e aceitar que seja sempre através do Poder Judiciário que o tema seja tratado. A regulamentação resguardaria os direitos da criança gerada por substituição como qualquer outra gravidez. É necessário perceber que após a Constituição de 1988 pai e mãe são funções que transcendem aspectos meramente fisiológicos. Por fim, é válido ressaltar que os avanços devem ser em todos os campos. No da medicina, em proporcionar todas as formas de melhorar a qualidade de vida da sociedade; no da psicologia para acompanhar e sempre ajustar o que for necessário; no do Direito, através de todas as suas ramificações para gerir, combater quando necessário, e manter as relações sociais em harmonia. Não há um braço sozinho, há uma cadeia interligada de relacionamentos que se influenciam. Cabe à

sociedade civil evoluir junto com as ciências. E cabe às ciências trazer a sociedade civil para perto de si, demonstrando que a evolução é o caminho natural.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Heloísa Gomes. **Procedimentos para redesignação sexual: um processo**

biologicamente inadequado. 2010. Tese (Doutorado em Ciências da Área da Saúde Pública), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010.

BORGES, M.L.S.F. **Função materna e Função paterna, suas vivências na atualidade.**

Dissertação (Pós-graduação em Psicologia) – Universidade Federal de Uberlândia, 2005. Disponível em <http://www.pgpsi.ip.ufu.br/node/267>. Acesso em: 14/12/2018.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade E Parentalidade Socioafetiva – Efeitos**

Jurídicos. 2ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2015.

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.

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

DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 8ª Ed, 2011, São Paulo: Saraiva.

ELIA, Luciano. **O Conceito do Sujeito**. 3ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar, 2010.

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. FREUD, S. Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade (1905).

HIRONAKA, Giselda. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 27.

JULIEN, P. **O desafio de outra cultura**. In: JULIEN, P. Revista Internacional. A clínica Lacaniana. As Homossexualidades. Rio de Janeiro, Paris, Nova Iorque e Buenos Aires: Companhia de Freud, nº 4, pp. 21-25, 2005.

LACAN, Jacques. **Nota sobre a criança**. In: Outros escritos. Rio de Janeiro, Zaahar, 2003 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. Ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2015.

MELLO, L. **Para além do heterocentrismo na família**. In: MELLO, L. **Novas famílias: conjugabilidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Ed. Garamond, 2005.

NAPHY, W. **Born to be gay: História da Homossexualidade**. Lisboa: Edições 70, 2004.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direitos

das Famílias e Sucessões, v. 20, 2011, p. 4. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.5, p.23.

ROCHA, Arlindo Nascimento. **A homossexualidade e o cristianismo conservador: a face cristã da intolerância religiosa espelhada na Bíblia.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 07, Vol. 06, pp. 68-92. Julho de 2019. ISSN: 2448-0959

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

SPENCER, C. **Homossexualidade: uma história.** Rio de Janeiro: Record, 1996.

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

TORRÃO FILHO, A. Tríbadés Galantes. **Fanchonos Militantes: homossexuais que fizeram a história.** São Paulo: GLS, 2000.