

Tudo por um filho

Ana Luiza MAIA NEVARES*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A doação de um órgão e o salvamento de uma vida; 3. A reprodução humana assistida na união homoafetiva feminina; 4. O arrependimento quanto ao consentimento para a adoção; 5. Conclusão.

RESUMO: O que uma pessoa é capaz de fazer por um filho? Apesar de os casos concretos serem diferentes entre si, é preciso apontar o que todos têm em comum: a reflexão de que o melhor interesse da criança e do adolescente deve nortear as questões que dizem respeito à filiação. Não se pode agir de forma individualista e egoísta. A atenção deve estar voltada para essa terceira pessoa, que deve ter os seus direitos preservados e garantidos, por serem pessoas em desenvolvimento, que precisam de proteção.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Princípio do melhor interesse. 2. Filiação. 3. Criança e adolescente.

ABSTRACT: What is one person capable of doing for a child? In spite of the differences among concrete cases, it is necessary to point out what all of them have in common: the reflection that the principle of the child's best interest must guide the matters related to filiation. One cannot act in an individualistic and selfish way. The attention must be turned towards this third person, who must have their rights preserved and guaranteed, for being a person in development, who deserves protection.

KEYWORDS: 1. Principle of the best interest. 2. Filiation. 3. Child and adolescent.

1. Introdução

Estas reflexões tiveram por inspiração um dos episódios do programa *Profissão Repórter*, da Rede Globo, intitulado “Tudo por um filho”. No referido episódio, o jornalista Caco Barcellos e sua equipe registraram a rotina de três famílias, trazendo ao público casos difíceis e angustiantes.

* Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio. Conselheira Assessora da Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC. Advogada. Este artigo é fruto de palestra proferida no I Congresso de Direito de Família do IBDFAM-RJ em setembro de 2009.

O primeiro deles retratou a história de um homem que venceu o medo de intervenções médicas, para doar um rim a seu filho. Tal fato foi decisivo para a reaproximação dos dois, que se encontravam afastados até o aludido evento.

O segundo caso referiu-se a duas mulheres homossexuais que viviam em união estável e que recorreram a uma clínica de reprodução humana assistida para ter filhos. Assim, uma das mulheres gerou as crianças (um casal de gêmeos), formadas pela união do óvulo da outra com o sêmen de um doador anônimo. O drama relatado consistiu na tentativa de registrar as crianças no nome das duas.

Por fim, o terceiro caso mostrou a história de uma menina de 01 ano, que foi entregue pela mãe biológica à adoção logo após o parto. A partir daí, essa menina iniciou a sua via cruzes, já que foi acolhida por um casal que não estava na fila da adoção. Por este motivo, depois de alguns meses, a menina foi entregue a uma das famílias regularmente inscritas no cadastro da adoção, retornando, posteriormente, para o primeiro casal adotivo e, agora, a sua mãe biológica a quer de volta.

A análise aqui empreendida não terá por objeto os casos concretos em si, com as suas peculiaridades e especificidades. Ao contrário, a finalidade do presente artigo será apresentar reflexões sobre os três casos descritos acima em tese, a partir da abordagem do conflito de interesses subjacente aos mesmos.

2. A doação de um órgão e o salvamento de uma vida

Como indicado, o primeiro caso relatado disse respeito àquele de um homem que decidiu doar um de seus rins a seu filho. A questão encontra-se regulamentada na Lei 9.434/1997, que permite a qualquer pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, ou em qualquer pessoa, mediante autorização judicial (Lei 9.434/1997).

Nesta última hipótese, há pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmando que no caso de doação a pessoa estranha à família do doador, não é necessário comprovar a incompatibilidade dos familiares da receptora, para só então buscar a doação de uma pessoa estranha à família. De fato, tratou-se de um caso em que uma pessoa requereu autorização judicial para doar um rim a uma amiga, tendo

sido esta deferida independentemente da comprovação de que os familiares da pessoa receptora tivessem incompatibilidade em relação à mesma¹.

Ainda segundo a referida Lei, só é permitida a doação de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade, sem representar grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, não causando mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. Isso porque, nas hipóteses da doação de órgãos entre pessoas vivas, busca-se, evidentemente, preservar a vida e a integridade física do doador.

Diante da análise da Lei 9.434/1997, percebe-se que o referido diploma legal consagra determinados princípios quanto aos atos de disposição do próprio corpo vivo, que são comuns aos atos de autonomia privada na esfera existencial. Na esteira do que determina a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 199, § 4º, os atos de disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo são gratuitos, não sendo possível que o corpo humano se torne objeto de comercialização (Lei 9.434/1997, art. 9º, *caput, in fine*).

Além da gratuidade, é princípio do ato de disposição de parte do corpo vivo o consentimento informado, que deve ser preferencialmente manifestado por escrito, diante de testemunhas, com a indicação expressa do tecido, órgão ou parte do corpo que será objeto da retirada (Lei 9.434/1997, art. 9º, § 4º). Isso significa dizer que o consenso do autor do ato deve ser pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado².

Como decorrência do consentimento informado, é princípio do ato de disposição de parte do corpo vivo a revogabilidade da autorização para a doação, que poderá ser

¹ “Alvará judicial. Constitucional. Autorização para doação de um rim - art. 9. da Lei 9.434/97-. Possibilidade de doação por pessoa estranha à família do receptor, independentemente de comprovação da impossibilidade dos familiares. Necessidade básica de sobrevivência. Direito à vida e à saúde. Objetivo humanístico evidente de pessoa que vem ao judiciário, de forma regular, buscando a necessária autorização para, de acordo com a lei vigente, tentar salvar a vida de uma amiga. Necessidade de reforma do julgado. Provimento do apelo, para julgar procedente o pleito inaugural, concedendo a autorização necessária ao procedimento de doação de rim”. T.J.R.J., Apelação Cível nº 2005.001.03553, 9ª Câmara Cível, Relator Des. Ernani Klausner, julgado em 10.05.2005. Ementário: 25/2005 - N. 13 - 11/08/2005. Rev. Direito do TJERJ, vol 65, pág. 169.

² Rose Melo Vencelau MEIRELES. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215.

exercida a qualquer momento antes de sua concretização (Lei 9.434/1997, art. 9º, § 5º).
Como acentua Rose Melo Vencelau Meireles:

Os atos de disposição do próprio corpo se fundamentam nos valores constitucionais da saúde, da dignidade e do livre desenvolvimento da pessoa humana, de modo que somente serão merecedores de tutela se funcionalizados à realização desses interesses. Não estaria assim funcionalizado ato lesivo à integridade física da pessoa – que no caso dos transplantes pode representar a perda de um órgão – se realizado contra a vontade da pessoa lesada³.

Por tudo isso, é que a Lei 9.434/1997 autoriza as pessoas juridicamente *capazes* a dispor de partes de seu corpo vivo. Os incapazes, que tenham compatibilidade imunológica comprovada, somente poderão fazer doações nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não ofereça risco para a saúde do doador (Lei 9.434/97, art. 9º, § 6º).

Nesta seara, destaca-se, portanto, a preocupação da relação paciente-médico/cientista e do objeto de tal relação, a saber, o tratamento médico ou experimentação científica. Carlos Nelson Konder assinala que a condição necessariamente hipossuficiente em alto grau do paciente demanda uma série de cautelas necessárias e uma mudança do médico/cientista para uma postura ativa e interrogante, com vistas a verificar o perfeito entendimento do paciente, considerando as suas características específicas⁴.

Desse modo, diante da decisão de um transplante, exige-se um consentimento livre e esclarecido, ou seja, segundo o autor acima citado:

a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento; tendo o profissional a

³ Rose Melo Vencelau MEIRELES. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Cit. p. 248.

⁴ Carlos Nelson KONDER. “O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes”. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 15, p. 60.

obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda⁵.

Sobre a questão, merece menção um caso relatado pelo Professor José Roberto Gondim, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, referente a uma menina de cinco anos, com insuficiência renal progressiva, que não conseguia se adaptar à hemodiálise crônica. Os médicos, então, consideraram a possibilidade de um transplante, embora o sucesso do procedimento fosse “questionável”. Os pais autorizaram a cirurgia, mas a paciente apresentava características de histocompatibilidade difíceis de serem encontradas em um doador. As irmãs da paciente, uma com dois e a outra com quatro anos, foram descartadas como doadoras em virtude da idade. A mãe não era compatível e o pai, além de compatível, apresentava características que favoreciam o transplante.

Em consulta realizada apenas com o pai da paciente, o médico apresentou os resultados dos exames, assinalando que o prognóstico da paciente era incerto. Após refletir, o pai decidiu não doar seu rim à filha por medo da cirurgia de retirada do rim, pela falta de coragem, pelo prognóstico incerto da filha mesmo com o transplante e pela possibilidade remota de obtenção de um rim de um cadáver. O pai, então, pediu ao médico que dissesse aos demais membros da família que ele não era compatível com o transplante, por medo da reação de seus familiares. O médico, apesar da situação incômoda, acatou o pedido do pai⁶.

Diante da necessidade do consentimento informado, veda-se aos incapazes a manifestação de vontade nas hipóteses de transplante, sendo este autorizado apenas no caso indicado acima, referente ao transplante de medula óssea, que não apresenta diminuição relevante da integridade física da pessoa, já que a medula se recupera em poucas semanas, sendo os riscos para o doador poucos e relacionados a procedimentos que demandam anestesia.

Sobre a questão, vale citar o caso de um jovem portador de retardo mental, então com vinte e dois anos, único parente de seu pai em condições de doar-lhe um rim que lhe salvaria a vida. Ficou demonstrado que o jovem, como doador, teria expectativa de vida menor, estaria muito mais sujeito a complicações e a infecções, devido ao baixo índice

⁵ Carlos Nelson KONDER. “O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes”. Cit., p. 61.

⁶ Ética Aplicada aos Transplantes de Órgãos, in www.ufrgs.br/bioetica/transau.htm. Acesso em 22.10.2009.

de defesa imunológica, com risco cirúrgico aumentado em comparação às pessoas em geral. Frise-se que o jovem não podia transmitir consentimento voluntário, livremente expresso, exatamente pelas condições mentais e físicas, não possuindo, jamais, o conhecimento dos riscos que teria que enfrentar. Ao verificar o quadro fático, a decisão do juiz da Comarca de Assis foi no sentido de não acolher o pedido da mãe do jovem, ainda que esta argumentasse que “a negação seria o mesmo que se decretar a morte do pai do requerido, com o consentimento da justiça”⁷.

Note-se, no entanto, que a incapacidade para os atos de transplante não pode coincidir com aquela indicada na lei, dos absoluta ou relativamente incapazes. Realmente, deve-se sempre presumir a capacidade, que só deverá ser restringida em casos excepcionais. Para a concretização da dignidade da pessoa humana, deve-se buscar ao máximo a capacidade para agir, segundo os ditames da liberdade e da responsabilidade, devendo ser a incapacidade justificada não só pela pessoa do agente, como também pela seara na qual a autonomia privada é exercida.

Isso significa dizer que o sistema de incapacidades como um todo merece um exame crítico. Segundo Rafael Garcia Rodrigues, percebe-se que o sistema das incapacidades do Código Civil é informado pela *ratio* de proteção daqueles que não tem discernimento para a administração pessoal de seus “interesses” de conteúdo patrimonial, sendo necessário, portanto, repensar tal sistema especialmente quando estiver em jogo situações jurídicas existenciais que envolvem o próprio desenvolvimento humano do indivíduo⁸.

Como acentua Pietro Perlingieri, antes de isolar abstratamente uma circunstância para depois averiguar como esta incide em relação à capacidade, é preciso efetuar o confronto verificando o interesse tutelado pela norma:

il giudizio, in fatti, non può essere identico per gli interessi patrimoniali e per quelli esistenziali. Per gli interessi patrimoniali è ancora giustificato isolare il momento della titolarità del diritto (c.d. godimento) da quello della sua attuazione (c.d. esercizio); lo stesso non accade per gli interessi esistenziali. Se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (2 e 3 cost.), non há senso

⁷ Maria de Fátima FREIRE DE SÁ. *Biodireito e Direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 2ª edição, pp. 67/68.

⁸ Rafael Garcia RODRIGUES. “A pessoa e o ser humano no Código Civil”. In Gustavo TEPEDINO, (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva do direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, 3ª edição, pp. 23/24.

riconoscere (astrattamente) uno di questi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo. L'osservazione concerne non soltanto le situazioni definite diritti personalissimi ma anche atti o negozi che ne rappresentano l'esercizio, nonché i numerosi diritti e libertà fondamentali sanciti dalla Costituzione⁹.

O autor acima citado, quanto ao enfermo mental, questiona a legislação italiana em relação à regulamentação da interdição, similar à brasileira, aduzindo que é dúbia a legitimidade da mesma diante dos princípios fundamentais da Constituição Italiana (dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade dos cidadãos), assinalando que o problema aparece sobretudo diante de atos personalíssimos, como o casamento, o testamento e o reconhecimento de filho, bem como diante das situações de natureza existenciais que não podem ser exercidas por representante legal¹⁰.

Desse modo, novamente segundo Rafael Garcia Rodrigues:

É inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano (...). Não se trata, portanto, de afirmar que a manifestação de vontade do incapaz é elemento suficiente para a criação de vínculos jurídicos. (...). Porém, frente a situações que toquem diretamente ao desenvolvimento de sua própria personalidade, não pode mais ser admitido em nosso sistema que a vontade do incapaz seja irrelevante ou desprezada pelo Direito¹¹.

Por conseguinte, diante de interesses existenciais, que se referem a aspectos essenciais do desenvolvimento da pessoa, referentes à sua esfera íntima e privada, a análise da incapacidade deverá ser realizada tendo em vista o caso concreto, para que seja identificado se o agente tem o necessário discernimento para a prática do ato visado, em respeito à liberdade e dignidade da pessoa.

⁹ Pietro PERLINGIERI. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 2ª edição, p. 118. Tradução livre: o julgamento, de fato, não pode ser idêntico para os interesses patrimoniais e para os existenciais. Para os interesses patrimoniais ainda é justificado isolar o momento da titularidade do direito (ou seja, o gozo) daquele da sua atuação (ou seja, o exercício); o mesmo não se passa para os interesses existenciais. Se certos direitos, mais do que outros, forem concebidos para fins do desenvolvimento da pessoa humana (2 e 3 cost,.) não há sentido reconhecer (abstratamente) um deles sem conceder também a possibilidade de exercitá-lo. A observação refere-se não somente às situações definidas pelos direitos personalíssimos, mas também para aqueles atos ou negócios que representam o exercício, bem como numerosos direitos e liberdades fundamentais aprovados pela Constituição.

¹⁰ Pietro PERLINGIERI. *Manuale di Diritto Civile*. Cit., p. 123.

¹¹ Rafael Garcia RODRIGUES. "A pessoa e o ser humano no Código Civil". Cit., pp. 23/24.

E mais: talvez possam existir situações excepcionalíssimas em que o consentimento informado seja temperado diante dos transplantes de partes do corpo vivo. Imagine-se que no caso acima relatado do jovem portador de retardo mental este fosse órfão de mãe, sendo seu único parente vivo seu pai. Neste caso, excepcionalmente, caso não houvesse risco considerável para o doador, dever-se-ia permitir o transplante, porque o melhor interesse do incapaz seria concretizado pela preservação da vida de seu pai. Registre-se que a Lei 9.434/1997 não foi tão rigorosa quanto aos incapazes, ao admitir que estes sejam doadores de medula óssea, conforme assinalado acima.

3. A reprodução humana assistida na união homoafetiva feminina

O segundo caso relatado foi aquele de duas mulheres que vivem um relacionamento homossexual estável, público e notório, e que resolveram ter um filho valendo-se das técnicas de reprodução humana assistida: uma das parcerias doou o óvulo e a outra gerou duas crianças formadas pelo espermatozóide de um doador anônimo. Nascidos os filhos, as duas mulheres buscaram registrar as crianças no nome das duas, a partir do estabelecimento do que se poderia designar de *dupla maternidade*.

Este caso envolve diversas problemáticas: a doação de sêmen, a gestação por substituição, o planejamento familiar, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e, ainda, a possibilidade de dita família gerar filhos.

A doação de sêmen e a gestação por substituição encontram previsão em normas deontológicas, a saber, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Em relação à doação de gametas, a Resolução mencionada determina que o ato seja gratuito, em consonância com o art. 199, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, e que seja garantido ao doador o anonimato. Além disso, as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular de doadores, para evitar que um doador tenha produzido mais de 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Inúmeras discussões existem a respeito do anonimato do doador, em virtude do direito de toda pessoa conhecer a sua identidade genética. No enfrentamento da questão, é preciso ponderar com Maria Cláudia Crespo Brauner:

A aceitação de famílias formadas pela contribuição genética de terceiros é uma realidade que deve ser incluída nas diversas formas de constituir vínculos familiares, tendo em vista que a família deste novo século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho e, ainda, sustenta-se que o critério biologista, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e o direito de conhecer as origens deve ceder lugar, progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica¹².

O anonimato do doador, portanto, não representa exclusivamente uma proteção àquele que decidiu doar material genético para programas de reprodução humana assistida, mas, principalmente, representa uma condição necessária ao estabelecimento dos vínculos familiares formados a partir da contribuição genética de terceiros.

Não obstante tal constatação, não se pode privar a pessoa de conhecer a sua origem genética, sendo já uma realidade em nosso ordenamento jurídico o exercício desse direito sem envolvimento da paternidade e seus efeitos. Como acentua Paulo Lobo “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas”¹³.

Por conseguinte, deve ser garantido o direito ao conhecimento da origem genética, em conformidade com a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (CFRB, art. 1º, III). Nessa esteira, a Lei 12.010/2009, em seu art. 48, previu que o adotado tem direito de conhecer a sua origem biológica, sem que o exercício de tal prerrogativa modifique os vínculos estabelecidos pela adoção.

Em relação à gestação por substituição, não se pode deixar de registrar como é polêmica esta técnica, sendo certo que dita prática pode dar ensejo a dois tipos de conflito: o conflito positivo e o conflito negativo. No conflito positivo tanto a mãe

¹² Maria Cláudia Crespo BRAUNER. “Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental. Contribuição para o debate no Direito brasileiro”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 12, p. 246.

¹³ Paulo LÔBO. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª edição, p. 204.

biológica quanto a gestacional querem a criança e no negativo nenhuma das duas a quer¹⁴.

Diante da problemática, de difícilíssima solução, há aqueles que refutam a utilização da técnica de maternidade por substituição, uma vez que esta gama de conflitos estaria em total contradição com o melhor interesse da criança. Realmente, o direito de ter um filho e de fundar uma família não é absoluto e não é inerente apenas ao exercício da liberdade individual; ao contrário, uma vez que dito direito interfere na esfera de terceiros – no caso uma criança – a responsabilidade do Estado deve ser evocada¹⁵.

Apesar dessas ponderações, a maternidade por substituição encontra previsão na já citada resolução do Conselho Federal de Medicina, que somente a autoriza em caráter gratuito, quando a mãe biológica tenha alguma complicação médica que contra-indique a gestação, devendo a mãe gestacional ser parente da mãe biológica até o segundo grau. Esta limitação relativa ao parentesco da mãe gestacional é imposta porque se entende que entre parentes próximos haverá uma maior cumplicidade na questão, sendo no final das contas ambas as mães parentas da criança gerada. Os demais casos deverão ser analisados pelo Conselho Federal de Medicina.

Realmente, pensando nos sentimentos e relacionamentos travados entre as pessoas, por mais complexo que possa ser a gestação por substituição, não se pode deixar de admitir que o desejo de ter um filho e o desejo de ajudar alguém a atingir dito objetivo podem ser efetivamente genuínos, levando pessoas a optarem pela submissão a tal técnica.

Importantíssimo, portanto, é o consentimento informado e esclarecido, para que os envolvidos estejam cientes de todas as implicações do procedimento. Nessa linha, seria salutar que fosse exigido das mães gestacionais uma gestação prévia, da qual adveio prole viva, pois, a primeira experiência de gravidez numa situação de mãe por substituição pode ser extremamente traumática.

E ainda: muito embora sempre deva prevalecer o melhor interesse da criança, é preciso estabelecer como critério que em caso de conflito positivo, diante de uma maternidade por substituição, a mãe biológica deverá ter prioridade na solução da questão, uma vez

¹⁴ Christine Keler de Lima MENDES. “Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização *In Vitro* Heteróloga”. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 00, p. 50.

¹⁵ Maria Claudia Crespo BRAUNER. “Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental”. Cit. p. 245.

que a mãe gestacional deve ter obtido todas as informações e esclarecimentos possíveis sobre o processo ao qual seria submetida. Daí a importância de se exigir da mãe gestacional uma gestação prévia, da qual adveio prole viva, para que esta última manifeste um consentimento realmente *informado e consciente*.

Na hipótese que serve de ilustração a esta sede, a gestação por substituição ocorreu no âmbito de uma união homoafetiva, não havendo qualquer tipo de conflito em relação às crianças geradas. É preciso, inicialmente, tomar posição quanto ao reconhecimento de ditas formações sociais como família.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê as entidades familiares em *numerus apertus*. De fato, uma vez que a proteção constitucional conferida à família é direcionada à pessoa de cada um de seus membros (CF, art. 226, § 8º) e não à instituição em si, solução diversa violaria frontalmente a igualdade e, em conseqüência, a dignidade da pessoa humana. Negar direitos de família àqueles que vivem sob o manto da solidariedade familiar é negar direitos fundamentais ao desenvolvimento da personalidade dessas pessoas.

Apesar de ainda ser difundida a hostilidade em relação à homossexualidade, a crescente aceitação desta não é apenas fruto da tolerância liberal, mas é também um “resultado lógico da separação entre a sexualidade e a reprodução”¹⁶. Não obstante tal constatação, o desejo de ter filhos é inerente às pessoas, homens e mulheres. Conforme Anthony Giddens, atualmente

valorizamos tanto as crianças em parte porque elas se tornaram muito raras, e em parte porque a decisão de ter um filho é agora muito diferente do que foi para gerações anteriores. Na família tradicional, os filhos eram uma vantagem econômica. Hoje, nos países ocidentais, um filho, ao contrário, representa um grande encargo financeiro para os pais. A decisão de ter um filho é muito mais definida e específica do que costumava ser, e é guiada por necessidades psicológicas e emocionais¹⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que o planejamento familiar é livre decisão do casal, devendo este ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa

¹⁶ Anthony GIDDENS. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 66.

¹⁷ Anthony GIDDENS. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Cit, p. 69.

humana e da paternidade responsável. A Lei 9.263/96 não faz qualquer discriminação quanto ao direito ao planejamento familiar, que é definido como *o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação, ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.*

Vale ressaltar, no entanto, como anteriormente assinalado, que o direito de ter um filho não é absoluto, não podendo a criança ser tratada como um objeto do desejo que pode simplesmente ser “consumido”. Desse modo, a análise da filiação homoafetiva deve partir do pressuposto do melhor interesse da criança.

Sobre a questão, é recorrente o argumento de que não se deve permitir aos casais homossexuais a filiação, tendo em vista que, por ser uma relação que ainda sofre discriminações na sociedade, esta hostilidade também seria sofrida pelas crianças oriundas da filiação homoafetiva. À luz dessa argumentação, apenas deveria ser autorizada a filiação no âmbito das uniões homoafetivas quando dita relação fosse regulamentada pelo Direito.

Apesar da ausência de lei que regule as uniões homossexuais, a filiação homoafetiva é uma realidade. Sem dúvida, inúmeras crianças vivem sob o amparo e o amor de um casal homossexual, seja porque o parceiro homossexual cria vínculos com os filhos biológicos ou adotivos do outro, seja porque ocorrem situações como aquelas dos “filhos de criação”, seja ainda pela ocorrência de hipóteses como aquela ora descrita. Nesta realidade, a criança só terá vínculo jurídico com um dos parceiros, seja pela filiação biológica ou adotiva. Assim, em relação ao outro, pai ou mãe de fato, não terá a criança direito a alimentos, sucessão, uso do nome, entre outros.

Segundo Ana Carla Mattos, no que diz respeito à relação homossexualismo e filiação, pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicaram que não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Conforme a Autora, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento psicológico das crianças¹⁸.

Ainda segundo a Autora:

¹⁸ Ana Carla Harmatiuk MATOS. “Filiação e Homossexualidade”. *Família e Dignidade: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, pp. 83/84.

Mais relevante do que isto, contudo, parecem ser as peculiaridades do caso concreto, ou seja, como os protagonistas de suas histórias se encontram, a personalidade de um ou dos dois parceiros homossexuais concretos e suas habilidades de se relacionarem com as necessidades infantis e a capacidade de enfrentar diversas dificuldades da vida em relação à sociedade, e não exclusivamente as questões advindas da orientação homossexual¹⁹.

Por tudo isso, é que se conclui que não deve existir, *a priori*, razão para negar a filiação no âmbito das uniões homoafetivas, sendo, na verdade, contrário ao melhor interesse da criança negar vínculo jurídico com ambos os parceiros homossexuais, pois isso é negar a criança que a sua realidade fática esteja assentada juridicamente.

Elisabeth Roudinesco, em sua obra *A família em desordem*, dá um recado àqueles a quem designa de utopistas, que acreditam que a procriação será um dia a tal ponto diferenciada do ato carnal que os filhos serão fecundados fora do corpo da mãe biológica, em um útero de empréstimo e com a ajuda de um sêmen que não será mais aquele do pai. Conforme a Autora:

Para além de todas as distinções que podem ser feitas entre o gênero e o sexo, o materno e o feminino, a sexualidade psíquica e corpo biológico, o desejo de um filho sempre terá algo a ver com a diferença dos sexos. Demonstram isso as declarações dos homossexuais que sentem a necessidade de dar aos filhos por eles criados uma representação real da diferença sexual, e não apenas duas mães das quais uma desempenharia papel de pai, ou dois pais dos quais um se disfarçaria de mãe²⁰.

Na questão trazida à baila, é preciso lembrar que se está diante de pessoas férteis, sem indicação terapêutica para as técnicas de reprodução humana assistida. Há um impasse, portanto, não sobre um julgamento de ordem ética ou moral, mas sobre a imprescindibilidade da técnica para gerar e o papel da ciência na realização de todos os desejos, o que acarretaria, talvez, a reificação do filho a ser gerado²¹.

Apesar da pertinência de tal preocupação, diante do anonimato do doador de sêmen e da liberdade que norteia o planejamento familiar, fundado na autonomia dos sujeitos e,

¹⁹ Ana Carla Harmatiuk MATOS. “Filiação e Homossexualidade”. Cit., pp. 83/84.

²⁰ Elisabeth ROUDINESCO. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 198.

²¹ Maria Cláudia Crespo BRAUNER. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 87.

principalmente, na paternidade responsável, não há razão para negar aos casais homossexuais a filiação, que deverá ser construída com responsabilidade e com a atenção voltada para o filho.

Por tudo isso, é que em hipótese como a descrita, não se pode negar a possibilidade de as crianças geradas serem registradas no nome das pessoas que são efetivamente as suas genitoras e aquelas que irão amá-las, dando-lhes o suporte de uma família, retratando o registro a realidade fática.

4. O arrependimento quanto ao consentimento para a adoção

Inicialmente, é preciso registrar que o Código Civil consagrou um sistema de adoção plena, sujeita à decisão judicial, que se equipara àquele do Estatuto da Criança e do Adolescente. Muito embora o Código Civil não faça distinção entre a adoção de menores ou de maiores, tem razão Paulo Lobo, ao assinalar que por ser o Estatuto da Criança e do Adolescente norma especial, prevalecerá a sua incidência para a adoção de criança ou adolescente, sendo as normas do Código Civil aplicadas subsidiariamente²². Nessa linha, a Lei 12.010/09, ao modificar o art. 1.618 do Código Civil, expressamente determinou que a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pelo Estatuto.

Para a adoção, é essencial o consentimento do adotando ou de seus pais ou responsáveis quando se tratar de adoção de menores de 18 (dezoito) anos. Neste último caso, é preciso registrar que na hipótese de convivência dos pais em união estável ou casamento, o assentimento de um não suprirá o do outro. Novamente conforme Paulo Lobo, “o direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não podendo ser suprido por decisão judicial”²³.

A lei é muito cautelosa na regulamentação do consentimento para a adoção. O art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, modificado pela Lei 12.010/09, prevê que o consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial sobre a irrevogabilidade da medida, não tendo validade se não for ratificado em audiência, perante a autoridade judiciária e o Ministério Público, ocasião em que será garantida a eles livre manifestação de vontade, restando esgotados

²² Paulo LOBO. *Famílias*. Cit., p. 254.

²³ Paulo LOBO. Ob. cit., p. 257.

os esforços para a manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

Nas adoções de menores de 18 (dezoito) anos, apesar da incapacidade do adotando, em virtude das conseqüências e efeitos da medida, a lei determina que sempre que possível a criança ou o adolescente seja previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da adoção, devendo ser sua opinião devidamente considerada (Lei 8.069/90, art. 28, § 1º). E mais: em se tratando de maior de 12 (doze) anos, não se deferirá a adoção sem o seu consentimento, que deverá ser colhido em audiência (Lei 8.069/90, art. 28, § 2º).

Questão tormentosa é aquela relativa ao arrependimento do consentimento para a adoção. Diante da irrevogabilidade da medida, prevista na redação antiga do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil estabeleceu em seu art. 1.621, § 2º, que o consentimento é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção, instaurando a polêmica sobre o assunto.

Luiz Edson Fachin assinala que a retratação do consentimento para a adoção gera insegurança no âmbito do direito material e no próprio direito do adotando, uma vez que este pode ter a adoção obstada por manifestação de vontade de um genitor que, anteriormente, pretendia a desconstituição do vínculo parental. Vale transcrever trechos dos comentários do Autor ao aludido dispositivo do Código Civil:

Se a desconstituição da autoridade parental pode ser uma solução para esses casos, não se pode deixar de observar que essa possibilidade elástica de os pais do adotando levarem a efeito a retratação de seu consentimento não se coaduna com o sentido do atendimento do melhor interesse da criança. Demonstração disso é que o Estatuto da Criança e do Adolescente não cogita a possibilidade de revogação da autorização dos pais ou representantes do adotando. A possibilidade de retratação é regra acrescida – de modo criticável, ao menos quanto à extensão temporal da viabilidade dessa revogação – pelo Código Civil de 2002²⁴.

²⁴ Luiz Edson FACHIN. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco (arts. 1.591 a 1.638)*, vol. XVIII. In Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176.

Outros autores consideraram dito dispositivo salutar, assinalando que pelo parágrafo segundo do art. 1.621 do Código Civil, o legislador enfoca a adoção sob o ponto de vista dos pais biológicos. De acordo com Galdino Augusto Coelho Bordallo raramente há preocupação na análise do instituto da adoção a partir dos motivos que levaram os pais biológicos a entregarem o filho em adoção ou mesmo que fator os levou a considerar mais benéfico passasse aquele a integrar uma nova família, ao invés de continuar no seio da família natural, havendo, portanto, sensível diferença prática e teórica entre o ato de entregar o filho em adoção e o ato de simplesmente abandoná-lo. E continua o Autor:

O pai e a mãe que decidem entregar seu filho para adoção estão, na verdade, praticando um ato de amor, pois entendem que a criança poderá gozar de mais amplas oportunidades, se for criado por outra família. Tal decisão exige dos pais amadurecimento, consciência, reflexão e, sobretudo, coragem e grande amor pelo filho que conceberam.

Ao decidirem entregar seu filho para criação por outra família, e sabendo que, possivelmente, nunca mais terão contato com este, os pais estão, eles próprios, em situação de abandono, já que marginalizados pela sociedade, diante das inúmeras dificuldades que a vida lhes apresenta²⁵.

Geram-se conflitos nas hipóteses em que a revogação do consentimento para a adoção é manifestada quando a criança já está em estágio de convivência com os adotantes. Neste caso, o retorno à família biológica pode representar violação aos interesses do adotando, em virtude do princípio do melhor interesse da criança.

Sensível à problemática, a III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovou o enunciado 259, assim ementado: *Art. 1.621: A revogação do consentimento não impede, por si só a adoção, observado o melhor interesse do adotando.*

A partir desta orientação, tempera-se a previsão que autoriza a revogação do consentimento manifestado para a adoção, de forma a impedir que uma mera retratação cause inúmeros prejuízos à criança que esteja adaptada ao convívio com a família substituta, sendo esta última aquela que realiza o seu melhor interesse.

²⁵ Galdino Augusto Coelho BORDALLO. *O Novo Código Civil: Do Direito de Família*. In Heloisa Maria Daltró LEITE (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 253.

Com efeito, serão as circunstâncias do caso concreto que irão definir a solução do aludido conflito de interesses, sempre à luz do melhor interesse da criança. A jurisprudência é rica em hipóteses, sendo recorrentes as decisões que privilegiam as famílias substitutas, após estar constatada a convivência e adaptação das crianças às mesmas²⁶.

Nessa linha, uma vez manifestada a revogação do consentimento para a adoção, o processo não deve ser extinto, mas sim convertido na forma litigiosa de destituição do poder familiar, como proposto por Luiz Felipe Brasil Santos, por ocasião da proposição de enunciados para a já citada III Jornada de Direito Civil²⁷.

Ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 12.010/09 acrescentou ao seu art. 166 o § 5º, inserindo no referido diploma legal a previsão de retratação do consentimento para a adoção até a publicação da respectiva sentença constitutiva, tal como foi previsto no § 2º do art. 1.621 do Código Civil.

²⁶ “Adoção. Dissenso da mãe. Posse e Guarda consolidadas no tempo. Melhor interesse da criança. 1- Em se tratando de matéria de família, convém relativizar os aspectos processuais em prol do interesse do menor. Ainda que de jurisdição voluntária, vê-se que a mãe teve oportunidade de contestar o pedido, observando-se o princípio do contraditório e abrindo-lhe toda oportunidade de defesa. Portanto, nenhum prejuízo se lhe haverá na seara do processo. 2- Embora não tendo ocorrido pedido expresso de destituição do poder familiar, tem-se entendido prevalentemente que o pedido de adoção traz ínsito a perda do poder familiar, até porque, incompatível 3- Noutro aspecto, situa-se a questão consentimento. A mãe, claramente, se opõe à adoção. Indaga-se se, ainda que não formalmente destituída, o arrependimento ao consentimento, inicialmente tácito, produz algum efeito. A solução deve trilhar o caminho que verifica o melhor para a criança. Árdua a tarefa. Nesta análise, o enfoque se desloca para o menor e nessa seara o Direito deve estar comprometido com a realização da Justiça. Filiação e paternidade constituem uma única via de mão dupla. É necessário querer ser filho e desejar ser pai. 4- Neste contexto é que se coloca em confronto a paternidade biológica *versus* a paternidade sócio afetiva. O menor, atualmente com 08 anos de idade, se encontra com o casal desde o nascimento. E tratado como verdadeiro filho. Chama-os de pai e mãe. Revolta-se em não ter o sobrenome dos mesmos. Está perfeitamente integrado à família substituta. Recebe carinho e amor do casal. Pouco importa, nesta altura, se o repúdio à mãe natural advenha da influência da guardiã. O fato é que o retrato deste quadro indica a conveniência do menor em permanecer com os Reptes. E mais, sentir-se, verdadeiramente filho dos mesmos. Isto é para ele importante. Recurso desprovido, nos termos do voto do Desembargador Relator” TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.43424, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, julgado em 11.01.2006. “Adoção e destituição do pátrio poder. Abandono de menor pela mãe após o nascimento. Arrependimento. Adotante que reúne condições plenas para o exercício do encargo. Situação fática reveladora de que a mãe biológica repudiou sua filha desde a concepção. Abandono configurado. Circunstâncias que desaconselham o retorno da menor ao seio da família biológica. Procedência do pedido de adoção com a conseqüente decretação da perda do pátrio poder. Sentença confirmada”. TJRJ, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Amaury Arruda de Souza, julgado em 23.05.2000. Em prestígio da família biológica: “Adoção. Jurisdição voluntária. Arrependimento dos genitores, desde logo manifestado. Destituição do pátrio poder. Pedido implícito. Conveniência do menor. Direito dos pais biológicos. Nada havendo contra os pais biológicos, que justifique a perda do pátrio poder, e tendo eles manifestado, oportuna e claramente, o seu arrependimento, não se pode conceder a adoção, já que é direito do menor ser criado na família natural, só se devendo colocá-lo em família substituta quando demonstrada a absoluta incapacidade material e moral dos pais biológicos. Provedimento de ambos recursos”. TJRJ, Apelação Cível nº 2002.001.03592, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Sylvio Capanema de Souza, julgado em 14.05.2002.

²⁷ Luiz Felipe Brasil SANTOS. *Jornada de Direito Civil*. In Ministro Ruy Rosado de AGUIAR (org.). Brasília: CJP, 2005, pp. 362/363.

Diante do referido acréscimo, mantêm-se íntegras as ponderações acima, concebidas diante de similar disposição do Código Civil, em prol do princípio constitucional do melhor interesse da criança. Assim, apesar da previsão do atual art. 166, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a eficácia da revogação do consentimento para a adoção só poderá ter prevalecer se representar o melhor interesse da criança.

5. Conclusão

Tudo por um filho. O que uma pessoa é capaz de fazer por um filho? Apesar dos casos acima serem totalmente diferentes entre si, é preciso apontar o que todos têm em comum: a indicação da reflexão que deve nortear as questões que dizem respeito à filiação, a saber, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Não se pode agir de forma individualista e egoísta. A atenção deve estar voltada para essa terceira pessoa, que deve ter os seus direitos preservados e garantidos, por serem pessoas em desenvolvimento, que precisam de proteção.

Assim, não há direitos absolutos ou soluções prontas. O que há é a certeza de que os casos difíceis devem ser resolvidos segundo o melhor interesse da criança e apesar de esta ser uma assertiva recorrente, é inegável que a sua concretização é a cada dia um desafio, diante da evolução da ciência e da necessidade de a dignidade da pessoa humana ser o protagonista de dita evolução.

O cenário atual, novamente conforme Elisabeth Roudinesco, é aquele em que a família é reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. “Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”²⁸, sendo, portanto, esta a ótica que deve nortear a concretização do princípio do melhor interesse da criança na interpretação de toda a legislação relativa à filiação.

Como citar: NEVARES, Ana Luiza Maia. Tudo por um filho. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/tudo-por-um-filho/>>. Data de acesso.

²⁸ Elisabeth ROUDINESCO. *Família em desordem*. Cit., p. 98.