

Apelação Cível n. 2014.079066-9, da Capital  
Relator: Des. Domingos Paludo

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.

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.

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).

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 conseqüente 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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.079066-9, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados D. K. e outros:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, retirando-lhe o efeito suspensivo, para determinar a imediata expedição da certidão de nascimento em nome de S. A. C. K., constando o nome dos genitores D. K. e J. C., e nos demais termos fixados no dispositivo da sentença. Vencido o Desembargador Raulino Jacó Brüning. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Domingos Paludo – Relator -, Des. Raulino Jacó Brüning (com declaração de voto) – Presidente – e Des. Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 12 de março de 2015.

Domingos Paludo  
RELATOR

## RELATÓRIO

Examina-se recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença que deu procedência à inicial, declarando D.K. e J.C. pais de S.A.C.K., fruto de inseminação artificial realizada em M.B.C., irmã de J.C., que gestou a menina e, logo após o nascimento, renunciou, por meio de escritura pública, ao poder familiar com relação à infante.

Em suas razões (fls. 161-167), aduz o *Parquet* que o magistrado singular impediu-lhe de se manifestar acerca da questão de fundo da demanda, e que a hipótese retratada no caso é de adoção unilateral, o que, inclinavelmente, transfere a competência para análise à Vara da Infância e Juventude. Suscitou, para tanto, a anulação da sentença e o encaminhamento dos autos ao Juízo competente.

Os autores contrarrazoaram às fls. 172-188. Requereram, oportunamente, a antecipação de tutela para que seja autorizada a confecção da certidão de nascimento da menor, pedido este reiterado às fls. 191/195.

A Defensoria Pública, que atua no feito como curadora especial da criança, em suas contrarrazões (fls. 196-204), requereu antecipação de tutela para que seja afastado o efeito suspensivo, determinando-se a expedição da certidão de nascimento da pequena S., com os nomes dos genitores ou, subsidiariamente, apenas com o nome do genitor D., ressalvadas as futuras retificações, sob o argumento de que a ausência do documento obsta que à menina sejam despendidos os devidos cuidados essenciais, como acesso à saúde e à educação, bem como seu direito ao exercício da cidadania.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou parecer às fls. 211-227, opinando pelo provimento do recurso.

Vieram-me conclusos.

## VOTO

Presentes os pressupostos que regem a admissibilidade, conheço do recurso.

A insurgência do *Parquet* cinge-se à assertiva de que o feito deve ser declarado nulo, eis que não fora oportunizada à Promotoria a manifestação sobre o mérito da ação. Sustenta, ainda, que a competência para análise dos autos é do Juízo da Infância e Juventude, por ter a gestora em substituição, M. B. C., irmã de J. C., doado seu gameta na composição da inseminação artificial. Deste modo, por ser mãe biológica da menor, ao renunciar ao poder familiar, à demanda deve ser conferido, em lugar de declaração de dupla paternidade, o caráter de adoção unilateral, já que para a viabilidade da primeira o gameta necessitaria ter sido concedido por doadora anônima.

As hipóteses aventadas, contudo, não merecem prosperar.

Inicialmente, é de bom alvitre tecer alguns comentários sobre adoção.

A obra de Maria Berenice Dias instrui:

Por expressa permissão do ECA, qualquer pessoa maior de 18 anos e independentemente do estado civil pode adotar (ECA 42). Ainda que a doutrina mais conservadora considere a adoção por solteiros como o ponto mais inquietante da monoparentalidade, é mister atentar para o interesse da criança. É preferível que tenha um pai ou uma mãe do que ninguém para chamar de pai ou mãe. A interminável espera para que ocorra a adoção por um casal, muitas vezes, leva crianças e adolescentes a permanecer institucionalizados até completarem a maioridade. Nesse dia são postos para fora dos "abrigos" — hoje chamados de acolhimento institucional (ECA 90 IV) -, onde passaram toda a vida à espera de alguém que os quisesse adotar (Manual de direito das famílias, p. 216).

Anteriormente prevista pelo Código Civil de 2002, a adoção, após a revogação do diploma ocorrida em 2009, passou a ser regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que, segundo Carolina Cintra Barbosa, é definida como sendo "um ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre o adotante e o adotado, independentemente de qualquer relação natural ou biológica de ambos. É conhecida como uma filiação civil, necessitando de um desejo do adotante em trazer para sua família, na condição de filho, **alguém que lhe é estranho**" (2010, grifei).

Em outras palavras, além de um ato de amor que percorre mão dupla - pois, se de um lado, está a possibilidade de dar filhos àqueles a quem a natureza negou, de outro, encontra-se um propósito assistencial em que há um meio de propiciar melhores condições morais e materiais ao adotado -, adoção é o acolhimento de uma nova família, através de pais generosos, ao infante por vezes amargo e sofrido que, por razões diversas, fora abandonado ou rejeitado por seus genitores, e que se torna possível a partir da perda do poder familiar de seus pais biológicos com relação ao descendente.

Nessa senda, exata é a premissa de que a competência para julgamento

de ações de adoção é da Vara da Infância e da Juventude.

Não é este, contudo, o cenário presente, pois a menina em questão jamais sofreu abandono ou rejeição, e tudo que historiam os autos é um projeto de montagem de uma família com os avanços que a ciência atualmente alcançou na área da reprodução humana.

Sobre o assunto, não é de rigor mais do que transcrever a fundamentação da primorosa sentença prolatada pelo Juiz de Direito Luiz Cláudio Broering, que serve de razão de decidir:

Inicialmente, observa-se a existência de questão processual pendente. Ao longo de toda a marcha processual, o Ministério Público defendeu a incompetência deste juízo para processar e julgar o presente feito, sob o argumento de que M. e D. são os pais biológicos da criança, logo, para constar apenas os nomes dos autores no registro de nascimento dessa seria indispensável que a questão seja dirimida em processo legal de adoção unilateral, observado o juízo competente, ou seja, a Vara da Infância e Juventude desta comarca.

Em que pesem os argumentos despendidos, a questão da incompetência deste juízo não deve ser acolhida. No caso *sub judice*, **não há que se falar em adoção, tampouco em competência da Vara da Infância e Juventude, uma vez que a gestante não dispõe de poder familiar em relação à menina. M. é gestora de S. em substituição aos autores, os quais são impossibilitados fisicamente para tanto. Importante ressaltar que a gestação por substituição em nada se confunde com a "barriga de aluguel". Esta é vedada pelo ordenamento jurídico, ao passo que aquela é admitida, sendo disciplinada por meio da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. De acordo com o referido instrumento, mostra-se viável a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente consanguínea até quarto grau de um dos parceiros. Ademais, faz-se necessário ser firmado termo de consentimento assinado entre os envolvidos, além de contrato, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança e a garantia do registro civil desta pelos pacientes.**

Acerca do tema, Maria Berenice Dias leciona que *a possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção mater semper certa est, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção pater est, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar que a gestatriz é sempre certa* (in Manual de direito das famílias, f. 371).

*In casu*, vislumbra-se que **os envolvidos se submeteram a uma fecundação artificial heteróloga, na qual os gametas de D. e M. foram fertilizados via intra uterina. Tradicionalmente, em se tratando de fecundação heteróloga, o doador do gameta, seja masculino ou feminino, é anônimo, ou seja, há a manutenção do sigilo sobre sua identidade. No caso em apreço, contudo, tal formalidade não foi respeitada, uma vez que M., além de gestar a criança, também forneceu seu gameta. Independentemente dessa inobservância, Rolf Madaleno ensina que: existem duas modalidades de mães em substituição, ou de útero de substituição, sendo uma delas considerada mãe portadora, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante**

**do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima na chamada ovodoação, e a mãe de substituição, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz à criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos. Nessa hipótese em que a própria mãe de aluguel aporta o óvulo, conclui Maria Carcaba Fernandez, ocorre uma clara situação de inseminação artificial heteróloga com doador conhecido. A cessão de material genético pode derivar tanto do homem como da mulher, e de acordo com Enrique Varsi Rospigliosi, seu fundamento na igualdade e na liberdade que as pessoas têm de procriar e de fundar uma família (in Curso de direito de família, fls. 533/534). Assim, M. deve ser vista como gestora em substituição e o fato da doadora do óvulo ser conhecida em nada altera os contornos e consequências da inseminação heteróloga. Ademais, o acervo probatório revela enfaticamente o desejo exclusivo da doadora (direito natural) de apenas auxiliar D. e J., seu irmão, a realizarem o seu sonho de serem pais. Ora, em nenhum momento M. teve qualquer dúvida a respeito do seu papel no projeto parental elaborado pelos autores, para que estes tivessem o seu filho. Aliás, o documento 39/42 não deixa dúvidas quanto a isso. Não obstante, o laudo elaborado pela Psicóloga Judicial também revela que M. não se identifica como a mãe da criança (fls. 113/117). Além disso, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo (f. 76), tal documento, por si só, não lhe atribui poder familiar, tampouco o direito de figurar no registro de nascimento da criança, sob pena de ser afrontado os direitos dos que elaboraram o projeto parental – reais detentores do poder familiar –, afora do direito à própria identidade da infante.**

**Portanto, considerando que M. não detém poder familiar em relação à S., afigura-se desnecessário o manejo de ação de adoção unilateral e, igualmente, declinar a competência para processar e julgar o presente feito à Vara da Infância e Juventude.**

Vencida a questão processual, passa-se à análise do mérito.

Trata-se de ação ordinária, em que os autores almejam serem declarados como genitores da menina S. Consabido que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1.597, V, do Código Civil). Aliás, importante recordar que a fecundação heteróloga gera presunção *juris et jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada, dada a presunção absoluta de paternidade socioafetiva. Acerca do tema, traz-se à baila o Enunciado n. 570 das Jornadas de Direito Civil:

**570. O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga a parte consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez.**

Do estudo do arcabouço probatório, extrai-se que os autores são companheiros (fls. 26/28). D. é o pai biológico de S., bem como que ambos os autores, em especial J., concordaram tanto com a realização da inseminação artificial

heteróloga como com a gestação por substituição (fls. 29/37). **O fato do nascimento ter sido resultado de óvulos da gestante e sêmen de D., não repele a pretensão de J. de ter registrado como sua filha a infante S. Ora, revela-se arcaica a ideia de que o reconhecimento da maternidade ou da paternidade provém, exclusivamente, da existência de vínculo biológico.** A parentalidade socio-afetiva, fruto da liberdade/altruísmo/amor, também deve ser respeitada. **O presente caso transborda desse elemento afetivo, uma vez que o nascimento de Sofia provém de um projeto parental amplo, idealizado pelo casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga, além do apoio incondicional prestado por M., que se dispôs a contribuir com seu corpo, a fim de realizar exclusivamente o sonho dos autores, despida de qualquer outro interesse.**

[...]

Assim, observado o princípio do interesse superior da criança, impõe-se conferir a dupla paternidade e suprimir qualquer identificação acerca da gestante no registro de nascimento de S., a fim de adequar a situação jurídica da infante à realidade vivenciada e planejada com o objetivo de constituir família, cujos vínculos nascem na socioafetividade (fls. 151/154) (grifamos).

Não obstante a irretocável resolução do magistrado *a quo*, ainda sobre a matéria, é cediço que, de acordo com o art. 244 do diploma processual civil, "*quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade*". Trata-se da aplicação do brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*, isto é, não há nulidade sem prejuízo (art. 249, § 1º, CPC).

Em consonância com esse princípio, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier que "*é desnecessário, do ponto de vista prático, anular-se ou decretar-se a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte*" (Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 169).

E a orientação dos tribunais pátrios é no sentido de aproveitar-se continuamente dos atos processuais já realizados, seja pela economia processual, seja pela busca da rápida e efetiva prestação jurisdicional.

Nesse sentido, colhe-se do entendimento da Corte Superior:

Em consonância com o art. 219, § 1º, do CPC e com o princípio da instrumentalidade das formas, a decretação de nulidade de atos processuais depende da efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada, prevalecendo o princípio *pas de nulité sans grief*. (Resp 1395289/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJe 29/4/2014).

E mais:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTEMPORÂNEO À DATA DE AVALIAÇÃO DO IMÓVEL. [...] 3. A jurisprudência desta Corte já assentou entendimento no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do



julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes, o que não ocorreu no caso dos autos. (AgRg no REsp n. 1413689/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.6.2014).

Ocorreria prejuízo, entretanto, se a sentença fosse anulada como sustenta o *Parquet*, já que se perderiam diversos atos processuais que foram adequadamente constituídos, para que nada se ganhasse.

A atuação omitida, contudo, tem finalidade clara em lei, cujo bom cumprimento visa garantir. Ademais, se norma alguma fora violada, é porque os juízes assim também desejam, logo, a anulação violaria, ela mesma, a norma legal quanto à celeridade do feito e à economia processual, do que extraio que se não pode decretá-la em feitos desta natureza.

Ingressando na competência, muito embora outra coisa diga, veja-se claro, o Ministério Público invadiu já o mérito, que deseja a todo custo que de adoção se cuida, e já pretende impor sua conclusão, a tornar obrigatória, independentemente do que entendesse o magistrado. Mas isto não é assim!

Registro, ainda, que, no próprio raciocínio de que, à Promotoria, não houve oportunização de pronunciar-se sobre o mérito, manifestou-se a Procuradoria justamente no cerne da questão, quando levanta a incompetência da Vara da Família para processar o feito, sob o fundamento de impossibilidade de declaração de paternidade, sendo o deslinde viabilizado somente na forma de adoção unilateral, ante a doação do gameta ter sido realizada pela irmã do genitor, e não por doadora anônima; outra tese que não se desenvolve, mormente porque a gestora da pequena S. renunciou ao poder familiar com relação a esta, já na ocasião de seu nascimento, representando, apenas, desde então, o simples e único papel de tia na vida da infante.

Além do mais, apenas a genitora renunciou ao poder familiar— pois meramente gestora —, sendo um dos autores o pai biológico da criança, o que refuta, por mais esta razão, a teoria de adoção.

Anoto que, para regulamentar, na esfera médica, os procedimentos de reprodução assistida, vem o Conselho Federal de Medicina normatizar a Resolução n. 2.013/2013 que, apropriadamente, assim dispõe:

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico **a ser seguido pelos médicos** e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.

## **II — PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA**

[...]

**2 —** É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

[...]

## **IV — DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

[...]

**2 —** Os doadores nunca devem conhecer a identidade dos receptores e

vice-versa.

[...]

## **VII Â– SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)**

1 Â– As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consangüíneo até o quarto grau (primeiro grau Â– mãe; segundo grau Â– irmã/avó; terceiro grau Â– tia; quarto grau Â– prima), em todos os casos respeitada a idade limite até 50 anos.

[...]

3 Â– Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade.

[...]

- Contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança.

[...]

## **IX Â– DISPOSIÇÃO FINAL**

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina. (grifei)

Como se depreende dos autos, as normas impostas na aludida Resolução foram cumpridas, especialmente a renúncia de M. ao poder familiar com relação à S., durante a gestação, após o parto e via escritura pública, abdicação esta que arreda, terminantemente, pressuposição de irregularidades em todo o processo de reprodução assistida ou de que o caso seria de adoção por ser a gestora a mãe biológica. M. doou seu óvulo, logo, não é mãe de S. Há muita clareza em todo o processo de inseminação e provas contundentes nos autos de que a gestora figura como parente da menina, jamais como mãe.

Quanto à necessidade de anonimato dos doadores dos gametas, o dispositivo revela-se genérico e frágil, de modo que, em caso de descumprimento, não prevê penalidades, tampouco consequências jurídicas; aliás, como se infere do inteiro teor da resolução, claramente foi elaborada com o escopo de disciplinar os procedimentos de ordem estritamente técnica entre os operadores, deixando, entretanto, de atender aos anseios da sociedade, que muitas lacunas encontra nesse percurso; mesmo porque não é o Conselho Federal de Medicina um órgão legislativo, o que faz com que o regulamento traga suficiência à classe médica mas, de outro norte, insegurança aos juristas e à própria sociedade, pelas exigências aparentemente sem sentido algum, e preocupações talvez lícitas a médicos, mas irrelevantes a juristas.

Aponto, precisamente, que o Código Civil também não faz menção a impedimento acerca do caso em apreço, eis que limita o disposto no texto do art. 1.597, não havendo prescrição específica para o quadro em voga, muito embora preveja até a fecundação *post mortem*, ou seja, a utilização do esperma do marido

pré-morto em inseminação na esposa, sendo lastimável que não haja estipulação expressa para o que ocorre nestes autos.

Frise-se ser este projeto notadamente inovador perante a sociedade e que, por esta razão, traz à tona a urgência e a imprescindibilidade de regulamentação do método, adequando o ordenamento jurídico às novas realidades e afastando quaisquer suposições de ilegalidade do ato. Ademais, o principal bem em questão é a vida de S. A não sofrerá prejuízo por conta do mecanismo adotado.

A partir de um conceito elementar de filiação, qual seja, o estabelecimento de sociedade de parentesco entre genitor, genitora, e progenitora, que cria as bases de identidade entre os membros e sua inserção em outros grupos sociais, sobre vínculos familiares, Silvio Venosa ensina que:

O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa. (*Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. 6. São Paulo: Atlas, 2003. P. 232).

Sobre as declarações de paternidade, Maria Berenice Dias leciona:

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Essas uniões, que passaram a ser chamadas de homoafetivas, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas. A situação com que se depara com mais frequência é aquela em que o genitor que ficou com a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação homossexual. A posição do companheiro do genitor se reveste de especial singularidade. Se, à evidência, ele não é nem o pai nem a mãe do menor, não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Ambos, o pai e seu companheiro, passam a exercer de forma conjunta a função parental. Não raro, o parceiro do genitor participa de sua criação, desenvolvimento e educação, assumindo inclusive o dever de sustento e exercendo o papel de pai. Inquestionável que estão presentes todos os requisitos para o reconhecimento de um vínculo de filiação socioafetiva. Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe. Vetar a possibilidade de juridicizar dito envolvimento só traz prejuízo à própria criança, pois, ainda que detenha a posse do estado de filho, não vai conseguir cobrar qualquer responsabilidade nem fazer valer qualquer direito com relação a quem, de fato, exercia o poder familiar.

**É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de banco de material reprodutivo, o que permite a um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não há restrição nenhuma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir tais práticas. Em ambos os casos, torna-se imperioso perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças- Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas, além de infirmarem o**

**princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho assim gestado é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliativa da estrutura de família.**

**Utilizadas modernas técnicas de reprodução assistida, como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome do casal.** (Manual de direito das famílias p. 374/375, grifei)

No mesmo sentido, sobre as novas famílias, Nazir Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano consignam que:

[...] com o novo Código Civil, essas formas acabaram, ao novo ordenamento, incorporadas, acrescentando-se assim a possibilidade de reconhecimento também por escrito particular, a ser arquivado em cartório, e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do novo Código Civil).

**Por fim, temos como personalíssimo o estado de filiação, indisponível e imprescritível; não há qualquer restrição ao seu exercício. Não pode ser renunciado; e cabe ao menor todos os benefícios e direitos em face do estado de filiação, como o nome do genitor, sucessão, alimentos e outros que se apresentarem da filiação legítima** (Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil, p. 44, grifei).

É inconcebível constituir qualquer óbice à concretização deste ato sob pretextos de ausência de estrutura em razão da instabilidade da atividade profissional exercida pelos pais, por sua nacionalidade ou por se fazer uma expectativa menor de durabilidade da convivência, rotulando-a por se tratar de duas pessoas do mesmo sexo, ainda que não tenha sido lavrada uma certidão de união estável, pois, sobre esta última, é consabido que nem os mais suntuosos casamentos, realizados de acordo com as seculares tradições e sob as mais virtuosas promessas são capazes de manter as pessoas unidas. Não se pode tarifar o que se passa internamente, nos corações de cada um.

O que garante a estabilidade das relações é a elevação dos sentimentos que as tecem, a ordenação, análise e reconhecimento das emoções e não os aspectos materiais.

É direito individual e personalíssimo equacionar as expectativas que se tem com relação ao amor e à felicidade, buscas íntimas estritamente ligadas às doses de amor que a pessoa recebe ao longo de sua existência.

Os ofícios de ambos os pais são dignos, um é dançarino de *ballet* clássico e o outro profissional liberal, empregos que certamente provêm o sustento deles e da infante, que muito bem cuidada aparenta estar e outra coisa os autos não revelam. Ademais, ambos os pais demonstram, por todo esse trâmite, deter o ímpeto de defender com força e afinco os interesses de S., protegendo-lhe dos infortúnios que possam vir a atravessar seu caminho.

Cumprido ressaltar que as famílias há muito deixaram de ter a figura

convencional, ilusória e aparente haurida do Direito Romano, de marido, mulher e filhos – estes sempre oriundos do casamento, das justas núpcias, porque os demais eram adúlteros a *patre* ou a *matre*, *espúrios* ou *incestuosos*, decerto para "pagar" pela irreflexão e desamor de seus "virtuosos" pais –, tornando-se, ao longo das transições pelas quais passa a Humanidade, a ser qualquer agrupamento entre pessoas que se unem por afinidades e vínculos de amor e afeto. Não se pode sobrepor normas às relações humanas que se formam voluntariamente, obstando-lhes as uniões que por sua natureza já tornam-se tão desafiadoras aos olhos da comunidade.

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se a Suprema Corte no julgamento da ADPF n. 132, cuja ementa é oportuno transcrever:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.** CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. **TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.** O *caput* do art.

226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. **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. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). 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.** Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. **A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros.** Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. **Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos.** Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). **RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, do Rio de Janeiro. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011, grifei).

Em situação semelhante, que versava sobre pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, pronunciou-se a Casa de Justiça Gaúcha:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU.**

1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado.

2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem

pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.

3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade.

4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do *status* que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu.

DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, AI n. 70052132370, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 4.4.2013).

O Tribunal Fluminense não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. **PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE DUPLA MATERNIDADE. PARCEIRAS DO MESMO SEXO QUE OBJETIVAM A DECLARAÇÃO DE SEREM GENITORAS DE FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA QUE NÃO É OBSTÁCULO AO DIREITO DAS AUTORAS.** DIREITO QUE DECORRE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NOS SEUS ARTIGOS 1º, INCISO III, 3º, INCISO IV, 5º, CAPUT, E 226, §7º, BEM COMO DECISÕES DO STF E STJ. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. **SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS DE FILHO DO CASAL.**

1. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento do menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. 2. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do *status* que já desfruta de filho das apelantes, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. 2. Sentença a que se reforma. 3. Recurso a que se dá provimento (TJRJ, AC. 0017795-52.2012.8.19.0209, Rel. Des. Luciano Silva Barreto, j. 07.08.2013).

Cabe aos Poderes e à sociedade, no seu todo, acompanhar a evolução, sobretudo no sentido moral, despidendo-se dos prejulgamentos culturais e religiosos que impedem a convivência em sua acepção mais ampla, satisfatória e feliz, notadamente quanto aos diferentes e diferenças.



A menina S., além de um lar amoroso, oriundo de dois pais que muito a desejaram, receberá proteção e circunstâncias favoráveis a um desenvolvimento saudável, gesto plausível diante dos inúmeros casos de abandono e maus tratos aos infantes que comumente são analisados por este Juízo, depois remediados pelos caminhos das adoções, assim que a criança permanecer depositada em alguma instituição.

Descabido é agravar a vinda da criança ao mundo, tampouco adotar solução mecânica a partir do conhecimento arquivado em escaninhos preconceituosos. A resolução deste caso pede prévio juízo dos valores acumulados no imo da alma, escolha dos valores que são caros, para fazê-los sobressair acima de tudo e dentro dos preceitos cristãos, que colocam o amor em um sagrado pedestal. Há que se ressaltar os valores hodiernos da alteridade, exercitar a capacidade de convívio com o diferente, a fim de se estabelecer um ambiente harmônico, pacífico, igualitário e fraterno, como prevê a Constituição.

Não vislumbro contorno algum de adoção neste caso, tampouco de ilegalidade. Há, sim, novidades, que necessitam e desafiam sua adequação às normas jurídicas ainda não escritas, pois que são novas situações.

Contrário à moral seria assenhorar-se do futuro das pessoas e encaminhar à adoção uma menina tão aguardada, concebida em regime amoroso e desde então integrante de justas expectativas de uma família que goza da proteção do Estado, para constituir seu lugar em um ninho de amor, reduzindo-a do status de filha à condição de abrigada, sob princípios de uma legislação vetusta e ultrapassada que deveras não produz bons frutos, em que pese a honradez de seus propósitos, não exime as crianças dessas misérias.

Não se está pregando, aqui, vulneração de norma legal alguma. Também não se está pregando elastério que posteriormente venha a colidir com a legitimidade de um direito mais sacrossanto, pois não vejo outro que suplante os da criança ingressar na família que a chamou a este mundo, no lar que a espera e lhe pertence por direito e justiça.

E com que direito se pretende frustrar a expectativa do pai-

Por derradeiro, com relação ao pedido de antecipação de tutela formulado pela Defensoria Pública e por D. K. e J. C. em contrarrazões, configurados os requisitos do art. 273 da carta processual civil – verossimilhança das alegações e prova inequívoca dos fatos – não tendo havido modificação no julgado e, ainda, prevalecendo a máxima de que nenhuma formalidade processual deve sobressair ao direito da criança, afasto o efeito suspensivo da apelação e **determino a expedição da certidão de nascimento de S. A. C. K., constando o nome dos genitores D. K. e J. C., e nos demais termos fixados no dispositivo do *decisum*.**

Por todo o exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo incólume a sentença.

É como voto.