

APELAÇÃO CÍVEL nº 0017795-52.2012.8.19.0209

APELANTES: M e B

RELATOR: DESEMBARGADOR LUCIANO BARRETO

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 desfrutava 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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível no Processo n.º 0017795-52.2012.8.19.0209, em que são apelantes M e B.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data e por maioria de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Relator.

Trata-se de recurso de apelação interposto por M e B, contra a sentença de mérito no procedimento de jurisdição voluntária (fls. 71/73) que julgou improcedente o pedido de assentamento civil, com a indicação de dupla maternidade, da criança E, nascida em 10/07/2012, formulada por casal homoafetivo feminino que vive em união estável reconhecida em escritura pública, concebida a partir de inseminação artificial heteróloga com óvulos e sêmen de doadores anônimos, tendo o embrião se desenvolvido no útero da segunda recorrente, que consta como mãe no registro formal.

Sustentam as requerentes na exordial que vivem em união estável homoafetiva e que por desejarem um filho concebido por meio de reprodução assistida heteróloga, com utilização de gameta de doador anônimo e a geração de uma criança no útero da segunda requerente, que terá duas mães, deve ser autorizado o registro da criança com nome de ambas requerentes como suas genitoras. Pedem antecipação dos efeitos da tutela definitiva.

O feito foi inicialmente distribuído para a 2ª Vara de Família do Foro Regional da Barra da Tijuca, tendo o magistrado a quo, apoiado em parecer do Ministério Público (fls. 60 vº), declinado de sua competência para a Vara de Registros Públicos desta Comarca (fls. 61).

Pronunciando-se nestes autos, o membro do Ministério Público em 1º grau, opinou favoravelmente ao pedido dos requerentes, na esteira de seu parecer (fls. 67/70 e 84/87) que esgotou com preciosismo as questões marginais e nucleares do presente feito, tornando despiciendas delongas

que frustrem a expectativa das requerentes.

As requerentes recorreram e nas suas razões recursais (fls. 76/80) reiteram os argumentos expendidos na peça vestibular.

Houve a conversão do julgamento do feito em diligência (fls. 99) para que se informasse a respeito do nascimento da criança e se permaneceria o interesse na pretensão, com remessa a Procuradoria de Justiça.

A diligência acima foi devidamente cumprida com a vinda aos autos da certidão de nascimento e fotografias (fls. 101/107).

Manifestação da Procuradoria de Justiça (fls. 109/112) pelo desprovimento do recurso.

É O BREVE RELATÓRIO.

VOTO

O objetivo deste feito administrativo é a abertura do assentamento de nascimento da menor E, concebido através de uma reprodução assistida heteróloga, na condição de filho das requerentes.

A discussão posta nestes autos diz respeito à possibilidade da configuração da dupla maternidade mediante a chancela judicial, circunstância a particularizar e impingir relativo ineditismo ao caso em julgamento.

Percebe-se, nestes autos, a busca de duas mulheres à fruição de direitos basilares, constitucionalmente albergados, e, à devida tutela estatal à nova formatação de entidade familiar e, em especial, de seus consectários, in casu, o direito à dupla maternidade do menor gerado pela requerente B.

Nota-se que as requerentes mantêm uma relação homoafetiva devidamente registrada (fls. 14) e buscam converter um vínculo precário que, teoricamente, apenas uma das requerentes poderia ter, qual seja, a maternidade reconhecida com base na consanguinidade, para um vínculo institucionalizado, no qual as requerentes poderão ter a maternidade simultaneamente reconhecida, com alicerce na afetividade e na aplicação da mais moderna hermenêutica jurídica.

Em suma, o que se busca, à míngua de legislação específica, é dotar de caracteres jurídicos uma realidade social que, saliente-se, não se restringe a estes autos, pulverizando-se, dia a dia, na nossa sociedade.

Daí surge a necessidade de um acurado procedimento hermenêutico, baseado numa interpretação pluralista e aberta dos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Numa sociedade democrática, na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas.

A compreensão literal de tais dispositivos criará, com efeito, uma odiosa e confinante marginalização social de pares, que acabará por estrangular a democracia e, via oblíqua, o próprio

Estado Pluralista de Direito.

Perlustrando a legislação pátria, não se encontra autorização expressa a amparar a pretensão das requerentes, porém, a meu sentir, a hipótese ventilada nestes autos não deve ser resolvida com a lei, mas com uma interpretação dos fatos trazidos diante da Constituição Federal, que, como se sabe, está no ápice da pirâmide de Hans Kelsen, ou seja, todas as leis estão subordinadas a um conjunto hierarquizado de normas jurídicas, sendo a mais importante delas a Constituição.

Nesse diapasão, o artigo 1º, inciso III, da CRFB consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República.

A seu turno, o artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, elege como objetivo fundamental: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifou-se).

Igualmente, o artigo 5º, caput, proclama a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”.

Nesta toada, deve-se interpretar os dispositivos constitucionais acima no sentido de que há discriminação em se negar que duas mulheres, que vivem em união estável homoafetiva e que contribuíram para a existência física de uma criança, não possam ser consideradas genitoras.

Justamente assim procederam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 05 de maio de 2011, e que vem sendo apontada como indutora da catálise de entendimentos e avanços sobre a temática da homoafetividade em nosso país, tendo em vista sua natureza abrangente, justíssima e caudatária, dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante – artigo 102, § 2º, CF.

Na dita decisão, prolatada na sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132, convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, os ministros daquela Corte, reconheceram, por unanimidade, a existência de mais um tipo de entidade familiar que é a união de pessoas do mesmo sexo e, via de consequência, reconheceram os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva.

Anote-se que a aludida decisão se reveste de duplo efeito para reconhecer a existência de mais um tipo de entidade familiar: o da união de pessoas do mesmo sexo; e para estender os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva.

Corroborando este entendimento, cumpre transcrever excerto do voto do Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, no julgamento do REsp n 1183378/RS, publicado no DJe em 01/02/2012, que afastou a existência de qualquer normativo infraconstitucional suficiente a invalidar o casamento homoafetivo e discorreu sobre o papel do Judiciário na supressão das lacunas legislativas:

“Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria, pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de

todos.”

O pequeno E, desta feita, do ponto de vista estritamente biológico, é filho de B, mas afetivamente, também é de M, que envolveram o sonho mútuo deste casal em trazer ao mundo um rebento, suportando, inclusive, as responsabilidades materiais e emocionais advindas desse processo.

A meu sentir, valendo-se de uma interpretação aberta e pluralista dos dispositivos atinentes à matéria e da forma dedutiva de raciocínio, afigura-se legítima entidade familiar a união das requerentes, e, em via indissociável, legítimo o direito à dupla maternidade que perseguem.

Não proclamar tal pretensão corresponderia a uma usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (artigo 1º, incisos II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (artigo 5º, caput e inciso I, CF/88), liberdade, intimidade (artigo 5º, X, CF/88), proibição de discriminação (artigo 3º, inciso IV, CF/88), ao direito de se ter filhos e planejá-los de maneira responsável (artigos 5º, caput e 226, parágrafo 7º, da CF c/c artigo 2º da Lei nº 9.263/96) e, por fim, da própria matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia.

Quanto ao denominado superior interesse da criança insculpido no artigo 100, inciso IV, da Lei nº 8.069/90, o reconhecimento da dupla maternidade o consagra. É que a criança terá reconhecida, como suas responsáveis, duas pessoas que efetivamente contribuíram para sua concepção e gestação, ou seja, na falta de uma, a outra continua responsável. Na ausência, ainda que temporária de uma, a outra legalmente representará a criança perante escola, hospital, etc. Na falta de uma, os direitos previdenciários e sucessórios ficam garantidos, não se podendo confundir tal situação com aquela em que, no passado, avós buscavam a guarda de netos apenas para transmitir-lhes direito a benefício.

Assim, as duas requerentes serão realmente as guardiãs da criança.

À vista do exposto e a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelos artigos 29, inciso I, e 50 a 66, da Lei nº 6.015/73, e nos termos do Decreto nº 7.231/2010, voto no sentido de se conhecer do recurso e reformar a sentença, para autorizar o registro da criança em nome das duas requerentes, constando também os nomes de todos os avós de cada uma das requerentes no respectivo registro.

Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2013.

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO
Relator