

Direito e reprodução humana assistida nas uniões homoafetivas

JOSÉ MÁRCIO CARVALHO DA SILVA*

ANA CAROLINA AMARAL DE PONTES**

Resumo: A reprodução humana assistida em uniões homoafetivas é uma temática envolta em controvérsias na sociedade contemporânea, motivo pelo qual o Poder Judiciário frequentemente é acionado no intuito de dirimir os conflitos existentes. Apesar da união de pessoas do mesmo sexo ser uma configuração familiar cada vez mais frequente no Brasil, o ordenamento brasileiro ainda é frágil em relação ao deslinde da questão. A inexistência de mecanismos legais específicos no país coloca o assunto em posição vulnerável a questionamentos éticos, morais, médicos, religiosos e sociais. Considerando este cenário de inegável transformação da estrutura familiar, o presente trabalho teve como objetivo principal analisar as repercussões jurídicas da reprodução humana assistida nas uniões homoafetivas. As considerações trazidas por este trabalho sinalizam que mesmo diante de alguns avanços, lacunas importantes necessitam ser preenchidas no âmbito do Direito. Algumas sentenças já foram favoráveis ao reconhecimento da paternidade e maternidade de casais homoafetivos cujos filhos foram gerados por meio de métodos de reprodução assistida, entretanto, as respostas aos dilemas que envolvem este tipo de constituição familiar contemporânea ainda carecem de mecanismos legais mais concretos.

Palavras-chave: Direito de família; Família; Homoafetividade; Família homoafetiva; Biotecnologia; Direito médico.

Law and assisted human reproduction in homoaffective unions

Abstract: The assisted human reproduction in homoaffective unions is controversial in contemporary society, which often motivates the Judiciary Power to be triggered in order to resolve the conflicts. Despite the union of people of the same sex to be an increasingly common family configuration in Brazil, the national legal system is still fragile in relation to this issue. The lack of specific legal mechanisms in the country puts it in a vulnerable position related to ethics, moral, medicine, religion and social issues. Considering this undeniable transformation of the family structure, the present study aimed to analyze the legal repercussions of assisted human reproduction in homoaffective unions. The considerations brought by this study indicate that even with some advances, important gaps needs to be filled in Law. Some sentences has been favorable to the recognition of paternity and maternity of homosexual couples whose children have been generated by methods of assisted reproduction, however, answers to the dilemmas that surround this type of contemporary family constitution still need concrete legal mechanisms.

Key words: Family law; Family; Homoaffectiveness; Homoaffective family; Biotechnology; Medical law.



* **JOSÉ MÁRCIO CARVALHO DA SILVA** é Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau/Pernambuco; Especializando em Direito Médico e da Saúde pela Universidade Potiguar (UNP); Assessor Jurídico na Cabez Advogados Associados.

** **ANA CAROLINA AMARAL DE PONTES** é Doutora em Educação pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco; Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Docente da Unidade Acadêmica de Garanhuns (UAG) da UFRPE



Introdução

A história da humanidade tem sido alicerçada por inegáveis transformações sociais e científicas, incluindo o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida dentre os seus principais avanços. Contudo, em virtude de sua ampla controvérsia, o tema é motivo de debates acirrados que tendem a ser mais acentuados e polêmicos quando o casal que opta por esse tipo de procedimento compõe uma união homoafetiva. Ademais, a legislação brasileira é omissa em relação à abordagem explícita da matéria por meio de leis positivas, o que impulsiona a proliferação de indagações que resvalam em questões éticas, médicas, religiosas e jurídicas de forte apelo social.

Diante desse cenário, o objetivo deste artigo é analisar as problemáticas jurídicas relacionadas à reprodução humana assistida nas uniões homoafetivas. Para isso, foi realizada uma revisão da literatura em obras e

artigos relacionados a esse conteúdo, bem como consultas à legislação pertinente, com destaque à Constituição Federal do Brasil, o maior e mais importante instrumento do nosso ordenamento. Além das fontes supracitadas, também foi trazido o relato de sentenças emblemáticas e de notoriedade midiática para ilustrar e complementar a abordagem do tema.

1. A família brasileira e suas transformações

A família brasileira tem vivenciado um processo histórico de profundas mudanças nas suas bases religiosas, políticas, econômicas e procracionais, com reflexos diretos em sua composição e em seus eixos estruturais e funcionais. Entretanto, antes da família brasileira chegar à atual conformação muitos foram os conflitos e mudanças de paradigmas traçados em busca dos ideais contemporâneos.

Nos primórdios da humanidade, a família era essencialmente matriarcal, todavia, o despertar do homem em relação ao seu papel na procriação e poder de domínio sobre os animais ferozes e inimigos o fez perceber que também poderia comandar suas mulheres e filhos, dando início ao modelo patriarcal de família (SAPKO, 2011). Este modelo baseado no poder legitimado e exercido exclusivamente pelo homem foi a essência do modelo seguido pela legislação civil brasileira desde os tempos do Brasil Colônia até o período Imperial.

O dinamismo das relações humanas e sociais encarregou-se de gerir transformações nesse arquétipo familiar conservador, estimulando a reavaliação da moldura tradicional da família patriarcal. O poder legitimado exclusivamente ao homem dentro do núcleo familiar acabou por tornar-se insustentável face às conversões nos alicerces estruturais, funcionais e de composição das famílias, especialmente após o período Imperial. Essa metamorfose histórica do arcabouço familiar culmina no que se conhece hoje como família contemporânea, cuja característica mais elementar tem sido ser reinventada a cada momento (SAPKO, 2011).

No Brasil, um momento crucial de reconhecimento dessa realidade chegou com a renovação dos princípios constitucionais introduzidos pela Constituição Federal de 1988 (FERRARI; FRANÇA, 2013). Desde então, os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança são utilizados para assegurar os direitos das chamadas entidades familiares. Além disso, conforme pontua Tavares *et al.* (2010), “o texto

constitucional de 1988 estabelece uma ordem jurídica que prima pelo respeito às garantias e direitos individuais, cujo objetivo é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

A família contemporânea, caracterizada pela multiplicidade de núcleos familiares com diferentes perfis e composições, baseia-se nos laços da afetividade e solidariedade para organizar as estruturas que anteriormente não foram possíveis (CUSTÓDIO, 2012). Incluso nessa diversidade de núcleos familiares encontra-se um emergente número de famílias formadas por uniões homoafetivas, embora ainda existam fortes resquícios conservadores do modelo familiar tradicional mesmo com a atual busca pela valorização do indivíduo como foco principal na estrutura da família.

Nesse sentido, observa-se um cenário de conflitos muitas vezes marcados por atitudes e discursos intolerantes, agressivos e reacionários que corroboram o desafio da quebra de paradigmas. Segundo Matos e Fischer (2012), a “família contemporânea necessita do devido reconhecimento jurídico a seu respeito, representando todas as entidades familiares fundadas na afetividade, na estabilidade e na publicidade, estando incluídas as uniões homoafetivas”.

Evocando a Constituição de 1988, Tavares *et al.* (2010) estabelecem que:

[...] os novos postulados jurídicos, consubstanciados na Constituição Federal de 1988, apontam para necessidade de se repudiar o preconceito, que é fruto da intolerância e do desconhecimento, que em muito contribui para o cerceamento dos direitos decorrentes da constituição das uniões homossexuais. Estas são, por

sua vez, abarcadas pela cláusula que institui as entidades familiares e, portanto, destinatárias das garantias tuteladas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Opositores ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar argumentam que esta é inexplicita no texto constitucional e quase sempre reforçam seu posicionamento apoiados em dogmas religiosos. Do ponto de vista jurídico, tais apreciações são precários face aos princípios constitucionais mencionados anteriormente, que se coadunam com a legitimidade da família formada por casais do mesmo sexo. Os princípios constitucionais encontram ressonância nas colocações de Brauner e Silveira (2011), que salientam ainda o compromisso da legitimidade do pluralismo:

Interessa, nesse momento, sobrelevar que o fenômeno *família*, além de normas jurídicas protetoras da sua constituição, está baseado no afeto e no compromisso da legitimidade do pluralismo, demonstrando, aqui, cada um dos princípios constitucionais inscritos na Constituição brasileira. E, no pluralismo, cabe ao Estado resguardar os interesses dessas famílias sem qualquer tipo de discriminação.

Além dos princípios previstos pela Carta Constitucional, outro marco determinante no percurso do reconhecimento legal das famílias contemporâneas foram as decisões favoráveis à união estável entre pessoas do mesmo sexo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, do dia 05 de maio de 2011, no Supremo Tribunal Federal (STF). Desde então, os indivíduos que convivem em relações

homoafetivas duradouras e públicas passaram a ter os mesmos direitos cíveis que respaldam e protegem as famílias constituídas por casais heterossexuais.

Nesse sentido, casais homoafetivos passaram a vislumbrar com mais contundência o planejamento familiar com filhos, o que implica uma nova forma de parentalidade. Numa perspectiva demográfica, já existem evidências no Brasil que atestam essa configuração familiar contemporânea como uma realidade cada vez menos incomum. Dados populacionais obtidos pelo Censo 2010 apontam que 20% dos 68.000 casais brasileiros homossexuais declarados já têm filhos, lembrando que esse número pode ser ainda mais expressivo considerando os cidadãos que não assumiram sua orientação sexual (JIMENEZ, 2012).

O aumento vertiginoso de pessoas que têm exercido de forma plena seu direito de personalidade, ou seja, têm expressado de forma livre, pública e afetiva sua orientação sexual homossexual, tem proporcionado uma acelerada busca pela proteção das garantias constitucionais no que diz respeito ao direito de constituir e administrar suas famílias da melhor maneira que lhes convêm. Situações que envolvem o reconhecimento homoparental têm chegado ao judiciário com mais assiduidade e, na ausência de leis específicas que versem sobre essa pauta, os juízes procuram fazer uso dos princípios e de decisões jurisprudenciais existentes para fundamentarem suas decisões.

Mesmo diante de certo avanço no que diz respeito ao respaldo jurídico por meio de algumas decisões judiciais, a reprodução humana assistida por casais homoafetivos ainda reverbera polêmicas discussões nos mais diversos setores da sociedade, em especial no campo

religioso, ainda que estas estejam cada vez menos vinculadas ao Estado e tenham perdido força nas sociedades ocidentais (CUSTÓDIO, 2012). Um questionamento que detém especial destaque em relação ao tema envolve as supostas sequelas no desenvolvimento psicológico das crianças por encontrarem-se em um lar formado por um casal homoafetivo.

Moás e Correa (2010, p. 595) expõem o cerne dessa questão ao comentarem os discursos de rechaço à reprodução humana assistida e à homoparentalidade. As autoras referem que os opositores aos novos modelos de configuração familiar argumentam que a pluralidade de formas de união colocaria em risco a função simbólica e de ordenação social que a família institui. Uma criança com dois pais ou duas mães sofreria a desconstrução simbólica da diferenciação entre feminino e masculino e como forma de preservação da cultura a sociedade deveria recusar qualquer tipo de filiações que não atendessem à concepção tradicional de família. É notório que o discurso da degradação e do caos da família sofre forte influência de cunho religioso, contudo, tais posicionamentos, na sua maioria, carecem de respaldos empíricos, jurídicos ou médicos, e devem, portanto, ser analisados com cautela.

A revisão bibliográfica publicada no trabalho coordenado por Zambrano (2006) frisa a resistência de alguns profissionais e do senso comum em aceitar o modelo de configuração familiar homoparental, mesmo com o suporte de diversas pesquisas realizadas principalmente na área da Psicologia, que atestam não existirem consequências psicológicas ou comportamentais sobre as crianças exclusivamente pelo fato de terem

crescido em famílias formadas por casais do mesmo sexo. Dias (2012) corrobora essa constatação quando comenta que “identificar os vínculos homoparentais como promíscuos gera a falsa ideia de que não se trata de um ambiente saudável para o seu bom desenvolvimento”.

Já Moschetta (2011) assevera que “o caráter existencial presente nessas composições familiares caracteriza-se pelo repúdio à rigidez, ao engessamento e ao conservadorismo e faz com que a realização pessoal se concretize por outro viés”. Lôbo (2010) complementa que:

Liberdade, justiça, solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º, I) consagrou para realização da sociedade feliz, após os duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo, são os valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, iluminando a aplicação do direito.

Diante do enfrentamento de princípios e ideologias que cercam esse assunto, o Direito deve preocupar-se em assumir, sobretudo, a guarda e proteção dos princípios constitucionais, vez que é incontestável o fato das famílias brasileiras não se encontrarem estagnadas no tempo e experimentarem mutações perenes. Segundo Balestero (2010), a legitimação constitucional da família homoafetiva constitui uma das maneiras de proporcionar o reconhecimento dos direitos individuais, independente de sua orientação sexual. Brauner e Silveira (2011) defendem ainda que “o relacionamento homoafetivo e suas consequências constituem um fato social que não pode ver negada sua

tutela jurídica, e, assim, o Judiciário enlaça a tarefa de proteger e reconhecer esses inúmeros direitos negados”.

2. Reprodução humana assistida por casais homoafetivos e o disciplinamento jurídico brasileiro

O surgimento e evolução das técnicas de fertilização assistida, conforme afirma Dias (2012), representa que “o sonho de ter filhos está ao alcance de todos. Não é necessário ter um par e manter relações sexuais ou ser fértil para tornar-se pai ou mãe”. As origens das técnicas de reprodução humana evocam mitos e lendas (ALDROVANDI; FRANÇA, 2002), mas somente com o passar dos séculos o estudo científico foi adquirindo bases mais sólidas, notadamente a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX (Dossiê Reprodução Humana Assistida, 2003). Sobre a viabilidade da reprodução humana assistida nos casos dos casais homoafetivos, Sapko (2011) salienta que:

(...) Tal possibilidade, de resto atinge também, os homossexuais que, antes, eram obrigados a manter relações sexuais com pessoas pelas quais não nutriam qualquer atração física e, pior, não tinham uma relação duradoura, para poder viabilizar seu projeto parental.

A reprodução humana assistida consiste em uma alternativa tangível nos casos de esterilidade ou inviabilidade de procriação por vias naturais, todavia, independente da configuração familiar, deve ser ponderada e bem planejada, não devendo, inclusive, ser a primeira e única opção (SAPKO, 2011). No caso dos casais homoafetivos, a inseminação artificial é a alternativa mais frequente e pode ser classificada em homóloga ou heteróloga, fazendo-se necessário

diferenciá-las para uma melhor compreensão. A inseminação artificial homóloga, ou conhecida também como auto inseminação é realizada por casais heterossexuais com o sêmen proveniente do próprio marido ou companheiro. Essa técnica é menos polêmica porque a doutrina e a jurisprudência comungam a ideia de que a paternidade biológica é a legal (GONÇALVES, 2011).

Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga gera mais inquietações, pois o material genético envolve terceiros (FERRAZ, 2011). Dias e Reinheimer (2012) destacam que pelo fato dos elementos do casal homoafetivo não terem a possibilidade de serem ambos os pais biológicos da mesma criança, a reprodução heteróloga é o método de eleição. No caso dos casais masculinos, o método a ser utilizado é a gravidez por substituição, na qual o material genético pode ser de um dos homens ou de ambos e a gestação ocorrerá no útero de uma barriga “doadora”. Casais femininos podem determinar qual das duas mulheres irá gerar o filho ou optarem por transpor o material genético para uma terceira mulher, o que acontece mais raramente.

Gonçalves (2011) aponta que as repercussões da gestação substituta são bastante controversas, especialmente porque a gestante tem o compromisso de entregar a criança nascida aos seus pais genéticos. Há o risco da mulher gestante, após o parto, ter seu lado maternal aflorado e não desejar entregar a criança aos seus pais biológicos, restando aos mesmos ingressarem no judiciário e darem início a uma batalha judicial. O assunto é regulado pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº. 2.013/13. A Resolução admite a utilização da referida técnica desde que a doadora temporária do

útero pertença à família de um dos parceiros e também veta quaisquer negociações financeiras que caracterizem o ato como lucrativo ou comercial. Todavia, em ambos os casos, o texto da Resolução não encontra respaldo legal suficiente e pode ser questionado judicialmente (CUNHA; DOMINGOS, 2013).

A fragilidade jurídica caracterizada pela ausência de uma legislação específica corresponde à dificuldade do Direito brasileiro em acompanhar de forma emparelhada os avanços científicos associados aos procedimentos de reprodução humana assistida. Percebe-se que as lacunas existentes tentam ser compensadas pelas normas do Código Civil em vigor, porém, estas ainda não parecem suprir de maneira resolutiva a maior parte dos dilemas (FERRAZ, 2011). Segundo Gonçalves (2011):

Descobertas científicas como a inseminação artificial, a despeito de responderem aos anseios da sociedade, acabam por afetar os próprios fundamentos e conceitos instituídos pelo direito, os quais se surpreendem, muitas vezes, superados, não solucionando as novas indagações levantadas em decorrência do aperfeiçoamento dessas novas tecnologias.

Considerando a complexidade e os entraves inerentes à questão, o Conselho Federal de Medicina produziu a Resolução nº. 1.358/92, posteriormente revogada pela Resolução nº. 1.957/10 e novamente pela mais recente Resolução nº. 2.013/13. De fato, esta é a única norma que trata do tema de maneira específica no contexto brasileiro, contudo, possui limitações jurídicas (CUNHA; DOMINGOS, 2013) como já comentado anteriormente e, na realidade, tem como objetivo disciplinar as condutas médicas, introduzindo as

normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Ainda na esteira do raciocínio sobre a insuficiência de normas jurídicas que regulamentem a reprodução humana assistida no Brasil, Ferraz (2011) tece um breve comentário no qual afirma ser “imperiosa a necessidade de regulamentação legal da matéria, tendo em vista suas consequências jurídicas, principalmente em relação à filiação e aos direitos de personalidade”.

No caso das inseminações artificiais heterólogas por casais homoafetivos, o Judiciário tem se posicionado em relação à matéria, ainda que excepcionalmente, por meio de sentenças pontuais e decisões judiciais como as relatadas a seguir. A primeira decisão judicial dessa natureza no Brasil foi proferida pelo juiz da 1ª Vara de Família e Registro Civil de Pernambuco, Dr. Clécio Bezerra e Silva, em 2012, com ampla repercussão midiática. A sentença autorizou o registro civil de um filho proveniente de inseminação artificial com dupla paternidade e transformou-se em um caso jurisprudencial emblemático, referência para decisões judiciais subsequentes. O casal homoafetivo em questão acionou o judiciário com o objetivo de abrir o processo de assentamento de nascimento de uma menor, concebida por meio de reprodução assistida heteróloga na condição de filha dos requerentes, ambos do sexo masculino. De acordo com o que consta na sentença, o magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco fundamentou sua decisão em alguns princípios constitucionais:

(...) Não proclamar tal pretensão corresponderia a uma usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art.

1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88), proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88), ao direito de se ter filhos e planejá-los de maneira responsável (arts. 5º, caput e 226, parágrafo 7º, da CF c/c art. 2º da Lei nº 9.263/96) e, por fim, da própria matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia.

Na sentença, também é possível evocar a tutela estatal à nova formatação de entidades familiares e o direito à homoparentalidade. Em sua fundamentação, Dr. Clícério Bezerra e Silva tece um comentário relacionado ao dogmatismo, às resistências sociais e institucionais:

Ao revés das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, que se fundam em dogmatismos ultrapassados, me perfilo ao entendimento de que qualquer dispositivo de lei que venha a constituir embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, deva ser abolido do sistema jurídico vigente, por intermédio de um acurado procedimento hermenêutico, ou seja, através de uma interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais que guardem correspondência com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Por fim, o magistrado esclarece em sua sentença o frequente questionamento atrelado aos possíveis prejuízos que as crianças criadas por famílias homoafetivas possam vir a sofrer. Segundo pontua o juiz, e conforme já anteriormente explanado nesse texto, não existem evidências de quaisquer diferenças entre os problemas vivenciados pelas crianças criadas por

casais heterossexuais em relação às que vivem em famílias compostas por casais homossexuais.

Em relação às companheiras do sexo feminino, um caso representativo ocorrido em 2010 refere-se à sentença do Juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Fabio Eduardo Basso, a chamada “Sentença das Duas Mães”. Nesse caso, o magistrado atribuiu à mãe biológica o mesmo direito já previamente concedido à mãe gestacional de ter o seu nome reconhecido nas certidões de nascimento de seus filhos gêmeos. Na sua sentença, o juiz pontua que:

Aos casais femininos, uma das principais decisões, diz respeito à escolha de qual delas levará a gestação a termo. Submetendo-se uma das companheiras à inseminação artificial, é possível a utilização do próprio óvulo ou o material genético da companheira. Feita a concepção *in vitro* com o sêmen de um doador anônimo, o vínculo de filiação se estabelecerá somente com a mãe gestacional. No entanto, quando utilizado o óvulo da companheira, esta é a mãe biológica, apesar de o registro ser levado a efeito em nome de quem deu à luz.

O magistrado também comenta sobre o futuro das crianças em virtude de sua inserção em uma família homoparental:

O fato está indisfarçavelmente consolidado, de tal forma a apequenar qualquer regra que se queira aplicar ou interpretar para afastar o pleito inicial, e mesmo o desamparado receio e as conjecturas de um futuro de dúvidas e dificuldades aos menores. As chances de insucesso e frustrações são idênticas às do casal heterossexual e seus filhos, ou daqueles que sozinhos se dedicam à sublime condição de pai ou mãe. Os

temidos e ocasionais constrangimentos, próprios da vida em sociedade e a atingir qualquer de nós sem distinção, por razões iguais ou diferentes, mas sempre sem nobreza.

Observa-se que, mais uma vez, os princípios fundamentais foram a peça mestra na fundamentação e decisão do Juiz:

Alicerça a solução e pelo que por si e em si diz, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Igualmente, a liberdade, o direito a se ter filhos e de planejá-los de maneira responsável (arts. 5º, caput e 226, § 7º, do CF). Ainda, o dever da não-discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem (arts. 3º, IV, 226 e 227, caput e § 3º, da CF), e, conseqüentemente, o direito ao estado de filiação e ao nome, reciprocamente entre pais e filhos, não só para a perfeita e própria identificação, mas também daqueles e da célula familiar de que derivam.

Nas duas sentenças citadas pôde ser observado, independente do magistrado que as julgou, coerência de seu conteúdo em relação aos princípios constitucionais. Ambos os juízes chegaram a um consenso no tocante a princípios que regem a estrutura de todo o ordenamento jurídico pátrio, como o princípio da dignidade da pessoa humana, direito à liberdade e à intimidade, proibição da não discriminação, direito de ter filhos e planejá-los de maneira responsável e direitos fundamentais à igualdade.

Veja que o desrespeito a um desses princípios pode colocar em risco toda a sociedade, outro ponto que chama bastante atenção nas referidas sentenças são as colocações categóricas e fundamentadas dos magistrados no que

diz respeito à preocupação com perturbações emocionais, psicológicas, capacidade de adaptação e uma possível influência na preferência sexual da criança.

Apesar da existência de sentenças favoráveis como as relatadas aqui, Matos e Fischer (2012) chamam a atenção para o fato de que “Parte do Judiciário brasileiro ainda reluta em reconhecer os direitos oriundos da diversidade; o que traz à tona, embora veladamente, todo um raciocínio ainda remanescente do preconceito”. As autoras ponderam, no entanto, que:

É necessário verificar as circunstâncias particulares envolvidas em cada caso, visto que as normas do ordenamento devem ser aplicáveis à realidade social, que não é uma realidade perfeita, pelo contrário, é uma realidade antagônica, e a própria Constituição reconhece essa desigualdade existente.

Outro fato que permeia a esfera jurídica nesses casos diz respeito ao registro de nascimento da criança. Segundo Dias (2012), tendo o casal homoafetivo optado pela filiação biológica por meio da reprodução humana assistida, os mesmos não deveriam encontrar quaisquer tipos de barreiras no momento do registro, pois é notório o direito da criança gerada ser reconhecida por ambos os pais, ainda que sejam pessoas do mesmo sexo. Matos e Fischer (2012) comentam sobre a relevância do nome como elemento da personalidade do sujeito e como um direito fundamental da pessoa humana:

... o planejamento familiar, direito constitucionalmente previsto, desenvolvido pela dupla de homossexuais deve ser reconhecido no registro de nascimento da criança, fruto da união. Entendimento contrário traria

prejuízos maiores para a própria criança, a qual não teria a formalização de uma situação fática na qual está inserida, acarretando exclusão ou dificuldade de acesso a vários direitos.

Avanços jurídicos recentes passaram a travar atitudes de alguns cartórios de registro civil que ainda exerciam resistência em realizarem o registro em nome de dois pais ou duas mães. Nesse sentido, Matos e Fischer (2012) testificam que:

[...] A Portaria Interministerial nº 03, de dezembro de 2010, em obediência aos provimentos nº 02 e 03 do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu um novo modelo padronizado de certidão de nascimento, em que apresenta um campo visualizado como “filiação”, no qual deve constar o nome do pai, da mãe ou dos pais/mães conjuntamente. A expressão “filiação” deixa o campo livre para preenchimento e permite lavrar certidão de nascimento tanto nos casos de reprodução assistida como nos de adoção homossexual.

Face à complexidade de toda a problemática, é explícita a atenção que o tema requisita do ordenamento jurídico. Existe um apelo social em busca de resolução dos conflitos suscitados pelas transformações na concepção de família e o Direito está profundamente implicado nesse diapasão. Finalmente, sobre essa relação entre família contemporânea e a função da justiça, vale destacar a concepção de Meireles (2012):

A família consiste em verdadeira expressão da solidariedade social. É o laço mais próximo de reconhecimento ou de cuidado com o outro. É por meio desse cuidado recíproco entre os membros da entidade familiar que a sua função maior é alcançada. Afinal, a família

foi dotada pelo legislador constitucional de especial proteção exatamente para a promoção e desenvolvimento de cada uma das pessoas que formam esse núcleo familiar. Se para atender a essa função a organização familiar se estruturar de forma diversa daquelas entidades familiares constitucionalizadas, merece igual proteção do Estado. Não é o meio e sim o fim que irá determinar o merecimento de tutela.

A justiça brasileira depara-se, portanto, com o desafio de ponderar em suas decisões as grandes e assíduas transformações, conflitos e quebra de paradigmas das estruturas familiares. Os casais homoafetivos buscam cada vez mais constituir suas famílias recorrendo às técnicas de inseminação assistida e o ordenamento jurídico deve estar atento às configurações deste novo cenário de estrutura familiar, conforme sinalizado pelos julgados anteriormente expostos.

Conclusão

É fato axiomático o crescimento impetuoso do número de casais homoafetivos que buscam os seus direitos constitucionalmente protegidos de poderem constituir e administrar suas famílias da melhor maneira que lhes convêm, inclusive quando concebidas por meio da biotecnologia de reprodução assistida. O Poder Judiciário já reconhece a reprodução humana assistida nas uniões homoafetivas como possível e viável em certas ocasiões, no entanto, a insegurança jurídica relativa ao tema ainda é latente pela existência de lacunas legislativas e do debate ainda polarizado em virtude da oposição de doutrinamentos.

A estrutura familiar contemporânea composta por casais do mesmo sexo detém os mesmos direitos e deveres

especificados na Constituição Federal de 1988, no que diz respeito aos princípios lá consagrados. Tais princípios constitucionais que protegem todas as famílias não devem sofrer qualquer distinção quanto à cor, sexo, raça, credo religioso ou orientação sexual, portanto, o poder de interferir na estrutura familiar não pode estar atrelado à forma como ela será constituída, cabendo ao Estado intervir nos casos de violação desta prerrogativa.

A discussão sobre o assunto deve permanecer ampla e avançar com a participação ativa dos diversos setores da sociedade, competindo ao Direito o dever de não se esquivar e zelar pelo cumprimento dos dispositivos legais abarcados nessa questão, sem ser omissos aos anseios sociais e à inegável realidade contemporânea que sustenta a união homossexual como um modelo de entidade familiar.

Referências

ALDROVANDI, A.; FRANÇA, D.G. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em 09.12.2012.

BALESTERO, G.S. A necessidade de proteção legal homoafetiva: o PLC n.122/2006. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n.115, p. 86-94, 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.013, de 16 de abril de 2013. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 mai. 2013. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 14.08.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Indireta de Inconstitucionalidade 4277/DF.** Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 09.12.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132/RJ.** Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 09.12.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf. Acesso em 05.12.2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/894.pdf>. Acesso em 05.12.2012.

BRAUNER, M. C. C.; SILVEIRA, A. C. Tutela jurídica homoparental ao Brasil: avanços na concretização dos direitos de liberdade, igualdade e dignidade humana. **MÉTIS: história & cultura**, v. 10, n. 20, p. 255-272, 2011.

CUNHA, L.R.; DOMINGOS, T.O. Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM). **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n.6, p.273-290, 2013.

CUSTÓDIO, J. Homoparentalidade: um direito em construção. **Revista Espaço Jurídico**, v.13, n.1, p. 91-100, 2012.

DIAS, M. B. **Adoção homoafetiva**. Disponível em: www.mariaberenice.com.br/uploads/6-adoção_homoafetiva.pdf. Acesso em: 10.10.2012.

DIAS, M.B.; REINHEIMER, T.L. **A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodução_assistida_heteróloga_nas_uniões_homoafetivas_-_thiele.pdf. Acesso em 10.12.2012.

FERRARI, G.G.; FRANÇA, L.L.M.C. As novas formas de entidades familiares advindas com a Constituição Federal de 1988 e a reprodução humana assistida como instrumento facilitador para a formação das famílias homoafetivas. **Revista do Direito Público**, v.8, n.2, p.139-158, 2013.

FERRAZ, A.C.B.B.C. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2011.

FUNDAÇÃO FORD. **Dossiê Reprodução Humana Assistida (2003)**. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%C3%AAs/Dossi%EA%20Reprodu%C3%A7%C3%A3o%20Humana%20Assistida.pdf>. Acesso em 05.12.2012.

GONÇALVES, F.D.M. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

JIMENEZ, G. Casais homossexuais brasileiros tendem a ter filhos. **Veja**. Disponível em:

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/o-censo-da-diversidade>. Acesso em: 24.11.2012.

LOBO, P. **Direito Civil**: famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATOS, A.C.H.; FISCHER, K.F.C. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, v. 17, n. 1, p. 9-32, 2012.

MEIRELES, R.M.V. Em busca de uma nova família: uma família sem modelo. **Civilistica.com**, n.1, v.1. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Em-busca-da-nova-fam%C3%ADlia-civilistica-com-1.-2012.pdf>. Acesso em: 25.01.2014.

MOÁS, L.C.; CORREA, M.C.D.V. Filiação e tecnologias de reprodução assistida: entre medicina e direito. **Physys Revista de Saúde Coletiva**, v.20, n.2, p.591-607, 2010.

MOSCHETTA, S.O.R. **Homoparentalidade**: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SAPKO, V.L.S. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2011.

TAVARES, F.H. et al. Apontamentos para o reconhecimento das uniões homossexuais face ao paradigma do estado democrático de direito. **Revista Direito GV**, v.6, n.2, p. 443-468, 2010.

ZAMBRANO, Elizabeth Fetter *et al.* **O direito à homoparentalidade**: Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. 1. ed. Porto Alegre: Venus, 2006.

Recebido em 2014-05-17
Publicado em 2014-10-15