

O EXERCÍCIO DO DIREITO À HOMOPARENTALIDADE E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

THE EXERCISE OF HOMOPARENTHOOD'S RIGHT AND ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Rita de Cássia Barros de Menezes¹
Gabriel Ribeiro Nogueira Júnior²

“E a gente vai à luta e conhece a dor, consideremos justa toda forma de amor.”
(Lulu Santos)

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de discutir a possibilidade da prática de reprodução assistida por casais homoafetivos. Para isso, analisa à luz da doutrina, os avanços nos modelos de família, desde a família patriarcal até a eudemonista, que surge no século XXI, como modelo de família alicerçado no princípio do afeto e da busca da felicidade. Através do planejamento familiar, garantido pela Constituição Federal aos casais heterossexuais e, adotando critérios hermenêuticos, estende este direito também aos casais homoafetivos, que já têm a união estável e o casamento defendidos pela legislação brasileira. Através de uma análise da Constituição Federal, do Código Civil e da Resolução nº. 2013/2013 do CFM defende a ideia de que a utilização de técnicas de inseminação artificial, que é amplamente garantida aos casais heterossexuais, atualmente, também é aplicável aos casais homoafetivos, garantindo-lhes o direito de terem seus filhos, como forma de atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal e nos diplomas legais que tutelam os direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Homoafetividade; Filiação; Reprodução assistida.

ABSTRACT

This paper is intended to discuss the possibility of the practice of assisted reproduction for homosexual couples. For that analyzes the light of the doctrine advances in family models,

¹ Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/SE), com pós-graduação em Direito Processual Civil pela UNIT/SE, atualmente, está cursando o Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Professora de Direito Civil da UNIT e Advogada. ritacassiamenezes@uol.com.br.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1999), com especialização em Gestão Estratégica em Segurança Pública pela Universidade Federal de Sergipe (2006) e Especialização em Ciências Criminais pela UNAMA/LFG (2007), atualmente, está cursando o Mestrado em Direitos Humanos na Universidade Tiradentes (UNIT/SE), integrante do Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos (Núcleo de Pós Graduação em Direito – UNIT/SE cadastrado no CNPq). Delegado de Polícia Civil no Estado de Sergipe desde 2001. gabrielrnog@hotmail.com.

since the patriarchal family to eudaimonistic , which appears in the twenty-first century, as founded on the principle of affection and pursuit of happiness family style. Through family planning, secured by the Federal Constitution to heterosexual couples and adopting hermeneutic criteria also extends this right to homosexual couples , who already have a stable relationship and marriage defended by Brazilian law . Through an analysis of the Federal Constitution, the Civil Code and Resolution 2013/2013 of CFM supports the idea that the use of AR techniques which is widely afforded to heterosexual couples currently also applies to homosexual couples, guarantying them the right to having their children as a form of service to the principle of human dignity, provided in Federal Constitution and laws of human rights. **KEYWORDS:** Homoafetividade; Affiliation; Assisted reproduction.

NOVOS TEMPOS, NOVAS FAMÍLIAS

O tipo de família constituído pelo modelo patriarcal, ou seja, o homem detentor do pátrio poder, como o provedor, foi o modelo que serviu de fundamento e estrutura para a formação da família durante muitos anos, até que este modelo juridicamente defendido não mais atendia a realidade da sociedade, uma vez que novos modelos de família surgiam, com a mulher independente, trabalhando fora e a frente da direção do lar, além de novos arranjos familiares que se tornavam carentes de reconhecimento jurídico, sendo que a Constituição Federal, a fim de acompanhar a evolução da sociedade, veio regulamentar muitas situações até então carentes de reconhecimento jurídico.

A família tinha como referência o homem como o chefe da família, aquele a quem cabiam todas as decisões, tanto em relação à administração do patrimônio, como em relação à criação dos filhos, modelo este que encontrava amparo na lei, uma vez que através do Código Civil de 1916, que por sua vez, entrou em vigor sob a proteção de uma Constituição Federal que defendia uma família patriarcal, hierarquizada, legalmente constituída pelo matrimônio, trouxe em seu artigo 233 que ”o marido é o chefe da sociedade conjugal” neste tipo de família, o homem era solenemente tratado como provedor, defensor de sua prole e de sua esposa, e a esta por sua vez cabia o papel de cuidar da casa e da família.

Este papel da mulher também era solenemente determinado no artigo 240 do mesmo Diploma Legal; “A mulher assume pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”.

O Estatuto da mulher casada, Lei nº. 4.121, promulgado em 1962, trouxe um importante avanço referente à igualdade da mulher nas relações conjugais, uma vez que a mesma deixou de ter incapacidade jurídica em relação ao marido.

Mas o momento histórico que acompanhando a evolução da sociedade, reconheceu outros modelos de família veio com a Constituição Federal de 1988, que, principalmente, através do artigo 226, trouxe a igualdade entre cônjuges e entre membros da família, uma vez que os filhos passaram a ter igualdade de direitos, independentemente de terem sido concebidos pelo casamento. Bem assim, outras formas de famílias, a exemplo daquelas formadas pela união estável entre homem e mulher ou a monoparental, aquela formada só por um dos pais e seus filhos, todas essas entidades familiares passaram então a ser abraçadas pela sociedade brasileira e dentro deste contexto histórico, a família, até então papel do direito privado, passa a ter a proteção do Estado, efetivando-se então, a Constitucionalização do direito de família.

Sustenta Gustavo Tepedino (2009) que essa invasão estatal na seara privada é inadmissível, notadamente, em razão do modelo liberal por nós recepcionado, senão vejamos:

“Essa é uma característica do chamado Estado Social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um Estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade.” (TEPEDINO, 2009, p.21)

O Código civil de 2002, que entrou em vigor sob a égide da Constituição Federal de 1988, recebeu “in totum” todas as relações familiares nela previstas, tornando a família mais moderna e em conformidade com a própria aclamação social, que necessitava de normas que reconhecessem os arranjos familiares que surgiam.

O Direito como ciência humana, que determina as normas de conduta dos cidadãos de uma sociedade, tem como função principal o de delimitar certas inclinações comuns, ou seja, adequar a lei às necessidades da sociedade, sob pena de tornar-se letra morta, devendo evoluir e regulamentar novas situações existentes.

A respeito da evolução do Direito como processo de adaptação social, podemos citar o entendimento de Paulo Nader:

“A relação entre a sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência.” (NADER, 2012, p. 19)

Diante desta perspectiva do Direito, o que passa a identificar a família então, são os laços afetivos entre seus entes, e não o casamento, que a tornava legalmente reconhecida e a mantinha por longo período, mesmo a contragosto dos cônjuges, uma vez que a dissolução da

sociedade conjugal ainda não era prevista no ordenamento jurídico brasileiro, diante desta nova realidade, é o afeto que passa a ser reconhecido e surge como princípio básico do direito de família.

Durante muitos anos (1916/1977) o que constituiu e manteve a família foi o casamento, daí que a mesma só era reconhecida a partir de sua celebração, e como forma de obrigar os casais a continuarem juntos. O divórcio só chegou ao ordenamento jurídico brasileiro em 1977, através da Lei nº. 6.516, ou seja, 61 anos após a promulgação do Código Civil de 1916, e ainda assim, trazendo uma série de restrições, a exemplo do lapso temporal para a sua concessão. A dificuldade que se impunha à dissolução do casamento, durante muito tempo, serviu de alicerce para evitar-se o fim do matrimônio, e, conseqüentemente, a dilapidação da família.

Mas a sociedade continuou evoluindo, novas formas de família foram surgindo, ou ainda recepcionadas de forma menos discriminatória, devido aos avanços culturais, trazendo mais um modelo de casal à frente de uma estrutura familiar, o homoafetivo, que passaram a ser enxergados com menos restrições pela sociedade brasileira. Conforme destacado por Dias:

“Desde o século passado, meados da década de 60 e início dos anos 70, houve o aumento da visibilidade de diversas formas de expressão da sexualidade. O movimento da liberação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto social como individual, das relações homoafetivas.” (DIAS, 2009, p. 42)

É neste contexto social, tomando como exemplo os casais homoafetivos, que surge, a família eudemonista, ou seja, aquela que tem como alicerce a busca da felicidade, do amor e da solidariedade, ou seja, um modelo inovador que atende ao anseio dos indivíduos da sociedade pela busca do prazer, da alegria, daquilo que lhes faz bem, nas palavras de Maria Berenice Dias:

“A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento humano.” (DIAS, 2009, p. 54)

Os casais homoafetivos que sempre sofreram com a negação de direitos e com a discriminação social que lhes eram atribuídas, paulatinamente foram adquirindo espaço e conquistando novos direitos, a exemplo da inclusão como dependentes previdenciários, divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum, adoção conjunta, entre outros, mas uma principal conquista ainda estava por vir: o reconhecimento legal como entidade familiar.

Uma das principais conquistas dos casais homoafetivos, qual seja o seu reconhecimento como entidade familiar, teve um decisivo avanço, quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 05.05.2011, da ADPF nº132, estendendo direitos que, até então, só eram concedidos a casais heterossexuais, notadamente, direitos sucessórios, assistência mútua e direitos patrimoniais, dentre outros.

A partir do reconhecimento da união estável homoafetiva, através do referido julgado proferido pelo STF, iniciou-se processo de uniformização das decisões acerca desta temática, em todo o País, tornam-se mais céleres os julgamentos que envolvem estas entidades familiares socioafetivas. O efeito vinculante garante a não ocorrência de decisões contrárias ao reconhecimento da união estável por homossexuais, como bem assevera Diomar Bezerra Lima:

"Com o respeito à jurisprudência sumulada do STF e dos tribunais superiores, busca-se efetivar a uniformidade jurisprudencial, indispensável a boa distribuição da justiça, representada pela estabilidade jurídica e a pronta solução das demandas, poupando-se as partes de ônus injustificáveis e de prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar" (LIMA, 2000, p. 53

A partir daí, mais um leque de direitos concernentes a estas novas famílias, passam a ser também, tutelados pelo Estado, uma vez que estes casais com o reconhecimento da união estável passam a ter como garantidos, todos os direitos concernentes a uma entidade familiar.

Uma vez reconhecida a união estável homoafetiva, ainda restavam dúvidas quanto ao casamento direto destes casais, ou seja, se seria possível, ao celebrarem escritura pública de união estável, dar entrada em processo de habilitação para o casamento nos Cartórios de Registros Cíveis e, desde 2011, com a Súmula do STF, alguns cartórios do país, por vezes, negavam-se a realizar este tipo de casamento, devido às diversas interpretações que surgiam a respeito da referida Súmula Vinculante, o que ainda trouxe constrangimentos e discriminação a estes casais, que eram obrigados a bater nas portas do Judiciário, a fim de ter o direito de se casarem, devidamente, reconhecido, direito este que muitas vezes, só era reconhecido sacramentado por sentença, situação que se arrastou por mais de dois anos.

Mas tal impasse também ficou devidamente regulamentado através da Resolução 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, em 16/05/2013, determinando aos cartórios do Brasil a realização desses casamentos, desta forma, oficializando-se, definitivamente, as relações entre casais homoafetivos e tornando incontroverso este entendimento.

Há de se observar, que o tema é bastante controvertido, uma vez que, o conceito de família tem se mostrado, cada vez mais plural, com arranjos familiares que não derivam

apenas de laços matrimoniais, corroborando a ideia de que o afeto é imprescindível na nova definição desse instituto, surgindo, assim necessária demanda de criação de normas que ofereçam às famílias brasileiras uma maior segurança e agilidade nas respostas aos conflitos surgidos face à modernidade e evolução da sociedade.

Dentro desta visão moderna de família, é que o Estatuto das Famílias que tramita no Congresso Nacional (projeto de lei 470/2013) reúne em um único documento jurídico todas as normas de direito material e processual relacionadas à realidade das famílias brasileiras, que não encontram amparo jurídico para muitas situações nelas existentes.

Ocorre que, mesmo com o intuito de regulamentar situações até então existentes e novos arranjos familiares, que muitas vezes fogem do padrão determinado na lei, equivoca-se o legislador ao estabelecer no referido Estatuto, em seu artigo 2º, como conceito de família o seguinte: “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Desta forma, observa-se que, apesar de muitas conquistas e avanços, notadamente na seara judicial, a família homoafetiva ainda encontra alguns obstáculos, de ordem legal, à frente para o pleno reconhecimento de seus direitos.

DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Com o direito de se casarem e constituírem uma família legalmente protegida, os casais homoafetivos passam a enfrentar outro problema carente de regulamentação: a possibilidade de tornarem-se pais ou mães biológicos, condição que está, diretamente, ligada ao planejamento familiar.

O planejamento familiar é um direito individual e exclusivo do casal, unido pelo casamento ou união estável, que não admite interferência coercitiva de quem quer que seja e é disciplinado pela Lei nº. 9.263/1996, em seu art. 2º, diz que: “Entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

O Código Civil de 2002 tem igual posicionamento quando diz em seu artigo 1513: “Que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, intervir na comunhão de vida instituída pela família”.

O mesmo diploma legal, ainda no artigo 1565, parágrafo 2º aduz que: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos

educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

Desta forma, cumpre ao Estado proporcionar todos os métodos contraceptivos ou políticas públicas inerentes à concepção, mas não intervir no modo e na quantidade de filhos que o casal deverá ter, isso é uma prerrogativa privada e individual de cada cidadão.

Com relação ao planejamento familiar, Venosa (2010) tem o seguinte posicionamento: “É grande o ônus do Estado, nesse campo fundamental, pois deve estabelecer programas educacionais e assistenciais de largo espectro”.

Em uma sociedade moderna e globalizada, onde a mulher em pé de igualdade com o homem desenvolve importantes papéis, tanto no âmbito profissional, como pessoal, a maternidade passa a ter um papel secundário, quando comparada a outras prioridades, como a inserção no mercado de trabalho, realizações pessoais, muitas vezes, cabendo a esta mulher o sustento do lar e de sua família. Daí a necessidade de uma política de planejamento familiar desenvolvida pelo governo brasileiro, disponibilizando anticoncepcionais na rede pública e garantindo a redução de preço nas redes de farmácias populares, bem como a oferta de serviços de histerectomia voluntária, tanto do homem, como da mulher, além de programas voltados à reprodução assistida para casais com dificuldades de ter filhos, desse conjunto de medidas decorre o nome “planejamento familiar”, que se constitui no direito de ter quantos filhos quiser, ter a liberdade de escolher quando, como, onde e com quem quiser.

O planejamento familiar consiste em uma faculdade do casal, que de forma consciente e responsável, deve escolher, quantos filhos pretende gerar, incumbindo ao Estado a tarefa de propiciar as condições de formação/educação dessas crianças. Esse direito, que tem estribo constitucional, é assegurado todo cidadão, conforme previsão do artigo 226, parágrafo 7º da Carta Magna, em que pese na prática as condições sejam outras, vejamos:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (BRASIL, 1988)

Diante de tal situação, concluí-se que é dever do Estado conceder a qualquer cidadão condições necessárias para que os mesmos possam realizar o planejamento familiar, como forma de proporcionar uma vida digna a seus integrantes, independentemente da orientação sexual.

Mesmo com o direito de constituir família garantido por lei, aquelas que são famílias homoafetivas encontram uma situação carente de amparo legal, esta fragilidade agora, esbarra na filiação concernente aos casais homoafetivos, uma vez que estes encontram dificuldades para a realização do projeto parental, ou seja, a possibilidade de realizarem conjuntamente o sonho de tornarem-se pais ou mães por meio de técnicas de reprodução assistida. É o que bem ressalva Vera Lucia Sapko:

“De todas as discriminações de que são vítimas, gays, lésbicas, travestis e transexuais, a negativa de reconhecimento do direito de ter filhos, sejam adotivos ou oriundos da utilização de técnicas de reprodução assistida, é a mais cruel. Inviabiliza a realização do projeto pessoal como seres humanos, de terem famílias e filhos a quem dar amor e transmitir o que aprenderam ao longo da vida.” (SAPKO, 2004, p. 140)

O direito ao projeto parental dos casais homoafetivos, por sua vez, não encontra na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Código Civil qualquer dispositivo restritivo ou proibitivo, ao contrário, uma vez que este direito é negado, confronta-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os direitos de igualdade e de liberdade, amplamente recepcionados pelos direitos humanos.

Este ato discriminatório do Estado tem a contraposição de Dias (2009), que, fazendo uma análise sobre a possibilidade de casais homoafetivos terem direito à adoção, deixa bem claro que não importa se a criança terá dois pais ou duas mães, pois isso lhe trará amor dobrado:

“A filiação socioafetiva sobrepõe-se a qualquer outro vínculo, que biológico, quer legal. Negar a possibilidade de reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber.” (DIAS, 2009, p. 447)

O mesmo pode-se dizer então, no que se refere à filiação de casais homoafetivos, originada pelas técnicas de reprodução assistida, onde a criança poderá ter dois pais ou duas mães, como bem assevera a referida autora:

“Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” (DIAS, 2009, p. 187)

Embora o Direito tenha evoluído em relação aos casais homoafetivos, percebe-se que a discriminação parte, principalmente, da sociedade que ainda está arraigada de valores morais tradicionais e seculares, que sempre tiveram como modelo “perfeito” de família, aquela composta por pai, mãe e filhos, sendo assim, qualquer modelo novo que venha a surgir, por mais que tenha o amparo legal, ainda encontra resistência social. Desta forma, apesar do reconhecimento como casal, quando a família passa a agregar então os filhos, novamente, nos deparamos com a muralha do preconceito secular que sempre dificultou estas famílias viverem livremente, como qualquer família composta por pais heterossexuais.

O preconceito que envolve este tipo de filiação e que se posiciona contrário à naturalização da família homoafetiva, utiliza como escudo uma suposta “proteção” a estes filhos, que poderiam ser prejudicados social e psicologicamente, quando na realidade o problema não está na criança que será criada por um casal gay, mas sim na sociedade em aceitá-la com naturalidade.

Vários estudos, inclusive de instituições internacionais, já demonstraram que os filhos de casais homossexuais não apresentam qualquer distúrbio psicológico, como destaca pesquisa publicada no site R7 (2011), ao contrário disso, revela que “a criação e educação de crianças por casais gays não causa perda psicológica nos filhos e que a função psíquica materna e paterna pode ser exercida por duas pessoas do mesmo sexo”

Uma vez que os filhos de casais homoafetivos, não demonstram qualquer prejuízo à sua formação, seja ela física ou psíquica, surge mais um motivo para que o Direito contemple também os filhos havidos por inseminação artificial destes casais.

Dentre os vários doutrinadores que debatem acerca do tema, destaca-se o posicionamento de Giselda Hironaka, que, com propriedade, assim defende o seu ponto de vista:

"Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal." (HIRONAKA, 1999, p.88)

Em obra publicada em 1999, Daniel Borrillo, interpretando a jurista francesa Marcela Iacub, ressalta que a liberdade de procriar está pautada em três pilares distintos, que revelam todas as dimensões dessa escolha decisiva na vida de uma pessoa.

O primeiro pilar é a liberdade pela via natural, ou seja, para casais heterossexuais, não há restrição à procriação, enquanto forem férteis poderão ter filhos, e a sociedade não se preocupa, nem questiona o interesse e a proteção da criança. Já o segundo baseia-se no princípio da verdade biológica, ou seja, o DNA, método utilizado, com 99,9% de eficiência para determinar a paternidade de um indivíduo, só esclarece a verdade biológica, ou seja, quem é o genitor do indivíduo, atualmente a paternidade é formada por conceitos muito mais abrangentes como o afeto, a responsabilidade, constatando-se então, que pai é diferente de genitor, uma vez que carrega consigo, além da ascendência genética, também laços afetivos, que são construídos na convivência.

Por fim, o terceiro aspecto que fundamenta a liberdade procriativa, esse mais relacionado ao tema do presente trabalho, refere-se a um comparativo entre as competências procriativas e competências parentais, ou seja, as técnicas de reprodução assistida que garantem a procriação a determinadas pessoas, não são acessíveis a todos, uma vez que é o Direito quem regulamenta estes métodos, imitando a procriação natural, ou seja, descaracterizando a “artificialidade” decorrente destas práticas.

Diante do entendimento da jurista, estes três pilares que fundamentam a paternidade atualmente, são merecedores de críticas e, portanto, devem ser revistos, ou seja, não podem ser os únicos critérios de identificação da paternidade, uma vez que este conceito, dentro do contexto social moderno, deve agregar outros valores, principalmente, o do afeto, o que desta forma, não impede que os casais homoafetivos tornem-se pais ou mães.

E nessa esteira que se posiciona Marilena Corrêa (2001), ao defender que não haveria qualquer sentido, a restrição da reprodução assistida a casais heterossexuais, buscando-se imitar a naturalidade do ato sexual capaz de gerar a vida, e, para tanto, valendo-se de uma técnica, que, em sua essência, tem a artificialidade da fecundação, como se constata adiante:

“Admitir essa tese é o mesmo que afirmar e reconhecer que a norma jurídica, ao estabelecer que o acesso à reprodução assistida é admitido apenas a casais heterossexuais, tem o poder de retirar o caráter de artificialidade da técnica, recriando ou reinventando o ato sexual fecundo, apto a procriação, que precisaria estar sempre presente na reprodução.” (CORRÊA, 2001, p. 263)

Outro aspecto que merece relevância é o fato de que os tribunais brasileiros, atualmente, vêm reconhecendo a adoção por casais homoafetivos, embora não seja ainda um direito positivado na Constituição Federal, Código Civil ou no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, basta que o casal declare a união estável, que também já se tornou fato

incontroverso, para terem o direito de tornarem-se pais ou mães de crianças órfãs, ou aquelas cujos pais foram destituídos do poder familiar.

Então porque no caso da adoção, onde nenhum dos dois pais ou mães tem laços biológicos com a criança, não há uma resistência do Estado, mas no caso da prática de inseminação artificial, onde pode ocorrer que um ou outro venha a ter ascendência biológica com o filho, ainda encontra-se resistência?

Diante desta questão fica muito claro que a naturalização e o reconhecimento da família homoafetiva é muito mais uma impasse social do que legal. Isso porque, no caso da adoção, esta é utilizada como uma forma de resolver um “problema” latente, ou seja, a criança já existe, está abandonada ou em situação de risco, portanto, uma demanda que bate às portas do Estado que terá a responsabilidade de amparar esta criança. Diante desta situação, a adoção “ainda que” por casais homoafetivos é uma solução dessa questão e a garantia de que o referido menor irá desenvolver-se no seio de uma família, retirando este ônus do Estado.

Quando a filiação de uma criança desejada, programada por casais homoafetivos origina-se na reprodução assistida, leva-se em conta o fato de que o “problema” ainda não existe e, portanto, pode ser evitado, ou seja, é mais uma questão de interesse social e cultural abarcada pelo Estado, que se posiciona e interfere no planejamento familiar, de forma discriminatória, em relação aos casais homoafetivos, dificultando a geração de uma vida nova e ferindo os preceitos constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade.

Então, se é possível a adoção, também deveria ser possível a prática de inseminação artificial por casais homoafetivos, fundamentando-se no princípio da proporcionalidade, utilizando-se das regras da hermenêutica jurídica, ou seja, a interpretação do direito, afim de esclarecer uma situação jurídica ainda não definida.

De acordo com Maximiliano (1989), a interpretação:

“consiste em determinar o *sentido* e o *alcance* da expressão jurídica, porque se interpreta o direito em dois momentos ou níveis diferentes, correspondentes cada um a uma das “partes”, componentes ou fragmentos da norma: a *hipótese de incidência* e a *disposição*.” (MAXIMILIANO, 1989, p.250)

Este é um dos métodos jurídicos que serve como fundamento para embasar a possibilidade jurídica da prática de inseminação artificial por casais homoafetivos.

VIABILIDADE JURÍDICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POR CASAIS HOMOAFETIVOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando, primeiramente, a Carta Maior em seu artigo 5º, constata-se que : “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Desta forma, negar direitos ao indivíduo em razão de sua orientação sexual, é uma forma de afrontar o que preceitua a Constituição Federal, é negar o direito à igualdade e à liberdade que nela possuem assento.

Ainda no texto da Constituição Federal, agora no artigo 227, parágrafo 6º, tem-se que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Desta forma, entendemos que não deve haver qualquer distinção quanto à origem da filiação, seja ela resultante de casais homo ou heterossexuais, entendimento, inclusive, ratificado pelo Código Civil em seu artigo 1596.

Analisando ainda o Código Civil de 2002, em seu artigo 1593, tem-se que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Destarte, verifica-se que a outra origem assinalada, refere-se à paternidade resultante da adoção ou socioafetividade, portanto, podendo ser aplicada aos filhos de casais homoafetivos, sejam eles adotados ou concebidos por inseminação artificial.

Tal entendimento encontra ainda amparo na Resolução nº 2013 de 09/05/2013 do Conselho Federal de Medicina que disciplina as normas éticas para procedimentos na prática de reprodução assistida, e que, nos princípios gerais, II, 1, autoriza esta técnica aos casais homoafetivos, quando preceitua o seguinte:

“Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013)

Acrescente-se ainda que, de maneira explícita, a mesma resolução, agora no inciso II, 2, revela estar o referido direito assegurado, quando, prevê que: “É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.

Portanto, não restam dúvidas de que a reprodução assistida por casais homoafetivos não encontra resistência legal, ao contrário, possui sim tutela, permitindo-se seja efetivada.

Por fim, invocando, ainda, o que preceitua a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, (Decreto-lei nº 4.657/42), em seu artigo 5º,: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Esse dispositivo nos autoriza a sustentar que, em havendo qualquer óbice ou dificuldades gerado por parte do Estado, ou até mesmo de um particular,(clínica ou médicos), em levar a efeito uma reprodução assistida, cujo beneficiário seja um casal homoafetivo, estaria franqueada a oportunidade deste recorrer ao Poder Judiciário, buscando a tutela a esse direito.

E mais, na condução desse processo, o julgador deve atentar-se para os diplomas legais que disciplinam temáticas correlatas, além de fazer uso da analogia para, norteado por tal finalidade social, alcançar um resultado justo e que tutele tal direito. Portanto, dentro dessa construção, entende-se deva ser assegurado aos casais homoafetivos o direito de recorrerem às técnicas de inseminação artificial para garantirem o direito à filiação.

A luta pelo reconhecimento jurídico de casais homoafetivos, que se arrasta por longos anos, abriu muitos caminhos e resultou na conquista e na afirmação de uma série de direitos que, até então, a eles eram negados, mas, ainda há muito o que se discutir, uma vez que esse processo implica, antes de tudo, em abrir a “cortina do preconceito” social e enxergar os homossexuais como um igual, não podendo a sua orientação sexual servir de qualquer fator de discriminação.

O reconhecimento dos direitos de casais homossexuais, na realidade, é muito mais complexo, porque representa a concordância com um padrão de orientação sexual distinto daquele arraigado na sociedade brasileira, patriarcal, machista, opressiva, marcada por preconceitos e valores morais distorcidos. Ademais, ainda deve ser considerada a forte influência contrária exercida por segmentos da sociedade civil organizada e de membros de religiões que chegam a proclamar que a homossexualidade seria patológica, em pleno século XXI.

Mas mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal através de inovadoras decisões que se coadunam com os preceitos constitucionais e, em consonância com os direitos humanos, vem, cada vez mais, ampliando os direitos dos casais homoafetivos e outorgando-lhes condição similar à dos casais heterossexuais.

Não obstante os avanços do Direito no que se refere aos casais homoafetivos, garantindo-lhes a formação da vida em comum, através de uma união legalmente protegida pelo Estado, ainda há muito que se avançar para que estas famílias sejam vistas na sociedade como um modelo comum, sem qualquer discriminação, principalmente, no que tange ao direito de terem filhos.

Frise-se que a referida discriminação tem raiz social, cultural e religiosa, e, muito embora seja o ordenamento jurídico lacunoso, por não haver regulamentação acerca desse direito, não há uma vedação ao seu exercício, seja na Constituição Federal, ou no Código Civil, ou ainda em qualquer outro dispositivo legal, o planejamento familiar ou projeto parental, por casais homoafetivos não é proibido. Outrossim, não há, da mesma forma, de maneira expressa, a concessão deste direito, exclusivamente, casais heterossexuais.

Dessarte, se não há proibição, é somente uma questão de interpretação para se chegar à conclusão de que a prática de inseminação artificial por casais homoafetivos não deve encontrar qualquer impedimento legal, até porque, do ponto de vista clínico, a partir do momento em que o Conselho Federal de Medicina autoriza essa prática, acredita-se que ela não oferece nenhum risco de má formação congênita para estes filhos gerados por técnicas de reprodução assistida, além daqueles já esperados.

Então, se não há proibição legal, não há risco de má formação para as crianças a serem geradas através de técnicas de inseminação artificial, praticadas por casais homoafetivos, o Direito deve acompanhar os avanços sociais e, mais uma vez, garantir que essas famílias formadas por casais homoafetivos, tenham o direito de ser felizes e estarem ligados uns aos outros por laços de afeto e legais, dentro dos preceitos defendidos pela Constituição Federal.

Essa é uma das formas de garantirmos a evolução da família eudemonista, que é o padrão de família do século XXI, tendo o afeto como principal elo entre os seus entes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05/10/1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acessado em: 01/fev/2014.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013//2013**, de 09/05/2013.

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. Disponível em:

<www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acessado em 01/fev/2014.

CORRÊA, Marilena Cordeiro D.V. **Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: Ed UERJ, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: **Revista Brasileira de Direito de Família** - n.º 1 - Editora Síntese. Abr.Mai.Jun/1999.

IACUB, Marcela. Homoparentalité et ordre procréatif. BORRILLO, Daniel; FASSIN, Eric. *In: Au-delà du PaCS: L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

LIMA, Diomar Bezerra. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual**, nº 05, pág. 53, junho de 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2012.

R7. **Pesquisa mostra que filhos de pais gays não sofrem prejuízos psicológicos**. Publicado em: 28/abr/2011. Disponível em <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/pesquisa-mostra-que-filhos-de-pais-gays-nao-sofrem-prejuizos-psicologicos-20110428.html>>. Acessado em: 01/fev/2014

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e maternidade dos homossexuais, sua viabilização pela adoção e reprodução assistida**. Ed. Juruá, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Editora Renovar, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. Ed. Atlas, 2010.