

DA REALIZAÇÃO DO PROJETO HOMOPARENTAL POR MEIO DA UTILIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

THE IMPLEMENTATION OF THE HOMOPARENTAL PROJECT THROUGH THE ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Valéria Silva Galdino Cardin*

Letícia Carla Baptista Rosa**

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família quando reconheceu outras entidades familiares, além da oriunda do matrimônio. Hoje, a família pode ser definida como uma instituição plural, atrelada aos valores da dignidade humana, da igualdade, da solidariedade e da convivência familiar, tendo como fim o afeto, independentemente da orientação sexual. Após a decisão do STF que equiparou a união homoafetiva à união estável, concretizaram-se os princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade de orientação sexual, do direito ao planejamento familiar, dentre outros. A realização do projeto homoparental por meio das técnicas de reprodução assistida deverá ser exercida de forma livre, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no exercício da paternidade responsável, assegurando assim a proteção integral e o melhor interesse dos filhos oriundos desses procedimentos. Adverte-se que a realização desse projeto também gera, além de direitos, deveres ao casal homoafetivo, oriundos não só da paternidade responsável mas também do poder familiar. O não exercício da paternidade responsável dá ensejo a conflitos na utilização dessas técnicas, podendo ocorrer o abandono ou a disputa de paternidade/maternidade da criança, bem como a dificuldade em registrá-la com dois pais ou duas mães, deixando-a sem proteção com relação ao outro genitor. Por sua vez, os direitos e deveres advindos do poder familiar também fazem surgir desordens quando da ruptura do vínculo que une esse casal, o que se intensifica se os filhos são gerados por meio dessas técnicas. Portanto, na falta de legislação que regulamente a utilização de reprodução humana assistida, caberá ao Poder Judiciário dirimir essas questões com base nos princípios supracitados.

Palavras-chave: União homoafetiva. Planejamento familiar. Reprodução humana assistida.

ABSTRACT: The Brazilian Federal Constitution of 1988 extended the family concept when it recognized new family entities, besides those came from the marriage. Today, the family can be defined as a plural institution, linked to human dignity values, equality, solidarity and family life, with affective objectives, regardless the sexual orientation. After the decision of the Supreme Court that equated the homoafective unions to the stable union, it was materialized the principle of human dignity, equality, freedom of sexual orientation, the right to family planning, among others. The realization of the homoparental project through assisted reproduction techniques, should be freely exercised based on the principle of human dignity and by responsible parenthood, thus

* Advogada em Maringá-PR, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá-PR; mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: <valeria@galdino.adv.br>.

** Professora universitária da Faculdade Metropolitana de Maringá; especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina, e mestranda pela pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Endereço eletrônico: <lekarosa@hotmail.com>.

ensuring the full protection and the best interest of the children born from these procedures. However, the realization of this project also generates, as well as rights, duties to the homoaffective couples, not only from responsible parenthood, but also from parental authority. The failure to exercise the responsible parenthood causes conflicts in the use of these techniques, so, it might occur the abandonment or dispute of paternity/ maternity of the child, as well as the difficulty in registering it with two fathers or two mothers, leaving the infant unprotected in relation to the other genitor. In turn, the rights and duties arising from parental authority also generates disorders when occurs the rupture of the bond that unites the couple, which intensifies if the children are generated by this techniques. Therefore, considering that there is no legislation regulating the use of assisted human reproduction, the courts will have to resolve these issues basing on the principles listed above.

Key-words: Homosexual union. Family planning. Assisted human reproduction.

INTRODUÇÃO

A família contemporânea é formada pelo afeto, pelo companheirismo, pela solidariedade e pela ajuda mútua.

Mesmo antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, que equiparou a união homoafetiva à união estável, a atual Constituição Federal já havia previsto outras entidades familiares, além daquela formada pelo matrimônio.

A jurisprudência pátria há mais de uma década já reconhecia direitos aos companheiros homoafetivos, fundamentando-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da afetividade.

Contudo, para que esses direitos conquistados sejam concretizados, faz-se necessário abordá-los e apresentar sugestões de *lege ferenda* para o que não foi disciplinado pelo ordenamento jurídico.

Pretende-se traçar uma evolução histórica da família informal desde os primórdios, passando pela contemporaneidade, até o reconhecimento, pelo STF, da família homoafetiva, equiparando-a à união estável.

Posteriormente, será analisada a possibilidade de casais homoafetivos realizarem o projeto parental por meio da reprodução humana assistida, ponderando os efeitos jurídicos e sociais que decorrem de tal prática em relação às crianças oriundas dessas técnicas, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, no exercício da paternidade responsável e no princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança.

O cerne de toda essa discussão decorre da falta de legislação acerca da reprodução assistida, do preconceito da sociedade em relação à possibilidade de os casais homoafetivos realizarem o

projeto parental e das dificuldades quanto ao registro da criança e dos direitos que decorrem do exercício do poder familiar desta.

O tema é controvertido e necessita de uma análise mais profunda com base nos princípios constitucionais. Para tanto, será utilizado o método teórico, com o intuito de fundamentar as posições adotadas.

Por fim, a pesquisa justifica-se por ser relevante o tema, tanto para a sociedade como para a comunidade científica, abordando a intervenção do Estado na implementação da regulamentação para emprego das técnicas de reprodução assistida na realização do planejamento familiar, no exercício da paternidade responsável e na proteção integral e melhor interesse da criança.

1 DA EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA INFORMAL

Desde os primórdios, homem e mulher já se uniam, independentemente de qualquer formalidade, configurando o concubinato.

O Código de Hamurabi, oriundo do povo babilônico, disciplinava o concubinato entre homens e mulheres confundindo convivência com poligamia, o que era comum na época.¹

Na Grécia antiga, o concubinato era tolerado desde que a concubina não fosse mantida sob o mesmo teto que a esposa. Acrescente-se que, quando um homem vivia em concubinato, não poderia desposar outra mulher.²

Apesar de as civilizações grega e romana admitirem o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo (masculino), este estava relacionado à virilidade e à passagem de conhecimento dos homens mais velhos aos mais jovens, sem que tal relacionamento fosse confuso com degradação moral, e sem tampouco ser reconhecido como de família.³

Com Licurgo e Sólon adotou-se a monogamia e o concubinato foi regulamentado.⁴

Em Roma, o *concubinatus* era aceito pela sociedade e até mesmo os imperadores Marco Aurélio e Vespasiano o vivenciaram.⁵

¹ DANTAS, Fábio Henrique Cavalcanti. *A história da união estável: do Código de Hamurabi ao Código Civil de 2002*. 2007. Trabalho de conclusão de curso (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2007, p. 11.

² BORGHI, Hélio. *Casamento & união estável: formação, eficácia e dissolução*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 45.

³ ARCÂNGELO, Livia Gomes. *A nova família*. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=385>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A união estável e os pressupostos subjacentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, p. 202.

Somente com Justiniano o concubinato foi alçado à categoria de instituto jurídico.⁶

Quando da queda do Império Romano, aumentou o número de uniões informais, diminuindo assim o de casamentos.⁷

Já na Idade Média, as relações familiares foram disciplinadas pelo Direito Canônico, que tratava o casamento como um sacramento, apesar de muitas vezes ser considerado um negócio pelas famílias.⁸ Ressalte-se que a família informal não era bem vista pela sociedade, em decorrência da sacralização do casamento.

O Direito Canônico na época não reconheceu o concubinato, conferindo apenas efeitos *iure civile* aos filhos advindos dessa união se a concubina fosse desimpedida, vivesse sob o mesmo teto, exigindo-se ainda a monogamia.⁹

A homossexualidade não era admitida, chegando a ser penalizada durante a Inquisição, com o mesmo rigor aplicado às heresias e à traição nacional.¹⁰

Posteriormente, o concubinato passou a não ser tolerado pela Igreja Católica, uma vez que ocorria nos conventos e nos reinados cristãos, propagando a imoralidade.¹¹

No Direito pátrio as Ordenações Manuelinas prescreveram, no § 2º do Título 46 do Livro 4º, a previsão da comunhão de bens entre companheiros, desde que houvesse a comprovação de convivência em “casa teúda e manteúda”, ou seja, “em pública voz e fama de marido e mulher.”¹²

Já as Ordenações Filipinas, juntamente com a Lei de 13/11/1651, passaram a punir essas uniões, determinando o cumprimento das regras do Concílio de Trento, que proibiram os matrimônios presumidos, exigindo a certidão paroquial como prova do matrimônio.¹³

⁵ CASTELLO, Carlo. *In Tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*. Milano, 1940, p. 1 apud MARTINI, Vergínio Augusto Terra. Evolução histórica da definição jurídica da convivência – estável e *more uxorio* de duas pessoas que não estejam casadas – na Espanha. In: BELMONTE, Cláudio; MELGARÉ, Plínio (Coord.). *O Direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 583.

⁶ DANTAS, Fábio Henrique Cavalcanti. *A história da união estável: do Código de Hamurabi ao Código Civil de 2002*. 2007. Trabalho de conclusão de curso (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2007, p. 30.

⁷ THE ROMAN empire: in the first century. Disponível em: < <http://www.pbs.org/empires/romans/empire/women.html>>. Acesso em 30 ago. 2009.

⁸ WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.13.

⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A união estável e os pressupostos subjacentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, p. 203.

¹⁰ MOTT, Luiz. *A Inquisição e a repressão à homossexualidade no mundo luso-brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/misc/irhmlb.php>>. Acesso em 10 ago. 2008.

¹¹ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o Direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 41 apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: Cejup, 1987, p. 25.

¹² SALLES, Sergio Luiz Monteiro. União estável como direito fundamental e lacunas em nosso ordenamento. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar, 2005, p. 235.

Em relação à homossexualidade, as Ordenações prescreveram pena de fogueira, banimento e perda dos bens.¹⁴

Na Constituição de 1891, as leis civis vigentes impediram a dissolução do vínculo conjugal, não reconhecendo legítimo o divórcio, intensificando assim as uniões livres no país.¹⁵

O Código Civil de 1916 adotou o sistema patriarcal e não fez nenhuma referência a homossexualidade; contudo, reprimiu o concubinato adúltero, uma vez que não era socialmente aceito.¹⁶

Nas Constituições de 1930, de 1934, de 1946 e na de 1967, a família oriunda do matrimônio gozava de proteção especial do Estado, mas não havia nenhum amparo em relação às uniões informais.¹⁷

Foi com a Constituição Federal de 1988 que houve a ampliação do conceito de família e a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, essa Constituição realizou uma revolução no Direito de Família, fundamentando-se em três eixos: no art. 226, consignou que a família do terceiro milênio é plural e não mais singular; no § 6º do art. 227, alterou o sistema de filiação, não fazendo qualquer diferenciação acerca dos filhos; no terceiro eixo, nos arts. 5º, inciso I, e § 6º do art. 226,¹⁸ estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres.

Os termos “concubinato puro” e “união livre” são utilizados como sinônimos; ambos referem-se atualmente a duas pessoas que têm relacionamento íntimo, prolongado e público perante a comunidade em que vivem, sem matrimônio, não somente porque são impedidas de se casarem, mas por livre vontade.¹⁹

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 773, p. 11-37, mar. 2000, p. 26.

¹⁴ A homossexualidade no Brasil. Disponível em: http://www.geocities.com/companheiro_scristaos/16HomoBrasil.html. Acesso em 10 ago. 2008.

¹⁵ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o Direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 78.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 38.

¹⁷ BRASIL, Constituição de 1934, 1946 e 1949 . Título V, Capítulo I. Cf. texto integral da Constituição de 1934. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em 21 abr. 2011.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias no século XXI. In: FIUZZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233-234.

¹⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

A Lei n. 8.971/1994 foi a primeira a tratar da união estável. Em 1996, a Lei n. 9.278 revogou todos os dispositivos da lei anterior, com exceção do art. 3º, que dispôs acerca da sucessão entre os companheiros.²⁰

Já o atual Código Civil ratificou o conteúdo da Lei n. 9.278/1996, contudo o parágrafo único do seu art. 7º, que dispõe acerca do direito real de habitação, não foi revogado, uma vez que não contraria o disposto no Código Civil.²¹

Apesar de o art. 1.723 do Código Civil conceituar como união estável aquela estabelecida “(...) entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, em maio de 2011, em inédita e polêmica decisão o STF por meio da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, equiparou-se a união homoafetiva à união estável. A partir dessa decisão não se considera a diversidade de sexo como requisito para a caracterização da união estável.

Acerca do tema, Viviane Girardi afirma:

[...] a família legal contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar. Sendo porosa e plural, recebeu e incorporou as modificações ocorridas nos costumes de nossa sociedade, modificações estas influenciadas por fatores de ordem social, econômica e tecnológica.²²

A família contemporânea está atrelada a valores como a dignidade humana, a igualdade, a solidariedade e a convivência familiar, tendo como fim o afeto, não sendo mais exigida a diversidade de sexo.

2 DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR PELO STF

A Constituição Federal de 1988 consagrou, além do casamento, outras entidades familiares, como a união estável e a família monoparental. O art. 226 é uma cláusula geral de inclusão que admite como entidade familiar qualquer outra família que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade. A diversidade de sexo não foi exigida pelo legislador

²⁰ Ibidem, p. 162.

²¹ Ibidem, p. 162.

²² GIRARDI, Viviane. *Família contemporânea, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23-24.

como característica das entidades familiares; caso contrário, a monoparental não teria sido inserida.²³

Paulo Luiz Netto Lôbo já afirmava que as espécies de entidades familiares descritas na Constituição brasileira não eram *numerus clausus*, devendo-se adotar um conceito aberto, abrangente e de inclusão. Logo, qualquer entidade familiar que preenchesse os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade deveria ser constitucionalmente protegida, tendo os seus efeitos jurídicos tutelados pelo Direito de Família.²⁴

Acerca do tema, Cristiano Chaves de Farias assevera que a pluralidade, a dinâmica e a complexidade dos movimentos sociais contemporâneos trouxeram novos modelos familiares. Os casamentos, os divórcios, os recasamentos, as adoções, as técnicas de reprodução assistida, etc. fizeram com que surgissem novos *status* familiares, novos papéis, novas relações sociais, jurídicas e afetivas, como, por exemplo, a união homoafetiva.²⁵

Toda pessoa, independentemente de sua orientação sexual, é merecedora de tutela jurídica, sem nenhum tipo de discriminação; logo, a constitucionalização de uma família, ainda que homoafetiva, implica assegurar proteção ao indivíduo em sua estrutura de convívio, independentemente de sua orientação sexual.²⁶

Portanto, qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura desrespeito à dignidade humana. E infundados preconceitos não podem legitimar restrições de direitos, servindo de fortalecimento a estigmas sociais e causando sofrimento a determinadas pessoas.²⁷

Enquanto houver segmentos que sejam alvo de exclusão social e tratamento desigualitário, de nada adiantará garantir o respeito à dignidade humana e à liberdade, em decorrência de que não haverá de fato um Estado democrático de Direito.²⁸

²³ DIAS, Maria Berenice. *Uniãoes homoafetivas: construindo a identidade familiar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigo&n=425>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>. Acesso 19 mar. 2011.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à família (ou Famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22426/direito_constitucional_familia.pdf?sequence=1. Acesso em: 03 abr. 2011.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009, p. 184.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em <<http://www.bioetica.org/bioetica/doutrina17.htm>> Acesso em 01 abr. 2008.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e Direito Homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 359.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a igualdade não deve ser a simples aplicação positivista da lei, devendo ser observada em sentido material, na realização do próprio Direito, ou seja, com uma função antidiscriminatória na garantia dos direitos fundamentais de grupos minoritários.²⁹

Assim, qualquer restrição à orientação sexual infringe o princípio da dignidade da pessoa, da afetividade, da liberdade, da igualdade, dentre outros.³⁰ A realização integral do ser humano somente ocorre com a preservação de sua dignidade, e esta inclui o direito ao livre exercício da sexualidade.³¹

Discorrendo acerca do tema, Maria Berenice Dias afirma que ninguém poderá se realizar como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, pois é um direito fundamental, que decorre da própria condição humana³². E quando ocorre a proteção desse direito, outros de cunho personalíssimo acabam sendo tutelados, como o direito à procriação e à filiação.

Luiz Edson Fachin assinala que, a partir do texto constitucional, que assegura a liberdade, a igualdade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, tem-se a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.³³ Assim, é inconstitucional qualquer tipo de limitação de modelos familiares em decorrência dessa orientação.

A jurisprudência pátria há mais de uma década já garante direitos e reconhece a união homoafetiva como entidade familiar e não como uma sociedade de fato, tendo como fundamento os princípios constitucionais.³⁴

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro na concessão de direitos aos casais homoafetivos. As principais conquistas foram a definição de competência da vara da família para julgar as lides que versavam sobre a união homoafetiva, bem como o reconhecimento da união

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 381-386.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. In: *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

³² DIAS, Maria Berenice. Um novo Direito: Direito Homoafetivo In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

³³ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente (coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114.

³⁴ Dentre várias decisões destacam-se TJRS, AgIn 599075496, 8ª Câm. Cív., rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999; TJRS, ApCiv 598362655, 8ª Câm. Civ., rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 01 mar. 2000.

de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo sido deferido o direito de herança ao parceiro.³⁵

Logo a seguir, a instrução normativa do INSS 25/2000 estabeleceu a concessão de auxílios por morte e reclusão, e a Circular da Superintendência de Seguros Privados dispôs sobre a possibilidade de recebimento de indenização por morte do companheiro homoafetivo, decorrente de acidente de trânsito

Foi deferida também pela jurisprudência a possibilidade de inscrição do parceiro em plano de assistência médica.³⁶

Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral se manifestou pela aplicação da regra de inelegibilidade prevista no art. 14, §7º, da Constituição Federal, referindo-se aos casais homoafetivos.³⁷

A Lei Maria da Penha, de 7 de agosto de 2006, foi o primeiro diploma legislativo a reconhecer no parágrafo único do art. 5º a união homoafetiva entre mulheres como entidade familiar.

Posteriormente, a ADI n. 4.277, que foi protocolada no STF e ajuizada pela Procuradoria-Geral da República inicialmente como ADPF n. 178, buscou também a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Essa ação visou à extensão dos mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis aos companheiros homoafetivos, uma vez que a Lei Maria da Penha apenas reconheceu essa união.

No mesmo sentido foi proposta a ADPF n. 132 pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, que fundamentou seu pedido no art. 1.723 do Código Civil à união estável.

Em maio de 2011, os ministros do STF, quando do julgamento das ações supracitadas, por unanimidade equipararam a união entre pessoas do mesmo sexo à união estável.

Embora esse precedente seja uma grande conquista para os homossexuais, abriu um histórico perigoso: a função precípua do Poder Judiciário é julgar; não cumpre a ele criar leis, papel esse que cabe ao Poder Legislativo, caracterizando-se portanto uma afronta à própria Constituição,

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Agravo de Instrumento 599 075 496, 8ª Câmara, j. 17.06.1999, rel. Des. Breno Moreira Mussi. Disponível em: http://simplete.blogspot.com/2011_01_01_archive.html>. Acesso em: 15 ago. 2011.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 238.715-RS, 3ª Câmara, j. 07.03.2006, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: http://simplete.blogspot.com/2011_01_01_archive.html>. Acesso em: 15 ago 2011.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Recurso Especial Eleitoral 24564-PA, j. 01.10.2004, rel. MIn. Gilmar Mendes. Disponível em: http://simplete.blogspot.com/2011_01_01_archive.html>. Acesso em: 15 ago 2011.

pois legitima aos ministros do STF e do STJ um poder superior àqueles que estão delimitados na Lei Maior.

Entretanto, não se pode negar que essa decisão foi crucial na conquista e efetivação de direitos dos envolvidos, uma vez que o reconhecimento da união homoafetiva como união estável foi apenas o princípio de uma gama de direitos que passarão a ser perfilhados.

No dia 25 de outubro de 2011, a decisão do STJ seguiu a mesma linha de pensamento do STF, e foi mais além, porque chancelou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apesar de não possuir efeito vinculante, abriu o precedente jurisprudencial em todo o país.³⁸

Portanto, não se pode negar que a equiparação trazida pela decisão do STF tornou possível a conversão da união estável em casamento civil, pois a própria Constituição preconiza que a lei deve facilitar essa conversão.

3 DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR DO CASAL HOMOAFETIVO

O planejamento familiar é um direito garantido pela atual Constituição Federal 1988 no § 7º do art. 226 a qualquer casal, independentemente de orientação sexual, e que deve ser exercido com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A Lei n. 9.263/1996 também regulamentou o planejamento familiar, em seu art. 2º, dispondo que o mesmo consiste no conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, não fazendo menção nenhuma à orientação sexual. Trata-se de um ato consciente de escolha entre ter ou não filhos, de acordo com seus planos e expectativas.³⁹

O planejamento familiar é um direito que deve ser garantido a qualquer cidadão, sem distinção alguma, pois, além de ser um direito fundamental, consiste num direito personalíssimo. O projeto parental está atrelado ao direito de procriar e de formar uma família baseada no afeto e na realização de todos os entes familiares, considerando-se assim qualquer prática que o obstaculize um desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

³⁸ SELIGMAN, Felipe; NUBLAT, Johanna. Pela 1ª vez, STJ autoriza casamento homoafetivo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/996421-pela-1-vez-stj-autoriza-casamento-homoafetivo.shtml> Acesso em: 05 dez. 2011.

³⁹ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.

Segundo o diploma legislativo que dispõe acerca do planejamento familiar, esse direito deve necessariamente ser exercido de forma livre pelo casal, cabendo a este a decisão sobre o número de filhos, a forma de educação e, sobretudo, as formas de realização desse projeto parental, não cabendo ao Estado interferir no exercício deste.

Contudo, o Estado deve criar políticas públicas no sentido de orientar, educar, prevenir e conscientizar sobre como deve ser realizado o planejamento familiar, uma vez que este está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao exercício da paternidade responsável.

Acerca do tema, Maria Helena Diniz afirma que o planejamento familiar é um direito reprodutivo, e como tal deve ser concedido a qualquer indivíduo.⁴⁰

O direito de procriar faz parte da natureza humana e para alguns o desejo de ter filhos integra a busca pela felicidade.⁴¹

Não obstante, a falta de conscientização acerca da importância do planejamento familiar e do exercício da paternidade responsável acarreta inúmeros problemas sociais, como, por exemplo, o aumento da pobreza, a marginalização, a violência, o abuso sexual, o abandono de menores, abortos clandestinos, dentre outros.⁴²

Frise-se, ainda, que o direito ao planejamento familiar é assegurado a qualquer cidadão, independentemente do seu estado civil, e não está vinculado à sexualidade do indivíduo.

Vera Lucia da Silva Sapko aponta:

[...] o reconhecimento do direito dos homossexuais de serem pai ou mãe não passa, apenas, pela edição de novas leis, mas, fundamentalmente, pela mudança na subjetividade de toda a sociedade e, por via de consequência, dos Juízes, com a adoção de valores e concepções mais consentâneos com o momento social, histórico e cultural que vivemos, promovendo o reconhecimento das diferenças, não como forma de inferiorizar, mas, isto sim, de enriquecer a vida social, garantindo, assim, a efetividade das decisões judiciais na proteção do direito à paternidade/maternidade através da revitalização de seus pilares básicos: “garantia do acesso à justiça e a obtenção da justiça real”.⁴³

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴⁴, em seu art. 16, dispõe que tanto homens quanto mulheres, desde que na idade adequada ao casamento, têm o direito de casar e

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140-143.

⁴¹ SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 99-100.

⁴² CARDIN, Valéria Silva Galdino. *op. cit.*

⁴³ SAPKO, Vera Lucia da Silva. *op. cit.*, p. 111.

⁴⁴ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/onu/textos_onu/dudh.pdf. Acesso em: 22 abr. 2011.

constituir uma família, ou seja, realizar o projeto parental, não fazendo nenhuma observação quanto à sexualidade.

O projeto parental está atrelado ao direito de procriar e de formar uma família baseada no afeto e na realização de todos os entes familiares. Não se pode negar a um casal homossexual tal direito com fundamento na orientação sexual de ambos, sob pena de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse casal poderá realizar o projeto parental não só por meio da filiação biológica, mas também pela socioafetiva .

Luiz Carlos de Barros Figueirêdo ressalta que não existe nenhuma lei no país que vede ou restrinja o direito do homossexual de adotar ou utilizar da reprodução humana assistida, até porque seria inconstitucional, sem falar que impedir o projeto parental materializa erro de percepção da realidade, na medida em que homens e mulheres homossexuais também podem gerar filhos biológicos.⁴⁵

Ademais, a própria família monoparental, que é tutelada constitucionalmente, não conta com a presença dos dois genitores, pois é formada por apenas um deles, ou seja, não há a presença de sexos diferentes na formação familiar.

Estudos de pesquisadores europeus e americanos comprovam que o desenvolvimento psicológico de crianças criadas por pais homossexuais ou heterossexuais é o mesmo.⁴⁶

Deve-se afastar o preconceito de que os homossexuais levam uma vida em desacordo com os padrões de normalidade aceitos socialmente e que tal fato pode alterar o desenvolvimento psicológico e social de uma criança. Essas opiniões são infundadas, uma vez que se baseiam em estereótipos existentes na sociedade. Frise-se que a promiscuidade independe da orientação sexual.

Observa-se que o preconceito trata-se de uma questão cultural: realiza-se um pré-julgamento por meio de uma avaliação e valoração pessoal, existindo ou não contato com a pessoa avaliada. Uma criança não nasce com preconceito; este advém de sua criação e da cultura em que está sendo exercida no meio social.⁴⁷

⁴⁵ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 71.

⁴⁶ CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 364.

⁴⁷ GALLASSI, Almir. O preconceito, a discriminação e a intolerância, os obstáculos para inclusão social nas opções sexuais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal, 2010, p. 2.

A pessoa preconceituosa não tolera a diversidade sexual, acabando por responder por meio de atitudes agressivas, não aceitando assim que o outro indivíduo possua identidade própria e lute para garanti-la e defendê-la perante a sociedade.⁴⁸

Acerca do tema, a Academia Americana de Pediatria já se manifestou publicamente em prol da maternidade ou paternidade por indivíduo ou par homossexual⁴⁹.

Nesse sentido, enfatiza Roger Raupp Rios:

[...] a defesa dos interesses da criança não pode, na verdade, servir de pretexto para a promoção de coisa diversa, que é o prestígio exclusivo e excludente de uma determinada forma de família ao custo do desrespeito à Constituição e de valores fundamentais aludidos. [...] Trata-se de concretizar, através de uma visão mais abrangente das comunidades familiares, a normatividade dos princípios do Estado Democrático de Direito, da igualdade, da liberdade e da autonomia, do respeito à diversidade e do pluralismo⁵⁰.

Outro óbice para a realização da paternidade ou maternidade de casais homoafetivos ocorre no momento do registro do filho, ou seja, na dúvida sobre como fazer constar o nome de duas pessoas do mesmo sexo, sem dar margem para que a criança sofra discriminação ou preconceito.

Há quem defenda até mesmo a alteração na Lei de Registros Públicos, excluindo os termos “pai” e “mãe” e substituindo-os pela expressão “filho de fulano e de beltrano”.⁵¹

Diante da situação acima exposta, deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, em consonância com os demais princípios constitucionais já elencados, para o deslinde da questão.

Assim, a possibilidade de constarem dois pais ou duas mães na certidão de nascimento da criança não pode ser vista como empecilho para a realização do projeto parental de casal homoafetivo, em decorrência do fato de que a criança só terá direitos em relação a ambos se forem inscritos os seus nomes no registro civil, aplicando-se assim o princípio da proteção integral e do melhor interesse.

⁴⁸ GALLASSI, Almir. op. cit., p. 6.

⁴⁹ COMMITTEE on Psychosocial Aspects of Child and Family Health. Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents. *Pediatrics*: the official journal of the American Academy of Pediatrics. Elk Grove Village. v. 1, n. 2, p. 339-340, feb. 2002, p. 339 apud CHAVES, Marianna. op. cit., p. 364.

⁵⁰ RIOS, Roger Raupp. Acesso às tecnologias reprodutivas e princípios constitucionais: igualdade, pluralismo, Direito Constitucional de Família e orientação sexual no debate bioético brasileiro. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha (orgs.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?* Diferentes perspectivas do Direito brasileiro. Brasília: D. Diniz; S. Buglione, 2002, p. 61.

⁵¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade(coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 218.

Destarte, o planejamento familiar deve ser assegurado a qualquer casal, independentemente de sua orientação sexual, devendo ser observado o exercício da paternidade responsável associado aos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral da criança.

4 DA UTILIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA REALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL DO CASAL HOMOAFETIVO

A evolução das técnicas de produção assistida a partir do século XX trouxe à tona diversas discussões jurídicas, bem como a possibilidade não só de realização do projeto parental por casais com problemas de fecundidade, mas também por casais homoafetivos.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 silenciou ao tratar do planejamento familiar quanto à utilização de técnicas de reprodução assistida na realização do projeto parental, mas é evidente que, se há a garantia da formação de uma família por métodos naturais, deve-se reconhecer o direito daqueles que optem por procriar utilizando-se dessas técnicas.

Já a Lei n. 9.263/2006 autorizou, em seu art. 9º, que, para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos de reprodução assistida. Enquanto que o Código Civil apenas tratou do tema no art. 1.597, para disciplinar a presunção de paternidade.

As técnicas de reprodução assistida também foram permitidas aos casais homoafetivos, conforme a Resolução n. 1.957/2010 do CFM.

Tais técnicas permitem a fecundação humana, por meio da manipulação de gametas e embriões, com o objetivo de propiciar o nascimento de um novo ser.⁵²

Das técnicas disponíveis que poderão ser utilizadas na realização do projeto homoparental, as de maior destaque são a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a maternidade substitutiva.

A primeira é obtida sem que haja um relacionamento sexual, por meio de recursos mecânicos, com a introdução do sêmen no útero feminino. Poderá ser homóloga, quando o material genético utilizado é do casal, ou seja, pertence ao homem e à mulher que vivem em união estável ou

⁵² SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 110.

casados, ou heteróloga, que é aquela realizada com o material genético de um terceiro, alheio ao relacionamento do casal.⁵³

Já a fertilização *in vitro* trata-se do método em que a própria fertilização é realizada em laboratório e ocorre após a transferência do embrião ao útero materno. Deverá ser utilizada quando se houver esgotado o emprego das outras técnicas, porque é mais invasiva que as demais.⁵⁴

O emprego de reprodução assistida na realização do projeto parental é tema polêmico, pois interfere diretamente no processo natural da pessoa, desafiando o legislador a reformular conceitos jurídicos já existentes, principalmente quando se trata de relacionamentos homoafetivos.

Porém atualmente, apesar de inúmeros projetos de lei que se referem a essas técnicas estarem em trâmite no Congresso Nacional, não existe nenhuma lei que regulamente o seu emprego, sendo a única normatização emitida pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.957/2010, que dispõe acerca das normas éticas na utilização destas.

Para os casais homoafetivos que optem pelas técnicas de reprodução assistida para a realização do projeto parental, não resta outra alternativa senão a utilização da inseminação artificial heteróloga e da maternidade substitutiva.

Já os casais do sexo feminino, será necessária a doação de sêmen, enquanto para os do sexo masculino não só a doação de óvulo mas também a utilização da maternidade substitutiva.

A doação de óvulo ou sêmen ou a adoção de embriões devem ser realizadas segundo a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, sem nenhum fim lucrativo. Deve ser ainda mantido o sigilo de identidade do doador.

Os casais homoafetivos poderão também adotar embriões de outros casais. Para que seja realizada a adoção, deve haver o consentimento expresso dos responsáveis pelo material genético e dos beneficiários.

A maternidade substitutiva pode ser utilizada segundo a resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, desde que haja parentesco até o segundo grau, ou por uma terceira pessoa autorizada pelo mesmo, sem fins lucrativos.

Mas nem sempre o casal homoafetivo recebe o apoio de familiares que se disponibilizem a realizar esse ato com fim altruístico; não resta, pois, outra possibilidade senão a de recorrer à “barriga de aluguel”, o que nesse caso deveria ser permitido pelo CFM, porquanto a gestante está

⁵³ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 54.

⁵⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. op. cit., p. 111.

cedendo apenas o “invólucro” para que o feto se desenvolva e esse casal possa realizar o seu projeto parental.

Assim, a eventual remuneração não seria um pagamento pelo bebê, mas uma indenização pelo tempo e cuidados dispensados durante a gravidez, pelos inconvenientes hormonais, pelos deslocamentos a fim de implantar o embrião, pelo parto, pós-parto etc.⁵⁵

Cite-se, como exemplo, o caso dos cantores Elton John e Rick Martin, que se utilizaram da “barriga de aluguel” para realização do projeto parental.⁵⁶

Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, o fruto da reprodução assistida só poderia ser legalmente reconhecido por ambos(as) os(as) companheiros(as) por meio de autorização judicial, ainda que filho biológico fosse de um deles; contudo, hoje, com o reconhecimento desse tipo de união, os institutos jurídicos serão redefinidos.

O próprio registro de nascimento da criança de casais homoafetivos gera controvérsias em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a Lei de Registros Públicos solicita a especificação de pai e mãe, avós paternos e maternos. Tal problema poderia ser solucionado e não geraria preconceito se fossem utilizadas as expressões “filho de” e “tendo como avós”.

Ademais, deixar essa criança registrada com o nome de apenas um (a) dos (as) companheiros (as) prejudicaria aquela, porquanto antes de pleitear qualquer direito teria que provar a filiação biológica ou socioafetiva, confrontando assim com o melhor interesse do menor.

O caso mais recente foi noticiado na imprensa brasileira, em que a menina Maria Tereza, idealizada e projetada pelos dois pais, Wilson e Mailton Albuquerque, que inclusive já são casados civilmente, utilizaram-se de maternidade substitutiva para a realização do projeto parental deles. A prima de Mailton doou o óvulo, que foi fecundado com seu sêmen.⁵⁷

A dupla paternidade da menina foi autorizada pelo juiz da vara de família do Estado de Pernambuco, o mesmo que celebrou o casamento civil do casal e destacou a adversidade do caso,

⁵⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino ; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

⁵⁶ EZONNE, Raphael. *Famosos que optaram pela barriga de aluguel*. Disponível em: <http://cherryouth.wordpress.com/2010/12/29/scientific/>. Acesso em 22 abr. 2011.

⁵⁷ CASAL gay de Pernambuco registra filha gerada por fertilização assistida: A menina, de um mês de vida, tem o nome dos dois pais na certidão de nascimento. *Jornal Nacional*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/03/casal-gay-de-pernambuco-registra-filha-gerada-por-fertilizacao-assistida.html>. Acesso em: 18 mar. 2012.

pois o registro ocorreu de forma administrativa, diretamente no cartório, não sendo necessário que houvesse nenhum processo judicial para o registro.⁵⁸

Trata-se de decisão recente, na qual no assento civil dessa criança constaram a expressão “filiação” e em seguida o nome dos dois pais, que já planejam aumentar a família, agora com o sêmen de Wilson, contanto novamente com a ajuda de outra parente.⁵⁹

Saliente-se que está criança, fruto de muito afeto, ao contrário do que muitos pensam, poderá sim ter seus direitos reguardados, principalmente no que tange à convivência familiar saudável.

Segundo Vera Lúcia Raposo, crianças geradas por meio de técnicas de reprodução assistida e até com auxílio da maternidade de substituição terão a certeza de que foram muito desejadas. E nunca padecerão dos traumas psicológicos dos “filhos acidentais”.⁶⁰

Não existe prova científica de que um casal heterossexual possa criar melhor uma criança do que um casal homossexual; se assim fosse, grande parte dos problemas enfrentados hoje por falta de estrutura familiar estariam resolvidos, pois a maioria advém de famílias heterossexuais.

Pode ocorrer também a hipótese de uma das companheiras que anuiu com o emprego da reprodução assistida heteróloga na outra se recusar a assumir o filho oriundo dessa concepção. Contudo, se ocorreu o consentimento de forma livre e consciente, não poderá se escusar da maternidade, nem das obrigações advindas desta.

Outro caso que fez parte dos noticiários foi o de duas mulheres que viviam em união estável e decidiram por realizar o projeto parental. Uma doou o óvulo para que pudesse ser concebido pelo sêmen de doador anônimo e fosse transferido para a outra companheira. O sucesso do procedimento gerou um filho.⁶¹

As duas são protagonistas de uma disputa judicial pela criança, em decorrência de que houve a ruptura do vínculo e a ex-companheira que deu à luz passou a negar à outra o exercício do direito de visitação, cometendo, assim, alienação parental.⁶²

⁵⁸ CASAL gay de Pernambuco registra filha gerada por fertilização assistida: A menina, de um mês de vida, tem o nome dos dois pais na certidão de nascimento. *Jornal Nacional*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/03/casal-gay-de-pernambuco-registra-filha-gerada-por-fertilizacao-assistida.html>. Acesso em: 18 mar. 2012.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 48.

⁶¹ FILHO é disputado por ex-casal de lésbicas. Disponível em: <http://www.sganoticias.com.br/2012/02/filho-e-disputado-por-ex-casal-de.html>. Acessado em: 18 mar. 2012.

⁶² *Ibidem*.

É impar observar que em ambos os casos serão pais ou mães aqueles que idealizaram e realizaram o projeto parental, independentemente de qualquer acordo de vontades entre as partes, pois o direito à paternidade/maternidade é fundamental e personalíssimo do sujeito, sendo, portanto, irrenunciável.

Por sua vez, segundo o §2º do art. 1.583 do CC, a guarda unilateral dessa criança poderá ser atribuída à genitora que revele melhores condições de exercê-la, ou seja, que possa proporcionar a essa criança afeto, saúde, segurança, educação etc.

Já se uma das companheiras se utilizar da inseminação com sêmen de terceiro, sem que haja o conhecimento da outra, esta não terá nenhuma obrigação perante a criança.

Na hipótese de o casal homoafetivo do sexo masculino abandonar o embrião implantado no útero de outrem ou a criança após o nascimento, emergem duas situações: se o material genético não pertencer à mãe gestacional, esta não poderá ser obrigada a dar continuidade a um projeto parental que nunca almejou, razão pela qual a criança deverá ser encaminhada para adoção; contudo, se o material genético também lhe pertencer, ou seja, se o seu óvulo foi doado para a fecundação, o bebê poderá ficar com a mãe de substituição, desde que ela tenha condições de prover a assistência afetiva, moral, material, intelectual e orientação sexual; caso contrário, a criança deverá ser entregue para adoção.⁶³

Em caso de abandono da criança fruto de reprodução assistida, esta deverá ser encaminhada a uma família substituta e o casal homoafetivo deverá ser responsabilizado civilmente, ou seja, pagar alimentos à criança até a maioridade ou término do curso superior, bem como indenizar por danos morais a criança que foi abandonada.

Outro aspecto controvertido é o diagnóstico genético pré-implantório, que consiste no procedimento aceito pelo Conselho Federal de Medicina e que constitui um avanço significativo para qualquer casal, já que elimina o risco de transmissão de alguma patologia genética e não pode ser confundido com eugenia.⁶⁴

Ressalte-se que a manipulação de gametas não deve ser utilizada para a prática de eugenia invertida, como, por exemplo, no caso Duchesneau e McCullough, em que um casal de

⁶³ CARDIN, Valéria Silva Galdino ; CAMILO, Andryelle Vanessa. op. cit.

⁶⁴ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida. In: *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Estado, globalização e soberania: o Direito do século XXI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

homossexuais surdas planejou o nascimento de filhos com surdez⁶⁵, ou seja, manipulou os embriões que eram normais para nascerem surdos.

As técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas para o bem-estar do ser humano, e não com o intuito de limitar as chances de uma vida saudável.⁶⁶

Também a inseminação artificial *post mortem*, ainda que autorizada, viola o princípio do melhor interesse da criança, visto que esta não gozará da companhia do genitor falecido, daí resultando transtornos psicológicos e sociais.⁶⁷

Além desse problema, existem as discussões acerca da sucessão oriunda de tal procedimento. Parte da doutrina⁶⁸ entende que, embora os vínculos de filiação devam ser estabelecidos, a inseminação *post mortem* não poderá gerar direitos de ordem patrimonial, pois isso acarretaria problemas de ordem prática e infringiria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade.⁶⁹

Afastar os direitos sucessórios daquele concebido e gerado mediante fecundação artificial *post mortem* viola, ainda mais, os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, pois o filho já foi privado da convivência paterna e será preterido economicamente, o que poderia prejudicar ainda mais o seu desenvolvimento.

Desse modo, o legislador, atento às necessidades sociais, poderia normatizar no sentido de fixar um lapso temporal para a concepção *post mortem*, e, enquanto isso não acontecer, os direitos sucessórios do embrião não concebido poderiam ser previstos em um testamento.⁷⁰

É inegável que não há nenhuma preocupação em regulamentar as situações acima expostas, em decorrência do preconceito, deixando-as a cargo da jurisprudência, que irá recorrer aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade sexual, do planejamento familiar, do exercício da paternidade responsável, da proteção integral e do melhor interesse da criança, dentre outros, para fundamentar a concessão dos direitos acima elencados.

⁶⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. Eugenia às avessas: o uso de embriões com mal genético. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 241 de 31 jan. 2007, p. 12.

⁶⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit.

⁶⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit.

⁶⁸ Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328 de 1994. BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: (277-278), v. 696, ano 82, out. 93. MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶⁹ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

⁷⁰ CARDIN, Valéria Silva Galdino. op. cit.

5 DO EXERCÍCIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL, DO PODER FAMILIAR E DA GUARDA PELO CASAL HOMOAFETIVO

Pode-se conceituar a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material e também a própria orientação sexual dos filhos.

Em 1959, a UNICEF, na Declaração Universal dos Direitos das Crianças, elencou os direitos da criança.⁷¹ Entre eles estão o de não ser discriminada e o de ser criada em um ambiente digno, que promova sua saúde física, mental, psicológica e intelectual. Também gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, abandono, crueldade e exploração.

O propósito da lei é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque somente assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação serão respeitados.

Vera Lucia da Silva Sapko afirma que “ninguém é obrigado a gerar um outro ser humano, embora a opção pela realização do projeto parental traga responsabilidades e deveres àqueles que decidem pela paternidade ou maternidade”.⁷²

Normalmente, o casal homoafetivo, quando decide realizar o projeto parental, o faz de forma consciente, em decorrência até dos preconceitos que sofreu, diferentemente dos casais heterossexuais.

Mas, na hipótese de não exercer a paternidade responsável, deverá ser responsabilizado civil e penalmente, conforme o disposto nos arts. 5º, 18, 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros, arts. 186 e 927 do Código Civil e arts. 244, 245, 246 e 247 do Código Penal.

Não obstante a paternidade responsável, o poder familiar também dá ensejo a diversos direitos e deveres na realização do projeto parental desse casal, ou seja, o exercício da paternidade responsável terá reflexos diretos na maneira como estão sendo concretizados o poder familiar, a guarda e até mesmo a visitação da criança.

O poder familiar está relacionado ao conjunto de direitos e deveres que a lei atribui aos pais ao responsabilizá-los pela educação e administração dos bens dos filhos menores, até atingirem a maioridade.⁷³

⁷¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos das Crianças. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 27 ago. 2011.

⁷² SAPKO, Vera Lucia da Silva. op. cit., p. 82.

Já a guarda surge como um elemento do próprio exercício do poder familiar e trata-se de um direito e dever dos pais, podendo ser exercido por eles ou por terceiros.

Em decorrência do poder familiar, também surgem o direito e o dever quanto à educação dos filhos, sendo que o art. 55 do ECA preceitua que “os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

Espera-se dos pais, independentemente de sua orientação sexual, o exercício da paternidade responsável.

Acerca do direito de visitas, trata-se de questão inserida no exercício da paternidade responsável, pois consiste na concretização do direito da criança e do adolescente de conviver e manter laços de afeto e a convivência familiar, principalmente quando se trata dos pais, direito esse elencado como constitucional.

Saliente-se que todos os deveres e direitos oriundos do poder familiar devem ser aplicados a qualquer entidade familiar, uma vez que o Código Civil e o ECA não fazem menção ou diferenciação acerca da orientação sexual dos pais.

Logo, qualquer conflito advindo da família contemporânea deve ser solucionado com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, do exercício da paternidade responsável, da afetividade, da proteção integral e do melhor interesse do menor.

CONCLUSÃO

A união de pessoas do mesmo sexo é uma realidade que não pode ser ignorada e que merece a tutela jurídica, em decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da solidariedade, da liberdade e da afetividade.

Nesse sentido, a atual Constituição Federal definiu a família como uma instituição plural e reconheceu, além do matrimônio, outras entidades familiares, que devem preencher os requisitos da afetividade, da continuidade e da ostensibilidade.

Com as decisões da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, pelo Supremo Tribunal Federal, havendo prova de que o relacionamento homoafetivo é duradouro, público e contínuo, será equiparado à união estável, assegurando-se, assim, o direito ao planejamento familiar, bem como os demais direitos previstos no ordenamento jurídico.

⁷³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

Trata-se de entendimento preconceituoso considerar que pais homossexuais prejudicam o desenvolvimento psicológico e sexual de seus filhos, fato esse comprovado por meio de pesquisas. É importante que o menor, em seu desenvolvimento, tenha a assistência moral, afetiva, intelectual, material e a orientação sexual resguardadas.

Qualquer entidade familiar deve ter o direito à realização do projeto parental, desde que o faça de forma consciente e responsável.

Hodiernamente, para a realização do projeto homoparental, faz-se necessário recorrer às técnicas de reprodução assistida, caso haja a opção pela filiação biológica.

Os casais do sexo masculino terão que recorrer à doação de óvulo, juntamente com a maternidade substitutiva, desde que haja parentesco até o segundo grau, ou a uma terceira, com a autorização do CFM.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, mãe é quem gerou e deu à luz. Caso a mãe substitutiva se recuse a entregar a criança, esse conflito deverá ser solucionado no âmbito jurídico, dando prevalência àqueles que eram detentores do projeto parental.

Frise-se que em qualquer circunstância deverá ser levado em consideração o exercício da paternidade responsável.

Poderá ocorrer a hipótese de esse casal abandonar o embrião implantado em útero de terceira pessoa ou a criança após o nascimento, decorrendo duas situações: a) se o material genético não pertencer à mãe gestacional, esta não terá obrigações perante o bebê, devendo ser a criança encaminhada a uma família substituta; b) se o material genético também lhe pertencer, o bebê poderá ficar com a mãe de substituição, desde que ela tenha condições de exercer a paternidade responsável.

No entanto, o casal homoafetivo deverá ser responsabilizado pelo pagamento de alimentos à criança até a maioridade ou o término do curso superior, bem como pela indenização por danos morais à criança abandonada.

Se houver inseminação artificial heteróloga em uma das companheiras com a anuência da outra, o arrependimento desta não afastará a maternidade, sendo obrigada a prover a assistência à criança.

Se o procedimento for realizado sem a autorização da companheira(o), a criança só terá direitos perante aquela que foi inseminada ou aquele que pretendeu realizar o projeto parental.

Já a manipulação genética, só deverá ser utilizada para afastar doenças congênitas, sendo proibida a prática de “eugenia às avessas”.

Quanto à inseminação *post mortem*, embora autorizada, infringe diretamente o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, pois esta será privada da convivência com aquele que faleceu, resultando transtornos de ordem psíquica e social.

Ante o exposto, caberá ao Poder Judiciário, enquanto não existir lei, solucionar os conflitos quando da realização do projeto homoparental, fundamentando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, no exercício da paternidade responsável e no melhor interesse e proteção integral da criança.

REFERÊNCIAS

A homossexualidade no Brasil. Disponível em: <http://www.geocities.com/companheiroscristaos/16HomoBrasil.html>. Acesso em 10 ago. 2008.

ARCÂNGELO, Lívia Gomes. *A nova família*. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=385>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 773, p. 11-37, mar. 2000.

_____. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: Cejup, 1987.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Loyola, 1989.

BORGHI, Hélio. *Casamento & união estável: formação, eficácia e dissolução*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. ¹

BRASIL. Constituição de 1934, 1946 e 1949 . Título V, Capítulo I. Cf. texto integral da Constituição de 1934. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em 21 abr. 2011.

_____. Resolução n. 1.957/2010. *Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277/ ADPF n. 132. Min. Ayres Brito. J. 05 maio 2011. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> . Acesso em: 02 dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDIN, Valéria Silva Galdino ; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Estado globalização e soberania: o Direito do século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida. In: *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Estado, globalização e soberania: o Direito do século XXI. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

_____. Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas. *IBDFAM*, Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 01 abr. 2011.

CASAL gay de Pernambuco registra filha gerada por fertilização assistida: A menina, de um mês de vida, tem o nome dos dois pais na certidão de nascimento. *Jornal Nacional*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/03/casal-gay-de-pernambuco-registra-filha-gerada-por-fertilizacao-assistida.html>. Acesso em: 18 mar. 2012.

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DANTAS, Fábio Henrique Cavalcanti. *A história da união estável: do Código de Hamurabi ao Código Civil de 2002*. 2007. Trabalho de conclusão de curso (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2007.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos das Crianças. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 27 ago. 2011.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o Direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

DIAS, Maria Berenice. Ações do documento Violência doméstica e as uniões homoafetivas. Disponível em: <http://www.ouvidoria.al.gov.br/artigos/violencia-domestica-e-as-unioes-homoafetivas>. Acesso em: 30 ago. 2007.

_____. Homoafetividade e Direito Homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Liberdade sexual e direitos humanos. In: *Conversando sobre a homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Um novo Direito: Direito Homoafetivo In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *União homossexual: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em <<http://www.bioetica.org/bioetica/doutrina17.htm>> Acesso em 01 abr. 2008.

_____. *Unões homoafetivas: construindo a identidade familiar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=425>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EZONNE, Raphael. *Famosos que optaram pela barriga de aluguel*. Disponível em: <http://cherryouth.wordpress.com/2010/12/29/scientific/>. Acesso em 22 abr. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETTO, Vicente (coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à família (ou Famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional). *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22426/direito_constitucional_familia.pdf?sequence=1. Acesso em: 03 abr. 2011.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2002.

FILHO é disputado por ex-casal de lésbicas. Disponível em: <http://www.sganoticias.com.br/2012/02/filho-e-disputado-por-ex-casal-de.html>. Acessado em: 18 mar. 2012.

GALLASSI, Almir. O preconceito, a discriminação e a intolerância, os obstáculos para inclusão social nas opções sexuais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal, 2010, p. 2.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A união estável e os pressupostos subjacentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005.

GIRARDI, Viviane. *Família contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>. Acesso 19 mar. 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade(coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINI, Vergínio Augusto Terra. Evolução histórica da definição jurídica da convivência – estável e *more uxorio* de duas pessoas que não estejam casadas – na Espanha. In: BELMONTE,

Cláudio; MELGARÉ, Plínio (Coord.). *O Direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. IV.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTT, Luiz. *A Inquisição e a repressão à homossexualidade no mundo luso-brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/misc/irhtmlb.php>>. Acesso em 10 ago. 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias no século XXI. In: FIUZZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, v. I, t. III.

RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra, 2005.

RIOS, Roger Raupp. Acesso às tecnologias reprodutivas e princípios constitucionais: igualdade, pluralismo, Direito Constitucional de Família e orientação sexual no debate bioético brasileiro. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha (orgs.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do Direito brasileiro*. Brasília: D. Diniz; S. Buglione, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SALLES, Sergio Luiz Monteiro. União estável como direito fundamental e lacunas em nosso ordenamento. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 6, n. 21, p. 235, jan./mar, 2005.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá, 2005.

SELIGMAN, Felipe; NUBLAT, Johanna. Pela 1ª vez, STJ autoriza casamento homoafetivo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/996421-pela-1-vez-stj-autoriza-casamento-homoafetivo.shtml>Acesso em: 05 dez. 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

THE ROMAN empire: in the first century. Disponível em: <<http://www.pbs.org/empires/romans/empire/women.html>>. Acesso em 30 ago. 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. Eugenia às avessas: o uso de embriões com mal genético. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 241 de 31 jan. 2007, p. 12.

WALD, Arnaldo. *O novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002.