

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RAFAELLA DE LIMA FIGUEIRÊDO

OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DOS CASAIS
HOMOAFETIVOS

SOUSA-PB

2014

RAFAELLA DE LIMA FIGUEIRÊDO

OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DOS CASAIS
HOMOAFETIVOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA-PB

2014

RAFAELLA DE LIMA FIGUEIRÊDO

OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA DOS CASAIS
HOMOAFETIVOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior – UFCG
Professor Orientador

Examinador: Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Examinador: Prof. Guerisson Araújo Pereira de Andrade

Dedico esse trabalho monográfico, à minha mãe, por ter me ensinado a galgar na busca dos meus sonhos e me transmitido à importância de desafiar os obstáculos com garra e determinação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, que na tua infinita misericórdia me deu forças para prosseguir buscando a realização dos meus sonhos, sempre ouvindo meus clamores e acalentando a minha alma,

À minha mãe, mulher guerreira e honesta, pelo dom da vida, e por ter feito o impossível para me dar afeto e educação, a senhora é tudo para mim, mãe.

Ao meu pai, que mesmo com seu jeito retraído, não mediu esforços para me dar educação e amor paternal, te amo muito pai.

Ao meu irmão Rummenigge, que pelo seu exemplo de dedicação e perseverança contribuiu para aumentar a minha vontade de vencer, obrigada por todo amor e apoio emanados.

À minha irmã Roberta, que representa a flor mais bela da minha família e que transmite ternura, amor e paz para o meu lar.

Aos meus amados sobrinhos, que amo como se fosse meus filhos, e que representam a prova do amor infinito. E a minha cunhada Yanara, que além de amiga, me proporcionou esses lindos presentes.

A minha eterna avó Inacinha (in memoriam), que foi levada para os braços do pai no decorrer da realização deste sonho, e que deixou em meu coração, lindas lembranças de um amor sincero e iluminado por Deus, te amo para sempre minha querida Inácia.

Ao meu avô materno e paterno, bem como a minha tia Inez, que com certeza estão vibrando dos céus pela concretização deste meu sonho, saudades!

Às minhas eternas amigas, Isadora; Ana Maria e Angélica, que representaram durante esses cinco anos a força da verdadeira amizade e que são tesouros que guardarei para sempre no meu coração.

Ao meu namorado, por ter me apoiado nos momentos difíceis e pelo carinho e compreensão,

À minha amiga Laís Fortunato, que nunca hesitou em me ajudar e que levarei no meu coração com uma amizade eterna e duradora.

À Maiza, que com seu jeito paciente não fez questão de me ajudar quando mais precisei, e a Júnior pela confiança e credibilidade.

Aos amigos da sétima Vara que representam minha segunda família, e que me transmitiram a verdadeira importância do trabalho em grupo, sentirei saudades.

A todos os meus familiares, e em especial, àqueles que vibram a cada conquista que consigo alcançar.

Aos meus amigos de Santa Luzia, que acompanharam de pertinho, toda minha trajetória.

As amizades construídas no decorrer desse longo período, em especial à Priscila, Carla Nayali, Karla Estefánnny, Rafaella Ferreira, Claudervânio, Waldjane, Bárbara, Jonas, Aline, Maria do Loreto, e aos demais amigos pelo carinho e companheirismo.

Aos professores do CCJS, que compartilharam os mais lúdicos conhecimentos jurídicos, e em especial a Monnizia e Remédios, que me proporcionaram grandes experiências durante o período do projeto de extensão e da monitoria.

Ao meu orientador Admilson Almeida, do qual tive o prazer de ser sua monitora, e pela contribuição e orientação nesta pesquisa.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram para consecução deste sonho!

“Vinde a mim, vós todos que estão aflitos
sob o fardo, e eu vos aliviarei.”
(Mt, 11: 28)

RESUMO

O avanço da ciência e da bioética proporcionou o advento das técnicas de reprodução humana assistida, das quais possibilitam a procriação de casais ou indivíduos impossibilitados de exercerem a paternidade e/ou maternidade em razão de problemas de infertilidade ou esterilidade. Assim, em vista das transformações da entidade familiar e do surgimento da família homoafetiva, induz-se pela necessidade de tutelar o direito a parentalidade dos casais homoafetivos assegurando-lhes a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Desta forma, a pesquisa tem como objetivo geral tratar acerca da possibilidade de casais homoafetivos utilizar-se dos meios de reprodução humana assistida e os efeitos jurídicos decorrentes. Para tanto, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, e como método de procedimento, o monográfico e histórico, além de fazer uso da técnica de pesquisa bibliográfica. Abordar-se a respeito das técnicas de reprodução humana assistida, delimitando conceitos, espécies, princípios norteadores e demonstrando as implicações jurídicas decorrentes, bem como a ausência de legislação específica para tratar a respeito das transformações biotecnológicas. Pondera-se acerca da existência da relação homoafetiva no ordenamento jurídico pátrio, reportando os direitos da personalidade relacionados ao sexo, a diversidade sexual, bem como enfatizando a respeito da relação homoafetiva e suas consequências no Direito de Família. Discorrer-se-á sobre a utilização da reprodução humana assistida nos casais homoafetivos, vislumbrada sobre o viés da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios constitucionais, analisando a possibilidade dos casais homoafetivos conceberem o sonho da paternidade e/ou maternidade por meio dessas técnicas, bem como ressaltando os efeitos jurídicos decorrentes dessa utilização. Como resultado, resta evidenciado a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida pelos casais homoafetivos, desde que tal utilização seja pautada na observância do princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do melhor interesse do menor, bem como respaldando-se nos princípios constitucionais da igualdade e da proibição de qualquer discriminação em razão da orientação sexual. Outrossim, concluir-se-á pela necessidade de elaboração de uma legislação específica para prover acerca da regulamentação da utilização das técnicas de reprodução humana assistida nos casais homoafetivos, delimitando sua aplicabilidade e seus efeitos jurídicos.

Palavras-chaves: Reprodução humana assistida. Direito de Família. Parentalidade. Dignidade da pessoa humana. Casais homoafetivos.

ABSTRACT

The advance of Science and of bio-ethics has caused the emergence of the assisted human reproduction techniques, which made possible the procreation of couples formed by individuals who were not able to exercise their paternity and/or maternity due to infertility and sterility problems. Thus, taking in account the transformations of the familiar entity and the emergence of the homo-affective family, urgent is the need to protect the right to parenting of the homo-affective couples, assuring them the utilization of the assisted human reproduction techniques. That way, the research aims at discussing the possibility for homo-affective couples to use the means of assisted human reproduction and the arising legal effects. For such, it was used the deductive approaching method, and as procedure methods, the monographic and historical ones, besides using the bibliographic research technique. It talks about the assisted human reproduction techniques, delimitating concepts, species, guiding principles, and demonstrates the legal implications arising from them, as well as the lack of specific legislation to treat about the bio-technological transformations. It is reasoned about the existence of the homo-affective relation in the national legal system, reporting the personality rights that relate to gender, sexual diversity, as well as emphasizing about the homo-affective relation and its consequences towards Family Law. It will be discoursed about the utilization of the assisted human reproduction of the homo-affective couples, glimpsed through the mirror of the human person's dignity and of the other constitutional principles, analyzing the possibility for homo-affective couples to conceive the dream of paternity and/or maternity through those techniques, as well as detaching the legal effects arising from that practice. As a result, it has been evidenced the possibility of using the assisted human reproduction techniques by the homo-affective couples, since that practice is guided by the human person's dignity principle, by the responsible paternity, by the child/adolescent's best interest principle, as well as being guided by the constitutional principles of equality and of the prohibition of all sorts of discrimination due to sexual orientation. Likewise, it will be concluded that there is a need of elaborating a specific legislation in order to provide the regulation of the use of the assisted human reproduction techniques by homo-affective couples, delimitating their applicability and legal effects.

Key-words: Assisted human reproduction. Family law. Parenting. Human person's dignity. Homo-affective couples.

LISTA DE ILUSTRAÇÃO

Ilustração nº 01- Tabela retratando a existência de casais homoafetivos em domicílios brasileiros	47
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CFM - Conselho Federal de Medicina

CID-10 - Classificação internacional de doença e de problemas relacionados à saúde

FIVETE - Fertilização *in vitro* e Transferência de Embriões

ICSI - Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	15
2.1 CONCEITO E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	15
2.2 PRINCÍPIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	21
2.3 A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	26
3 A RELAÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	31
3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM RELAÇÃO AO SEXO	31
3.2 A DIVERSIDADE DOS TIPOS SEXUAIS	36
3.3 A RELAÇÃO HOMOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA ...	40
4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS PARA OS CASAIS HOMOAFETIVOS.....	46
4.1. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA	46
4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR DO CASAL HOMOAFETIVO	50
4.3 O DIREITO A PATERNIDADE E A MATERNIDADE NA RELAÇÃO HOMOAFETIVA VIABILIZADA PELA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS .	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS.....	65
ANEXO A - RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/2013	71
ANEXO B- SENTENÇA DA COMARCA DE SÃO PAULO PROFERIDA PELO JUIZ FABIANO EDUARDO BASSO	79
ANEXO C- SENTENÇA DA COMARCA DE RECIFE PROFERIDA PELO JUIZ CLICÉRIO BEZERRA E SILVA.....	83

1 INTRODUÇÃO

O progresso da ciência e da bioética desencadeou o surgimento de vários benefícios para humanidade, destacando-se a reprodução humana assistida como método procedimental viável para a consecução do projeto parental aos casais ou indivíduos detentores de anomalias genéticas em razão de problemas como infertilidade e esterilidade, dentre os quais destacam-se os casais formados por indivíduos do mesmo sexo, que são inférteis por natureza, em razão de suas condições peculiares.

Nessa conjuntura, o surgimento do método artificial de reprodução humana assistida possibilita a procriação de casais ou pessoas impossibilitadas de gerir por meios naturais, delimitando-se em aspectos legais e sociais da manipulação da vida humana, e levando-se em consideração a personalidade da pessoa humana e as relações familiares sob uma nova perspectiva de mudanças sociais, jurídicas, morais e éticas.

Assim, imerso nas transformações da entidade familiar e na difusão da família homoafetiva, emerge a necessidade e o dever do ordenamento jurídico pátrio tutelar tais relacionamentos, em especial no que refere-se ao exercício da parentalidade por intermédio da reprodução humana assistida, haja vista a impossibilidade desses casais reproduzirem pelos métodos biológicos.

A problemática circunda em torno da possibilidade dos casais homoafetivos utilizarem-se dos métodos de reprodução humana assistida para garantir o direito a paternidade e/ou maternidade, delineando os efeitos jurídicos provenientes da utilização deste procedimento, em razão da eminente carência legislativa.

A pesquisa objetiva verificar a possibilidade de casais homoafetivos utilizar-se dos meios de reprodução humana assistida e os efeitos jurídicos decorrentes de tal utilização, como também identificar as principais técnicas de reprodução humana assistida e delinear a evolução da estrutura da entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando aspectos históricos, culturais e sociológicos que ocasionaram as modificações da conjuntura da família e o surgimento da família homoafetiva, assim como apontar a existência de controvérsias e ressaltar a necessidade de formulação de uma legislação específica.

Para realização do presente trabalho monográfico, adotar-se-á como metodologia de abordagem o método dedutivo, uma vez que sob uma abordagem genérica, aproxima-se de uma premissa particular da problemática. No que refere-se ao método de procedimento utilizar-se-á para concretização do trabalho o método monográfico (em razão do estudo da temática obedecer a metodologia proposta), o histórico evolutivo (tendo em vista que se fará uma breve análise da evolução histórica da estrutura familiar e sua atual conjuntura pautada em princípios e valores) e o exegético jurídico (haja vista que far-se-á uma análise da legislação relativa a temática). A técnica de pesquisa que utilizar-se-á é a bibliográfica, pois com intuito de solidificar uma maior base teórica a respeito do tema tratado, far-se-á utilização de doutrinas, revistas jurídicas, artigos científicos, de legislação, como a Constituição Federal e o Código Civil, de regulamentos administrativos como a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Nacional de Medicina, além de entendimentos judiciais, prolatadas em juízos de primeiro grau.

Para uma melhor abordagem da pesquisa realizada, estruturar-se-á o presente trabalho monográfico em três capítulos: o primeiro trata das técnicas de reprodução humana assistida, delimitando aspectos conceituais e descrevendo acerca de suas principais espécies, demonstrando os princípios que norteiam tal utilização, bem como enfatizando a existência de controvérsias jurídicas e doutrinárias, em virtude da ausência de legislação específica para tratar a respeito das inovações biotecnológicas.

No segundo capítulo, discorrer-se-á a respeito da relação homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando os aspectos sexuais da formação pessoal do ser humano, os direitos da personalidade interligados ao sexo e a diversidade de orientações sexuais, assim como retratando acerca da reprodução humana assistida e suas implicações no hodierno cenário de construção e efetivação do Direito Familiar.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á acerca da formação da família homoafetiva, discutindo a possibilidade de utilização da reprodução humana assistida desses casais, sob o condão das prerrogativas resguardadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana atrelada ao princípio do melhor interesse do menor e aos demais princípios constitucionais, ressaltando-se a necessidade de regulamentação específica e discutindo a possibilidade ou não dos parceiros

homoafetivos conceberem filhos através da utilização de tais técnicas, bem como destacando os efeitos jurídicos decorrentes dessa utilização.

2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O desenvolvimento da ciência com o transcorrer das épocas vêm ocasionando diversas mutações no que diz respeito à conjuntura da sociedade, haja vista o advento de novos paradigmas e percepções no meio social e jurídico.

Desta forma, em meio à tamanha diversidade, destaca-se como relevante avanço científico, à possibilidade de procriação da humanidade através de técnicas procedimentais, fazendo renascer para o homem uma habilidade que em tempos remotos só poderia ser concretizada por intermédio da reprodução por meios naturais.

Assim, percebe-se visivelmente que o desenvolvimento da biotecnologia modificou as considerações até então existentes acerca da maternidade e paternidade que até o momento eram visualizados no ambiente social como matéria relacionada à reprodução por métodos naturais.

Neste contexto, em razão dos avanços tecnológicos faz-se surgir à reprodução humana assistida como método artificial voltado para procriação de seres humanos por casais ou indivíduos que almejam o nascimento de filhos para a concretude do seio familiar, mas que veem-se impossibilitados em razão de problemas de infertilidade ou esterilidade.

Deste modo, com o escopo de delimitar acerca do instituto da reprodução humana assistida, faz-se necessário a demonstração de sua delimitação conceitual, espécies, princípios da reprodução humana, bem como da sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 CONCEITO E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida refere-se a um conjunto de técnicas e procedimentos utilizados para a consecução da vida biológica por intermédio de métodos artificiais, buscando proporcionar a viabilização do surgimento de um ser humano através da conjunção de gametas masculinos e femininos por técnicas

artificiais, quando for verificada a existência de problemas de infertilidade e esterilidade do casal ou de um indivíduo.

Neste sentir, elenca Albano (2006, p. 201) acerca da conceituação da reprodução humana assistida, considerando-a como “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.

A reprodução humana assistida é decorrente dos avanços da bioética e objetiva por intermédio de sua utilização facilitar a reprodução humana por meios de técnicas artificiais que amparam os indivíduos detentores de problemas de infertilidade, de modo que “permite a geração da vida, independentemente de ato sexual, por método artificial, científico ou técnico” (DIAS, 2006, p.302).

Nota-se assim, que o procedimento da reprodução assistida trata-se de um método artificial que busca a concretização do direito de paternidade e/ou maternidade com o intuito de amenizar ou mesmo reparar as anomalias advindas do organismo humano, e conseqüentemente, buscar solucionar controvérsias relativas à reprodução humana. Seguindo tal entendimento, externa França (1998, p. 207) acerca da conceituação da reprodução humana assistida:

A reprodução humana assistida são procedimentos que contribuem para resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da fertilidade desejada.

Percebe-se que a reprodução humana assistida almeja tutelar o direito de filiação inerente aos indivíduos que por razões de ordem fisiológicas se vejam impossibilitados de procriarem de maneira natural, respeitando assim o direito ao devido planejamento familiar tutelado no artigo 226, §º7 da Constituição Federal de 1988. Pactuando com o mencionado sustenta Vasconcelos (2006, p.142) que:

[...] atrelado a palavra reprodução humana encontra-se intrínseco um significado de caráter subjetivo, a possibilidade de o ser humano dar continuidade à espécie, deixando um legado de sua existência neste mundo, e isto está ligado a sua dignidade [...].

É assente ressaltar que a consecução da feitura de tal procedimento de reprodução humana assistida, pode realizar-se de diversos modos, tais como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, a gestação da mãe de substituição e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), cabendo destacar, que dentre estas as mais utilizadas são a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*. Desde modo, através da intervenção de tais procedimentos torna-se verdadeiramente possível o respeito à dignidade do indivíduo de exercer seu direito a filiação.

Em relação às técnicas mencionadas, a que toma maior proporção de utilização é a fecundação *in vitro* que trata-se de procedimento realizado por médicos especialistas, consistindo na retirada dos gametas sexuais do casal, e consequente fertilização do material genético em ambiente externo ao útero da mulher, para só após a fecundação, implantar o ovo ou zigoto no organismo da mulher. Acerca de tal procedimento, elenca Wider (2007, p.08):

A técnica de fertilização *in vitro* consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora.

Desta feita, cumpre salientar ainda, que a técnica de fertilização *in vitro* é conhecida como fertilização *in proveta*, na medida em que é decorrência de experiências realizadas em tubos de ensaios. Por outro lado, a quem considere a técnica de fertilização *in vitro* como fivete, e acerca de tal procedimento elucida Machado (2005, p.40):

A Fivete é utilizada nos casais estéreis, em consequência, na sua maioria, de esterilidade da mulher (pelo obstáculo que impossibilita o encontro dos gametas, definida como esterilidade tubária), ou, no caso dos espermatozoides serem destruídos no organismo feminino (esterilidade imunológica, que ocorre raramente), bem como, quando o número ou a sobrevivência dos espermatozoides normais são insuficientes, e ainda, para os casos de esterilidade de origem desconhecida.

Constata-se assim, que a utilização da fertilização *in vitro* é de grande valia, tanto para as mulheres detentoras de anomalias reprodutivas, bem como para os homens, haja vista a complexidade e alcance dos resultados e benefícios decorrentes de tal procedimento.

É consistente salientar que acerca de tal modalidade de reprodução humana assistida verifica-se controvérsias relacionadas à situação dos embriões excedentários, em razão dos embriões que não são utilizados ficarem mantidos congelados nas clínicas especializadas, causando bastante onerosidade para proporcionar sua manutenção, e em contrapartida, não podendo ser descartados para não atentar a proteção instituída pela Constituição Federal à respeito do patrimônio genético.

Tais embriões devem permanecer congelados, em virtude de que o Estado não pode obrigar sua implantação genética, tão pouco a sua doação para outro casal solicitante (VIEIRA; FÉO, 2009). Por outro lado, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) possibilita a utilização dos embriões excedentários para realização de pesquisas com células-tronco, desde que os embriões excedentários estejam congelados por um período superior a três anos e contanto que haja autorização dos titulares do material genético.

Em face do exposto, nota-se visivelmente a existência de obstáculo, no que tange a admissão da destruição dos embriões excedentários, pois com fulcro na Constituição Federal representam elementos do patrimônio genético brasileiro, de modo que devem ser congelados apenas com o intuito de serem utilizados em técnicas de reprodução artificial ou em pesquisas científicas.

Diferentemente da técnica supramencionada, a técnica de inseminação artificial, traduz-se na reprodução assistida advinda da introdução do gameta masculino na cavidade uterina da mulher ou mesmo em seu órgão sexual, sem que haja a existência de prática de ato sexual, deste modo, torna-se possível através da ejaculação do material genético masculino e posterior inserção por meio de procedimento adequado. Assim, no que tange a inseminação artificial, demonstra elucidamente Ferraz (2011, p. 43-44)

A inseminação artificial, como técnica de reprodução humana assistida, importa na substituição da relação sexual, onde ocorreria a fecundação, tratando-se de pessoas saudáveis, pela união do sêmen ao óvulo, sendo auxiliar ao processo reprodutivo, deficiente em alguma de suas etapas. Foi a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos, sendo que seu sucesso dependerá do cálculo exato da ovulação, pois o material germinativo masculino é introduzido no útero, devendo se desenvolver naturalmente a gestação. Portanto, a fecundação deve ocorrer dentro do corpo da mulher.

A inseminação artificial pode ocorrer de duas formas, quais sejam na modalidade homóloga e heteróloga. A primeira ocorre quando o material genético utilizado pertencer ao casal beneficiário da técnica de reprodução assistida, ou seja, dos próprios cônjuges ou companheiros, já na modalidade heteróloga os materiais genéticos são advindos de sujeitos diversos dos que compõem a relação afetiva, seja em vista da ausência de companheiro (a), ou em vista de critérios naturalísticos que impossibilitem tal procriação por causa da infertilidade ou esterilidade, ou mesmo levando-se em consideração tratasse de casal formado por indivíduos do mesmo sexo.

Neste sentido, Goncalves (2011, p.18) sedimenta no seguinte sentido:

A inseminação artificial pode ser homóloga, ou “auto-inseminação”, quando realizada com sêmen proveniente do próprio marido ou companheiro. Esta técnica, como se pontuará, é a que oferece menor índice de inquietação na doutrina e jurisprudência, porque não há alteração das estruturas jurídicas, uma vez que se coadunam a paternidade biológica e a legal. De outra banda, a modalidade de inseminação conhecida como heteróloga, ou “heteroinseminação”, gera maiores indagações jurídicas, como também se demonstrará; isto porque é realizada com o esperma de uma terceira pessoa, ordinariamente chamado de “doador”.

Em decorrência de tais possibilidades, percebe-se com base no disposto, que as questões relativas à reprodução humana assistida homóloga detém no ordenamento jurídico brasileiro uma proporção menor de conflitividade, diferentemente, da reprodução humana assistida heteróloga que ainda ocasiona interpretações conflituosas decorrentes do pensamento conversador de parcela da sociedade, trazendo à baila, conflitos éticos e culturais.

Outra técnica de reprodução humana assistida é a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) que dá-se por intermédio da aplicação de uma injeção de espermatozoides inserido diretamente no óvulo através de uma agulha.

Diametralmente ao que refere-se a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), resguardasse que trata-se de técnica propicia para utilização em casos de infertilidade masculina, provenientes de produção de baixa quantidade ou mobilidade de espermatozoide, ou mesmo de problema no momento da obtenção da ejaculação (CRUZ, 2006).

Quanto à gestação da mãe de substituição, vislumbra-se sua ocorrência quando uma terceira pessoa diversa dos doadores do material genético carrega em

seu útero embrião proveniente de reprodução humana assistida heteróloga, para permitir o desenvolvimento do embrião em seu corpo, tendo em vista a existência de situações que independem o desenvolvimento do embrião no útero da mãe genética.

Para Ferraz (2011, p.44), a reprodução humana assistida por meio da mãe de substituição corresponde a:

Não se trata de uma técnica biológica, mas, sim, da utilização de mulheres férteis, que se dispõem a carregar o embrião durante o período da gestação, pela impossibilidade física da mulher que recorreu aos centros de reprodução de suportar o período gestacional.

Neste sentido, apesar da mãe de substituição ser popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, é assente destacar que no ordenamento jurídico pátrio, tal método não pode ser utilizado com fins econômicos, sendo vedada qualquer disposição que atribua fins lucrativos para a asseguarção de tal procedimento.

Por outro lado, ainda a respeito da mãe de substituição, é importante frisar que com a finalidade de precaver possíveis litígios acerca da filiação da criança após o nascimento, a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina trouxe em seu bojo a determinação de que a mãe de substituição deve manter parentesco de até 4º grau com a doadora do material genético, só havendo a possibilidade de abarcar outras situações quando for expressamente autorizado pelo Conselho Regional de Medicina.

No entanto, cabe frisar que apesar de tal previsão tal resolução não tem carácter de lei genérica, insurgindo assim insegurança jurídica acerca de diversas situações que necessitam de amparo no que refere-se, principalmente, a questão relativa a concreta constituição do direito de filiação.

Desta forma, resta demonstrado as principais peculiaridades das principais técnicas de reprodução humana assistida, percebendo-se que em virtude da ausência de uma regulamentação específica já vislumbra-se visível a existência de várias conflitividade no âmbito jurídico.

2.2 PRINCÍPIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A inovação das técnicas de reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro fez surgir à necessidade de tutelar-se os direitos e prerrogativas advindos com tais avanços, neste prisma ressurgem a necessidade veemente de aplicar os princípios constitucionais e infraconstitucionais de maneira genérica e individualizada a cada caso concreto.

Tais preceitos principiológicos mostram-se necessários em face da grande relevância que lhe é mensurado, haja vista serem detentores de força normativa e funcionarem como mandamentos fundamentais capazes de interpretar e valorar relações jurídicas levando-se em consideração as normas aplicáveis no ordenamento jurídico, bem como a realidade social vigente.

Neste sentir, elenca o exímio constitucionalista Bonavides (2001, p. 204) acerca da importância dos princípios no regimento das relações jurídicas em consonância com o ordenamento jurídico:

são aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Nota-se assim, que os princípios caracterizam-se como elementos primordiais para efetiva aplicabilidade do direito condizente com a mutabilidade social, buscando assim alcançar a justiça social e desvincular-se de valores ultrapassados que não condiz mais com a hodierna conjuntura da atual realidade social em face do ordenamento jurídico.

Neste diapasão, advém como fundamento da magnitude da matéria relativa aos princípios aplicáveis a reprodução humana assistida, o princípio da dignidade da pessoa humana do qual encontra-se expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e está diametralmente relacionado ao direito a parentalidade dos indivíduos por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida, visto que respeita o direito de procriação inerente aos indivíduos.

Nessa dimensão, salienta Moraes (2009, p. 52) acerca da dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Assim, com fundamento em tal princípio nota-se que o direito de procriação através das técnicas de reprodução humana assistida é inerente à dignidade da pessoa humana, em virtude de que assegura aos indivíduos o direito a visível realização da concretização do sonho da paternidade e/ou maternidade, e por outro lado, também resguarda os direitos das crianças advindas de tais técnicas, assegurando-lhe as prerrogativas de um ambiente familiar saudável e adequado, restando demonstrado que a utilização de tais procedimentos sempre devem ser pautada na efetiva responsabilidade dos parceiros que se utilizem de tais procedimentos.

Neste lume, encontra-se demonstrando de maneira visível que o princípio da dignidade da pessoa humana refere-se a uma categoria relevante do ordenamento jurídico brasileiro, neste sentido posiciona-se Dias (2010, p.63) a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Desta forma, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana representa uma fonte primordial para assegurar a realização de tais técnicas, no entanto, devem sempre restar resguardados os elementos do afeto e da solidariedade nas relações familiares, cabendo ressaltar que tal princípio constitui o fundamento dos demais princípios que resguardam as prerrogativas atinentes a reprodução humana assistida.

Doutra banda, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana advém o princípio da igualdade que é previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988, que traz em seu bojo o atributo da igualdade entre indivíduos, o que induz a possibilidade de asseguarção do direito a paternidade e a maternidade daqueles que sejam impossibilitados fisiologicamente de procriar, funcionando assim como corolário de inclusão social dos indivíduos e instrumento de asseguarção da efetividade dos ditames do Estado Democrático de Direito, possibilitando a viabilidade da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Deste modo, levando-se em consideração o princípio da igualdade elucidada Sapko (2008, p.81):

Limitar o exercício do direito de paternidade ou maternidade, por via da reprodução humana medicamente assistida, aos casos em que a criança, além de desejada, seja “necessária”, não só é uma prática excludente e discriminatória como inócua, já que a alegada necessidade nenhuma garantia trará de que este novo ser será tratado com amor ou que terá genitores mais responsáveis, preparados e capazes de lhe dar condições de desenvolvimento sadio e integral.

Neste prisma, nota-se que com base nos fundamentos do princípio da igualdade, é cabível interpretar-se pela possibilidade de assegurar a paternidade e/ou maternidade dos indivíduos que sejam impossibilitados de realizarem tal desejo de forma natural, buscando assim garantir a igualdade jurídica entre os indivíduos, sem que haja discriminação de qualquer natureza, inclusive no que refere-se à orientação sexual.

Consoante tal entendimento, ressurge também a preceituação de outro princípio de relevante importância, qual seja o princípio do pluralismo ou da não discriminação, que aduz que a igualdade jurídica deve ser voltada para uma visão diversificada da sociedade, devendo primar assim pelos direitos e garantias de todos os indivíduos, de modo a não deixar a mercê aqueles que encontram-se incluídos em grupos minoritários ou desfavorecidos perante a sociedade.

Tal princípio do pluralismo ou da não discriminação encontra sustentáculo legal no artigo 3º, IV da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se assim, de maneira clara que a interpretação extraída de tal dispositivo denota visivelmente que os juristas devem respeitar as diferenças e desigualdades existentes entre os indivíduos, o que induz o dever de respeito ao direito daqueles que encontra-se inviabilizados de realizarem o desejo de paternidade e/ou maternidade utilizar-se como meio terapêutico das técnicas artificiais de procriação.

Ademais, também demonstra que o respeito ao princípio do pluralismo ou da não discriminação, possibilita a extensão do direito de procriação até mesmo para os casais homoafetivos, haja vista que estes, da mesma forma dos casais heteroafetivos encontram-se impossibilitados de concretizarem tal realização em face de problemas fisiológicos que são acometidos em razão da impossibilidade da realização da reprodução por intermédio de meios naturais.

Nessa conjuntura sustenta Hesse (1991, 22-23):

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Do entendimento exarado acima se extrai que o aplicador do direito deve interpretar a norma de maneira condizente com a realidade social, abarcando assim toda diversidade de seres, e conseqüentemente, respeitando o princípio do pluralismo e da não discriminação, haja vista que se utilizando da hermenêutica jurídica interpretativa tornaria plenamente possível de aplicarem-se as normas e prerrogativas com base na não discriminação e na igualdade jurídica, o que implicaria na possibilidade de utilização de tais procedimentos pelos casais formados por indivíduos do mesmo sexo.

Neste contexto, aponta-se também como prerrogativa condizente a reprodução humana assistida, o princípio da dignidade atrelado ao direito fundamental ao planejamento familiar, sobre o qual encontra-se visivelmente previsto na Constituição Federal que é lucida no seu artigo 226, §7º ao assegurar a todos o direito a paternidade responsável, bem como ao planejamento familiar de

livre decisão do casal, de modo que assegura que o Estado deve prestar os recursos e atenção necessária para a consecução de tal objetivo.

Assim, perluastra que o direito ao planejamento familiar trata-se de sucedâneo da própria dignidade dos indivíduos, visto que é assegurada por intermédio da própria Constituição a possibilidade imanente a todo indivíduo de ver-se concretizado sua idealização de exercer a maternidade e /ou paternidade, devidamente assistida pelo ente estatal.

Frente a isso, resvala-se que a reprodução humana assistida caracteriza como um dos meios adequados para a possibilidade de exercer o direito a parentalidade, em virtude de trata-se de uma técnica amplamente utilizada para coibir anomalias genéticas e possibilitar a concretização do sonho da paternidade e/ou maternidade, no entanto, a utilização de tal procedimento deve ser previamente analisada a luz da dignidade da pessoa humana, “o que implica a assertiva de que o direito a reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do direito de família, devendo ser avaliado previamente” (GAMA, 2003, p.450).

Compulsando tal entendimento ressurgue a necessidade de que a reprodução humana assistida seja sempre condizente ao princípio da proteção integral do menor, tendo em vista que só é possível assegurar o respeito integral aos preceitos constitucionais se houver a observância dos direitos relacionados ao homem, a mulher ou casal solicitante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, bem como da conseqüente observância da criança que será gerada por meio de tal procedimento.

Neste contexto, deve-se sempre observar a utilização de tais técnicas voltada para os indivíduos de maneira generalizada, de modo que deverá atender aos ditames da dignidade dos indivíduos solicitantes, assim como dos indivíduos que serão advindos.

Assim, a constituição familiar surgida através da implementação de tais técnicas deve ser primada na responsabilidade de seus membros e constituída sobre o manto da afetividade, devendo sempre resguardar a educação e o respeito à figura da criança gerada de tal relacionamento.

Do exposto, a respeito da proteção integral do menor elenca Peromm Neto (1992, p.15):

A extraordinária expansão com conhecimento científico sobre a infância e a adolescência, nas últimas décadas, tanto nos âmbitos psicológico e social como nos domínios genético e biológico, tem servido para reiterar a importância decisiva que essas fases da vida humana desempenham na construção de personalidades sadias (ou desajustadas e problemáticas) e, ao mesmo tempo, para justificar de sobejo as preocupações da família, da escola e de outras instituições sociais com fatores, condições e influências que facilitam ou prejudicam o desenvolvimento humano.

Deste modo, importa salientar que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve ser devidamente conscientizada com o respectivo respeito a identidade e desenvolvimento do ser que será gerado por tais procedimentos, de modo a assegurar a consecução do respeito mútuo da dignidade dos indivíduos solicitantes da técnica e dos indivíduos gerados.

Do exposto, torna-se elucidativo que os juristas devem recorrer a aplicabilidade dos princípios constitucionais e infraconstitucionais como fontes primordiais para implementação da hodierna conjuntura do direito familiar, e conseqüente, possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida e sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, pois os preceitos principiológicos são detentores de força normativa capaz de adequar o direito a realidade social vigente.

Assim, é grande relevância que haja observância de tais princípios de maneira simultânea, possibilitando assim a possibilidade de realizar-se a consecução do projeto parental por intermédio da utilização das diversas técnicas de reprodução humana assistida.

2.3 A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As técnicas de reprodução humana assistida tem por objetivo combater a esterilidade e a infertilidade por intermédio de procedimento médico que possibilite ao indivíduo a asseguarção do objetivo pretendido, assim se lida diretamente com aspectos legais e sociais da manipulação da vida, haja vista que engloba matérias pertinentes aos direitos da personalidade, aos direitos de família, além dos direitos patrimoniais decorrentes de tais relacionamentos, o que enfatiza a pertinência

temática da matéria relativa à utilização de tais técnicas de reprodução humana assistida.

Outrossim, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro apesar da diversidade de utilização de tais técnicas no Brasil, inexistente uma legislação específica para tratar de tal tema, vislumbrando assim uma verdadeira carência legislativa. Em contrapartida, tais procedimentos são constantemente realizados tendo por base as resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), qual seja, a resolução nº 2.013/2013 que enseja um arcabouço meramente ético direcionado para os profissionais da medicina, bem como com fulcro na Lei 11.105/05 (Lei de biosegurança).

Neste lume, malgrado a inexistência de legislação específica para tratar da temática a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 7º assegura expressamente o direito e a garantia ao planejamento familiar dispondo que:

Art. 226 da CF/88: 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

Percebe-se assim, que o direito do indivíduo ao planejamento familiar é expressamente assegurado pela Constituição, haja vista que a norma reproduzida no artigo supracitado, juntamente com os demais preceitos constitucionais demonstram o protecionismo conferido pela Constituição aos direitos reprodutivos, desta forma diametralmente a Constituição também protege a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em virtude de estas proporcionarem a consecução da realização do projeto parental, no entanto, resguarda que tal utilização respeite as prerrogativas e princípios constitucionais.

Por outro lado, importa salutar o tratamento dado os métodos de reprodução assistida pelo Código Civil de 2002 que traz de maneira simplificada a previsão de tais métodos no que diz respeito a algumas hipóteses de presunção de paternidade, tratando assim a respeito da filiação. Tal previsão encontra respaldo no artigo 1.597, incisos III, IV e V do Código Civil de 2002 que dispõe:

Art. 1.597 do CC/02: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Diante do dispositivo supratranscrito resta demonstrado que o legislador preocupou-se em trazer à baila do ordenamento jurídico brasileiro a tutela superficial de alguns institutos inerentes aos avanços científicos das técnicas de reprodução humana assistida. No entanto, tal previsão normativa não se mostra suficiente para alcançar as diversas problemáticas advindas com as modificações do biodireito, tampouco alcança a necessidade da realidade social, haja vista que a previsibilidade trazida por tais dispositivos é restrita, o que faz surgir uma ampla necessidade de uma legislação específica para tratar das peculiares restritas a temática. Neste sentido, elucida Venosa (2007, p.256) que “o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”.

Assim, nota-se que apesar da intencionalidade do legislador ao inovar trazendo no bojo do Código Civil de 2002 algumas peculiares a respeito dos métodos de reprodução humana assistida, tais dispositivos mostram-se insuficientes para abarcar todas as problemáticas advindas da utilização de tais procedimentos.

Doutra banda, como já frisado, atualmente inexiste no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica para tratar a respeito da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, de modo que a grande parte dos procedimentos que necessitam da utilização de tais técnicas, são regulamentados por prerrogativas ordenadas pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM), sobre a qual revogou a Resolução nº 1.957/10, e trata de normas éticas a serem respeitadas pelos profissionais de medicina na utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

No entanto, tais normas não contem qualquer carácter normativo ou mesmo vinculante para o aplicador do direito, de modo que, havendo desrespeito a tais normas não há a previsão a qualquer sanção penal, sendo estabelecido apenas sanção disciplinar/ administrativa para o médico que desrespeito as normas confeccionadas pela resolução.

Assim, importa-se mencionar algumas alterações advindas com a publicação da resolução nº 2.013/2013, das quais se destacam a possibilidade de utilização de tais procedimentos por casais de mesmo sexo, reservado o direito a livre orientação do médico; disposições acerca da doação compartilhada de óvulos, impondo idade máxima de 35 (trinta e cinco) anos para mulher e 50 (cinquenta) anos para homens, bem como estabelecendo normas específicas para tratar de tais procedimentos, assim como elucida o item 9 do capítulo IV (Doação de gametas ou embriões) da Resolução 2.013/2013 que elenca o seguinte:

9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de ovócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

Constituem também visíveis atualizações, a previsão de idade máxima de 50 (cinquenta) anos para utilização de tais procedimentos; a inovação sobre a qual passou a gestação de substituição a abarcar o parentesco consanguíneo até 4º(quarto) grau, revogando a disposição da resolução anterior que restringia o parentesco ao 2º(segundo) grau, além da previsibilidade que possibilita que o paciente detentor do embrião possa escolher o destino destes, quais sejam a doação para pesquisas com células-tronco ou doação para outro paciente.

Do exposto, percebe-se que a inovação mais vanguardista trazida pela supramencionada resolução, fora sem dúvida a permissão de utilização das técnicas de reprodução humana assistida aos relacionamentos homoafetivos, trazendo, no entanto o direito da objeção de consciência do médico, o que de certa forma restringiu a possibilidade da utilização de tais procedimentos, e conseqüentemente apenas renovou os ensejos da necessidade da propositura de uma legislação específica, haja vista que a carência ocasiona diversas controvérsias no âmbito jurídico, pois é plenamente sabido que tal resolução, apesar de sua concreta importância não detém força de lei, vinculando apenas os profissionais que a ela devem respeito.

Importa frisar também que a Lei 11.105/05(Lei de Biossegurança) não trata expressamente acerca da temática de reprodução humana assistida, no entanto traz disposições a respeito da utilização de células-troncos que sejam advindas de

embriões excedentários das técnicas de fertilização in vitro. Neste sentido, elenca o artigo 5º, inciso I e II da Lei 11.105/05:

Art. 5º da Lei 11.105/05: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Percebe-se assim, que a referida lei trata de maneira restritiva a respeito do tema, limitando-se apenas a problemática dos embriões excedentários, e sua consequente utilização para pesquisas de células-troncos, tendo o dispositivo mencionado, sido considerada plenamente constitucional com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 3.510), que constatou a inexistência de qualquer violação a Constituição Federal de 1988, bem como a possibilidade de utilização dos embriões excedentários para realização de pesquisas..

Do exposto, nota-se que ante a ausência normativa, vem sendo amplamente utilizadas as disposições contidas na Resolução do Conselho Federal de Medicina, no entanto, a despeito desta não estabelecer normas de caráter vinculante, torna-se visivelmente necessária a feitura de uma legislação que regulamente especificamente a respeito da temática.

Desta forma, elucida-se que a inexistência de uma regulamentação específica para tratar das questões relativas à utilização das técnicas de reprodução humana assistida enseja o surgimento de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, ocasionando uma verdadeira desordem e insegurança para as relações jurídicas que ficam a mercê de tal ausência.

3 A RELAÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A orientação sexual dos indivíduos é dimensionada pelo liame da atratividade e da afetividade estabelecida entre os sujeitos, neste ângulo, os relacionamentos homoafetivos, tratam-se de relações estabelecidas entre indivíduos detentores de sexualidade semelhante, pautando-se na solidariedade, na confiança, no mútuo respeito e no afeto existente entre seus pares.

É notório que a propagação de tais relacionamentos, vem ocasionando o surgimento de políticas sociais e jurídicas tendentes a combater os antigos dogmas e preconceitos estigmatizados por uma sociedade patriarcal e patrimonialista até então existente.

No entanto, é coerente afirmar que o legislador pátrio ainda encontra-se em estágio de amadurecimento em relação ao dimensionamento desta temática, o que, conseqüentemente, deflagra na inexistência de preceitos normativos específicos, que sejam aptos para evitar celeumas jurídicas em relação à problemática.

Desta forma, em virtude da ausência de legislação específica e almejando assegurar e concretizar os direitos destes casais torna-se necessário a observância dos direitos da personalidade inerentes a tais indivíduos sob o prisma da hodierna amplitude do direito civil constitucionalizado, para só então poder regularizar as relações jurídicas de tais casais.

Neste sentir, faz-se plenamente necessário traçar prerrogativas a respeito dos direitos da personalidade vislumbrando a formação sexual; demonstrar a diversidade dos tipos sexuais; bem como tratar a respeito da moderna conjuntura do direito de família em relação a tais prerrogativas.

3.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM RELAÇÃO AO SEXO

Com o advento do Estado Democrático de Direito, as relações jurídicas passaram a ser visualizadas sob uma moderna dimensão, de modo que, o indivíduo passou a ser vislumbrado como sujeito detentor de direitos, em virtude da amplitude

dos reflexos provenientes do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade entre os seres.

O processo de constitucionalização dos direitos inerentes aos indivíduos influenciou na propagação e surgimento dos direitos da personalidade, que passaram a ter previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerados como direitos que dignificam o homem (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.181).

Desta forma, vislumbra-se que os direitos da personalidade atribuem ao indivíduo inúmeras prerrogativas, dando a titularidade de direitos como a vida, liberdade, intimidade, ao corpo físico, e ao nome, por constituir-se como instrumento protetor inerente à própria existência do ser. Cabe ressaltar, que a utilização de tais direitos deve ser exercida nos limites estabelecidos pela lei.

A respeito da importância dos direitos da personalidade elenca Cupis (1961, p. 30):

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeita ao sujeito pelo simples e único fato de sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.

Percebe-se, quão grande é o dimensionamento de tais direitos, haja vista a importância da tutela jurídica do ser humano como sujeito de direitos, extraindo-se da conjuntura da personalidade, características como generalidade; indisponibilidade; imprescritibilidade e irrenunciabilidade, de modo que a aquisição de tais direitos independe da própria consciência do indivíduo.

A característica da generalidade se sobressai da própria capacidade jurídica prevista no Código Civil de 2002, sobre a qual determina que toda pessoa é detentora de direitos e deveres no âmbito jurídico, deflagrando-se assim expressamente a nítida amplitude da tutela de tais direitos, e conseqüentemente a ampla difusão a todos os indivíduos.

Já a indisponibilidade e a irrenunciabilidade advém da preceituação sobre a qual o indivíduo não pode transferir tais prerrogativas ao bel prazer, seja de forma gratuita ou onerosa, pois o primordial fundamento da utilização de tais direitos é

justamente a impossibilidade do sujeito abdicar de seus direitos. Neste sentir, assevera Araújo (1996, p. 45):

[...] o fundamento dessa intransmissibilidade reside no fato de que não se pode separar a honra, a intimidade do seu titular. A natureza do objeto é que torna intransmissível o bem. É da essência da vida, da honra, da imagem, da intimidade. Não se pode conceber a vida de um indivíduo sem essas características. Têm caráter de essencialidade, portanto. Poderia um indivíduo desfazer-se de sua imagem enquanto ser humano? A resposta só poderia ser negativa. Ao mesmo tempo, a imagem-atributo não pode ser separada de determinado indivíduo. Poderá ele, se pretender, modificar sua imagem. Deixar de ser visto socialmente por tal ou qual característico. Mas desfazer-se dela não será possível.

Noutro prisma, no que equivale a imprescritibilidade, aduz-se que os direitos da personalidade podem ser exercidos a qualquer tempo, independentemente de prazo prescricional, ou seja, a utilização de tais direitos ressurgem com a própria existência humana e se prolata com o decurso do tempo, diferentemente do que ocorre com o direito de indenização em decorrência da violação de tais direitos, sob o qual é sujeito a prazo prescricional.

Na contextualização dos direitos da personalidade advém a problemática do direito a livre orientação sexual e, conseqüentemente, do direito a sexualidade como delimitação da própria essência do ser humano, pois conforme ostenta os preceitos previstos no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, deve ser garantida aos indivíduos a livre orientação sexual, sendo vedada qualquer forma de conduta discriminatória.

Compactuando com tal entendimento preconiza Giorgis (2002, p. 244):

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Demonstra-se importante salientar, que o direito a livre sexualidade traduz-se em peculiaridade essencial à própria personalidade do ser humano, pois o desenvolvimento sexual de cada pessoa é proveniente da diversidade de concepções físicas e fisiológicas inerentes aos indivíduos.

Desta forma, a sexualidade ressurgiu como atributo relacionado à própria concepção do ser humano, definindo-se através do desenvolvimento biológico e psicológico do indivíduo, pela qual é aflorada levando-se em consideração as particularidades determinantes da natureza de cada sujeito.

Assim, extrai-se que diferentemente dos direitos reprodutivos, o direito a livre sexualidade é proveniente da própria liberdade sexual inerente a cada pessoa, de modo que, deve ser garantida a cada indivíduo a livre aquisição de prazeres da maneira que lhe for digna e oportuna, desde que resguarde os limites impostos pela lei.

Salienta-se que a sexualidade não se abstrai em uma única e absoluta concepção, pois o fato de homens e mulheres desempenharem sensações, fantasias e toques, não generaliza a concepção de sexualidade, pois tais expressões não esgotam a possibilidade de caracterização da amplitude da sexualidade (SANTANA, 2011, p.31).

Percebe-se que não é possível se rotular uma única sistemática conceitual para a sexualidade, pois a caracterização da sexualidade varia de acordo com o modo de viver de cada indivíduo, haja vista, constituir elemento preconizado pela personalidade individualizada de cada pessoa em sociedade.

Neste diapasão, importa mencionar que o direito a personalidade voltado à orientação sexual encontra guarida na Declaração dos Direitos Sexuais realizada em Valência (1997, *apud* CHAVES, 2012) que dimensiona em seu texto legal alguns direitos sexuais, dos quais se destacam o direito à liberdade sexual; direito a autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; o direito à igualdade sexual; e o direito a expressão sexual, dentre outros capazes de resguardar a incolumidade e o respeito à concreta orientação sexual desvinculada de discriminações e preconceitos.

Da mesma forma, fazendo menção aos direitos inerentes à personalidade da pessoa humana voltada a orientação sexual, importa trazer à baila a previsibilidade de tais prerrogativas no texto normativo da Declaração dos Direitos Humanos (1948, *online*) que elenca visivelmente em seu artigo 2º a seguinte preceituação:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

À luz deste dispositivo vislumbra-se que os direitos da personalidade são iminentemente assegurados pelos ditames dos direitos humanos e fundamentais, podendo até mesmo conduzir-se com estes em virtude da hodierna conjuntura do direito civil constitucionalizado, que se encontra resguardado no contemporâneo ordenamento jurídico.

Neste panorama, ressurgem as relações homoafetivas como relações decorrentes da livre opção sexual dos membros da sociedade, que envoltos em suas delimitações particulares resolvem estabelecer vínculos sexuais e afetivos com indivíduos detentores do mesmo sexo, de modo que, prima-se pela adequação e reformulação dos direitos da personalidade aos novos valores e costumes integrantes da ordem jurídica e social.

Seguindo este raciocínio, induz-se que é cediço que tais relacionamentos são práticas já vislumbradas em tempos remotos, no entanto, vêm ressurgindo de maneira crescente com a evolução da sociedade, ocasionando uma eminente necessidade de reformulação dos ditames valorativos e axiológicos.

Em virtude de tais alterações, os aplicadores do direito e os legisladores devem se adequar às modificações sociais, devendo ter por norte a teoria tridimensional do direito, exaltada pelo jurista Miguel Reale (1998), sob a qual sintetiza que o direito deve se aperfeiçoar a mutabilidade das relações em sociedade, pois o direito provém de um fato (acontecimento) e de um valor (juízo de valoração de condutas), resultando assim na norma (aplicação do direito com observância dos fatos e valores da sociedade).

Nota-se assim, a grande importância da observância dos direitos da personalidade para regulamentar e tutelar tais relacionamentos no âmbito social, pois tais direitos são considerados com direitos subjetivos intrínsecos aos indivíduos.

Seguindo este entendimento adverte Mattia (1979, *apud* TEPEDINO, 2003, p.32):

[...] os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja,

relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.

Diante disso, sabendo-se que os relacionamentos homoafetivos, assim como os relacionamentos heteroafetivos são ordenados em face do companheirismo e da convivência mútua, devem ter seus direitos da personalidade plenamente respeitados, garantindo-se o respeito à liberdade sexual, bem como o consequente direito a igualdade e ao planejamento familiar.

3.2 A DIVERSIDADE DOS TIPOS SEXUAIS

O direito a livre orientação sexual fundamenta a viabilidade de uma pessoa escolher o gênero de sexualidade mais adequado as suas necessidades físicas, psíquicas e culturais, buscando enraizar um relacionamento no elemento volitivo da afetividade dos pares.

Hodiernamente, vislumbram-se diversas maneiras de manifestação da sexualidade, no entanto, os tipos sexuais ainda permanecem bastante vinculados ao protótipo do relacionamento entre homem e mulher, em razão da existência da concepção pragmática de que o relacionamento heterossexual deve sobrepor-se em detrimento dos demais, haja vista que a heterossexualidade ainda é considerada por muitos, como um modelo padronizado de sexualidade.

No entanto, a uniformização deste modo de orientação sexual vem sofrendo diversas segregações, pois o indivíduo passou a valorizar seus próprios desejos pessoais, contradizendo-se a existência do padrão estigmatizado pela sociedade.

Desta forma, tendo em vista as inovações das espécies e identidades sexuais, advém a homossexualidade como forma de exteriorização da sexualidade na qual a inclinação sexual dos indivíduos é voltada para o vínculo com sujeitos do mesmo gênero sexual, o que se pode extrair da própria terminologia da palavra homossexual, que com base na significação grega, quer dizer atração por sexo igual ou mesmo sexo.

Cabe salientar, que os relacionamentos homossexuais tem existência imersa em épocas remotas, transcorrendo diversos momentos históricos, dos quais são

contraditórios entre si, no entanto a moderna concepção da homossexualidade preconiza que tais relacionamentos devem ser visualizados sobre a ótica da dignidade da pessoa humana, desta forma preleciona Dias (2010, p. 197):

O fato é que a homossexualidade acompanha a história do homem. Sabe-se da sua existência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas tem de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver.

Levando-se em consideração que tais relacionamentos constituem uma nova maneira de convivência baseada na afetividade dos parceiros, a homossexualidade deve ser tratada como homoafetividade, haja vista que o vínculo que resguarda tais relacionamentos é essencialmente dimensionado no afeto e atração entre as pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2010).

Por outro lado, incorre demonstrar que a homossexualidade apesar de aproximar-se da intersexualidade ou hermafroditismo; da transexualidade; e do travestismo, a estes se difere em algumas peculiaridades, assim como sustenta França (1998, p. 197):

No intersexualismo ou sexo dúbio, o indivíduo apresenta-se com genitália externa e/ou genitália interna indiferenciadas, como se a natureza não tivesse se definido sobre o sexo. No transexualismo, o indivíduo é um inconformado com seu estado sexual. Geralmente, não admite prática sexual. No travestismo, a pessoa sente-se gratificada com o uso de vestes, maneirismos e atitudes do sexo oposto. São tendentes ao homossexualismo.

Diante disso, assim como menciona o entendimento exarado acima, percebe-se uma nítida distinção da homossexualidade em relação às outras maneiras de exteriorizar a orientação sexual, mas apesar de tal deslinde, demonstra-se plenamente necessário traçar as principais características dessas espécies de tipos sexuais, visto que tais espécies são bastante propensas a conduzir o sujeito à homossexualidade.

A intersexualidade ou hermafroditismo é vislumbrada quando o indivíduo possui fisionomias biológicas de ambos os sexos, ou seja, é detentor de distorções na formação sexual da morfologia dos órgãos genitais, possuindo explícita anormalidade do fator determinante do sexo.

Desse modo, os órgãos sexuais das pessoas portadoras de tal síndrome possuem certo distúrbio biológico, de modo que, o indivíduo acometido por tal degeneração provavelmente irá determina-se sexualmente pela orientação que mais se adequar ao órgão reprodutor que dimensiona sua capacidade de reproduzir, onde “ela [a intersexualidade] se caracteriza pelo desequilíbrio entre os diversos fatores responsáveis pela determinação do sexo, o que leva a uma ambiguidade biológica” (PERES, 2001, p. 108).

Nota-se assim, que a intersexualidade ou hermafroditismo não é decorrência da consciência do sujeito que a detém, mas sim proveniente de uma disfunção genética na formação dos órgãos biológicos de algumas pessoas portadoras de tal síndrome.

Já na transsexualidade a orientação sexual é proveniente de uma questão meramente psicológica do indivíduo, do qual repudia o seu sexo de origem por se aperfeiçoar com as características do sexo oposto, desta forma, em razão dessa inversão psíquica sexual, o indivíduo só estará plenamente satisfeito com o seu corpo físico quando realizar a cirurgia de reversão sexual visando alterar a anatomia do seu corpo.

Conforme aduz Farina (1998 *apud* BARBOSA, 2006, p. 23) a transsexualidade constitui-se como:

pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Constitui um dos mais controvertidos dilemas da Medicina moderna, em cujo recinto poucos médicos ousam adentrar. Trata-se de manifestação extrema de uma inversão psicosexual, em que o indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade de seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico.

Douta banda, além da necessidade de aperfeiçoamento e modificação do órgão sexual, incorre ressaltar que o transexual só consegue autodeterminar-se quando o indivíduo consegue repassar para si próprio e para coletividade a representatividade de uma sexualidade diversa, seja a masculina ou a feminina, não bastando assim apenas à reversibilidade sexual.

Ainda, impende destacar que a possibilidade de caracterização da transsexualidade e a tutela de seus direitos deve ser assegurada em razão do

respeito às prerrogativas da privacidade e da intimidade, garantias intrínsecas as pessoas.

Por outro lado, no travestismo, o travesti não se contrapõe a sua identidade sexual de origem, mas em contrapartida só se satisfaz sexualmente com a utilização de instrumentos e artifícios que o torne semelhante ao sexo contraditório, tais como roupas, joias e pertences.

Em razão deste transtorno sexual o travesti não possui nenhuma oposição ao seu sexo, mas só se realiza sexualmente quando se veste e se comporta como sendo do sexo oposto, o que faz com que a concepção do senso comum volte-se a acreditar que o travesti se confunda com a homossexualidade, o que não implica como regra generalizada.

Sobre o tema, a Organização Mundial da Saúde (2007, *apud* SANTANA, 2011), dividiu o travestismo em duas espécies (CID-10)¹, quais sejam o travestismo bivalente e fetichista:

F64.1- Travestismo Bivalente: Este termo designa o fato de usar vestimentas do sexo oposto durante uma parte de sua existência, de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer ao sexo oposto, mas sem desejo de alteração sexual mais permanente ou de uma transformação cirúrgica; a mudança de vestimenta não se acompanha de excitação sexual.
F65.1- Travestismo Fetichista: Vestir roupas do sexo oposto, principalmente com o objetivo de obter excitação sexual e de criar a aparência de pessoa do sexo oposto. O travestismo fetichista se distingue do travestismo transexual pela sua associação clara com uma excitação sexual e pela necessidade de se remover as roupas uma vez que o orgasmo ocorra e haja declínio da excitação sexual.

Do exposto, sedimenta-se que a satisfação da orientação sexual do travesti não decorre explicitamente da prática de atos sexuais, mas sim do prazer que o indivíduo tem de comportar-se como sendo do gênero inverso e de assim ser reconhecido perante a sociedade.

Ainda, imerso nesta grande diversidade de orientações sexuais, vislumbra-se também a bissexualidade que é caracterizada em razão do indivíduo desejar sexualmente tanto a pessoa do seu gênero oposto, como do mesmo gênero sexual,

¹ A CID 10 trata-se da classificação internacional de doença e de problemas relacionados à saúde, pela qual é emitida pela Organização Mundial de Saúde com o objetivo de instituir códigos de identificação de doenças ou outros problemas decorrentes da saúde humana.

desta forma, a satisfação sexual não encontra-se adstrita apenas a um gênero, mas a sua pluralidade. Segundo este entendimento elucida Chaves (2012, p. 51):

Na bissexualidade, não há o carácter da exclusividade, mas, sim, o da pluralidade, ou seja, a pessoa se interessa por ambos os sexos. Segundo Taísa Fernandes, afirmam os especialistas que a bissexualidade é inerente a todo indivíduo no começo da vida, e, com o passar do tempo, há a fixação da homossexualidade ou da heterossexualidade.

Neste interim, percebe-se que em virtude da grande diversidade de orientações sexuais, faz-se necessário uma plena adequação da aplicabilidade dos direitos da personalidade, a fim de concretizar a verdadeira eficácia do direito a livre orientação sexual resguardada de qualquer ato discriminatório atentado por terceiros.

Desta forma, faz-se necessário proceder uma adequação social e jurídica da aquisição destes direitos abarcando circunstâncias específicas advindas dessa diversidade, sob as quais merecem tutela jurídica e devem ser respeitadas.

3.3 A RELAÇÃO HOMOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família trata-se de uma instituição a qual evolui de acordo com as modificações dos valores sociais, culturais e históricos, desse modo, sua concepção se transforma a cada período de tempo, tratando-se de uma instituição adaptável às modificações sociais.

Antigamente, a família era vislumbrada sob o prisma biológico, pois os indivíduos só eram considerados familiares sob o aspecto consanguíneo, de modo que, os vínculos familiares só seriam determináveis para aqueles sujeitos que possuíam ligação genética e consanguínea entre si, o que afastava qualquer outra espécie de parentesco.

Por outro lado, em relação à constituição familiar, esta era dimensionada na união entre homem e mulher, sob a qual prevalecia o autoritarismo, a discriminação

e o patrimonialismo, como prerrogativas inerentes as relações familiares, as quais consideravam o casamento como instituição padronizada e sacramentada.

Neste sentido acerca da antiga constituição de entidade familiar no Código Civil de 1916, preceitua Chiletto (2007, p. 22):

a entidade familiar existente era, na vigência do Código de 1916, aquela fundada, tão-somente, no casamento e que as relações extramatrimoniais entre um homem e uma mulher ficavam sem qualquer proteção legal, imagine-se, então, as uniões entre as pessoas do mesmo sexo.

Tais preceitos eram decorrentes da intensa influência do Direito Romano em nossa legislação, o qual concebia a família como uma entidade sacramental, voltada para os dogmas da consanguinidade e do paternalismo, o que fora transformado atualmente “perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável” (GONÇALVES, 2013)

Como mencionado, essa concepção só foi desconstituída com o passar dos tempos, e a instituição familiar sob a visão moderna, passou a ser concebida sob o enfoque do elemento afetivo que vincula seus pares, o que ocasionou numa concreta ampliação da conceituação de família, e conseqüentemente, num alargamento do dimensionamento das entidades familiares.

Em razão da transmutação da instituição familiar importa mencionar o entendimento de Morgan (*apud* ENGELS, 1987, p. 30), que aduz que a família trata-se de:

[...] elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para um mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos; só depois de grandes intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.

Percebe-se do exposto que a família, conforme mencionado, é fruto dos acontecimentos sociais e históricos, haja vista que seus princípios e ditames são decorrentes do dinamismo jurídico e social pelos quais passam as relações sociais em meio às mutações históricas.

Desta forma, cabe ressaltar que a concepção jurídica de família adquiriu um novo dimensionamento a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, deixando de ser concebida como entidade voltada para o patrimonialismo para

constituir uma instituição despatrimonializada e voltada para os interesses éticos e sociais de seus membros, passando a firmar-se em novos horizontes determinados pelos preceitos constitucionais.

Tal Constituição, sustentáculo de todo ordenamento jurídico pátrio, inovou trazendo em seu texto legal uma pluralidade na dimensão da estrutura familiar, primando pela família determinada através de preceitos éticos e sociais que respeitam o princípio da dignidade da pessoa humana. Seguindo essa percepção salienta Fachin (2001 p. 80/81):

O desenvolvimento dessa temática passa pela dimensão “constitucionalizada” do Direito de Família devido às suas implicações, especialmente a superação do modelo da grande família matrimonializada e o reconhecimento de novos desenhos das relações familiares.

Assim, nota-se que com o advento da Carta Magna de 1988 vislumbrou-se, de maneira mais visível, por uma nova dimensão da estrutura familiar, que passou a ser voltada para a consecução dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade dos seus membros, resguardando em seu texto normativo o respeito ao planejamento familiar e a paternidade responsável, de modo que a família deixou de ser analisada sob o ângulo do patrimonialismo para ser vista como ente despatrimonializado e voltado para a consecução dos desejos e interesses dos seus membros.

Assim, a família no atual cenário social passa a ser conjecturada como uma entidade pluralista e voltada ao respeito de princípios como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a solidariedade, passando a considerar a afetividade como referência para concretização dos modernos relacionamentos, abarcando relações diversas, sem discriminar a orientação sexual dos seus componentes.

Neste diapasão, levando-se em consideração a hodierna configuração da família pautada no afeto, ressurgem a família homoafetiva como espécie de entidade familiar formada por indivíduos do mesmo sexo, os quais almejam formar laços familiares e afetivos que sejam plenamente resguardados e tutelados. No que diz respeito à caracterização e surgimento da família homoafetiva aduz Nakakura (2011, p. 03):

[...] a partir do momento em que o afeto é o elemento caracterizador das relações familiares, é necessário elastecer a especial proteção, por parte do Estado, a outras uniões. Cumpre, portanto, ressaltar que o afeto também está presente nas uniões homoafetivas, devendo ser, portanto, consideradas entidades familiares, merecedoras de proteção especial. Aliás, as uniões homoafetivas preenchem todos os requisitos exigidos para configuração da união estável: relação contínua, duradoura, ostensiva e pautada no afeto. Essa interpretação concretiza o sentido das normas constitucionais, levando-se em consideração as condições fáticas e sociais.

Diante do exposto, percebe-se que a família homoafetiva encontra-se devidamente configurada sob a nova roupagem do direito familiar, haja vista que o relacionamento entre as pessoas do mesmo sexo respalda-se na existência de um elo afetivo, independentemente de paradigmas adotados por percepções moralistas e conservadoras existentes na sociedade.

Em decorrência deste processo de desenvolvimento, percebe-se que a evolução das relações pessoais e sociais ocasionaram modificações nos valores, costumes e comportamentos dos indivíduos que vivem em sociedade, o que culminou na concepção de uma família como instituição que tem por objetivo a preponderância da dignidade da pessoa humana e a consolidação dos direitos dos seus componentes respaldados nos sentimentos, na solidariedade e no afeto, ocasionando assim a valorização do indivíduo como pessoa, dissonando da antiga concepção de família voltada para fins patrimoniais.

Neste lume, é necessário ressaltar primordialmente que o surgimento de tais relacionamentos, fez ressurgir no Direito de Família discursões acerca da aceitação de tais relacionamentos como entidade familiar, o que culminou na emérita decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pela qual, interpretando a Constituição com base na realidade social, reconheceu tais relacionamentos como entidade familiar equiparada a união estável. No deslinde do julgamento da ADI (Ação direta e inconstitucionalidade) 4277 e da ADPF 132 (Arguição de descumprimento de preceito fundamental), elucidou o Ministro Ayres Britto (2011, p.32) em seu voto:

Mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade.

Seguindo essa premissa percebe-se que a família deve ser tida como ambiente adequado para assegurar a concreta afetividade e bem-estar de seus membros, devendo desta forma, garantir ao indivíduo o seu direito de organiza-se de maneira livre na sociedade e da forma que for mais condizente com a sua liberdade de pensamento.

Além disso, o surgimento de tais relacionamentos também ocasionou à celeuma jurídica acerca da possibilidade das famílias homoafetivas realizarem a tão sonhada concretização da paternidade e/ou maternidade por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida ou adoção, haja vista a ausência de norma específica para tratar a respeito de tal problemática.

A este respeito, salienta-se que à norma trazida pelo artigo 226, § 7^a da Constituição Federal de 1988 amplia a dimensão do planejamento familiar, tratando-o como uma prerrogativa inerente a qualquer pessoa humana, sem qualquer discriminação, haja vista que a consecução da parentalidade é tida como um direito fundamental e personalíssimo, pois o direito de procriação é voltado para o afeto e a realização das entidades familiares.

Neste contexto, e em detrimento ao processo de modificação da entidade familiar, é perceptível que o ordenamento jurídico não dispõe de prerrogativas específicas para tratar da possibilidade da realização da parentalidade através das técnicas de reprodução humana assistida, no entanto, sobrelevando-se a necessidade da tutela de tais direitos e interesses deve-se observar os valores primados pelos princípios constitucionais,

Assim, baseado nas transformações da entidade familiar o surgimento da família homoafetiva faz renascer no ordenamento jurídico o dever de tutelar tais relacionamentos, principalmente no que tange ao exercício do direito a parentalidade e filiação por intermédio da adoção ou da reprodução humana assistida, o que vem gerando diversas controvérsias que buscam solucionar tais questionamentos.

Tendo em vista as lacunas presentes, acerca de tal questão, no ordenamento jurídico brasileiro, tal discursão vem gerando diversas polêmicas no mundo jurídico que são ocasionadas pela impossibilidade de tais casais realizarem o sonho da paternidade e/ou maternidade através do meio biológico e, conseqüente, pela ausência de regulamentação específica para a aquisição de tal direito através da utilização de métodos como a adoção e a reprodução humana assistida.

Nota-se assim, que tais discursões ampliam consideravelmente a estrutura do direito familiar, em virtude de modificarem o arcabouço do conceito de família e fazendo surgir diversos questionamentos relativos à necessidade de tutelar os relacionamentos que se encontram apartados do padrão estigmatizado pela sociedade.

4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS PARA OS CASAIS HOMOAFETIVOS

A família contemporânea adquiriu uma nova percepção perante a sociedade, passando a ser concebida em razão da afetividade e da solidariedade dos pares, o que ocasionou o surgimento de diversas formas de constituição de família, dentre elas a união homoafetiva, formada por casais do mesmo sexo.

Por outro lado, além de tais modificações, no âmbito da bioética também ressurgiram diversas inovações, entre as quais destacou-se a reprodução assistida, pela qual proporciona a viabilidade da realização do projeto parental por casais impossibilitados de terem filhos através dos meios biológicos.

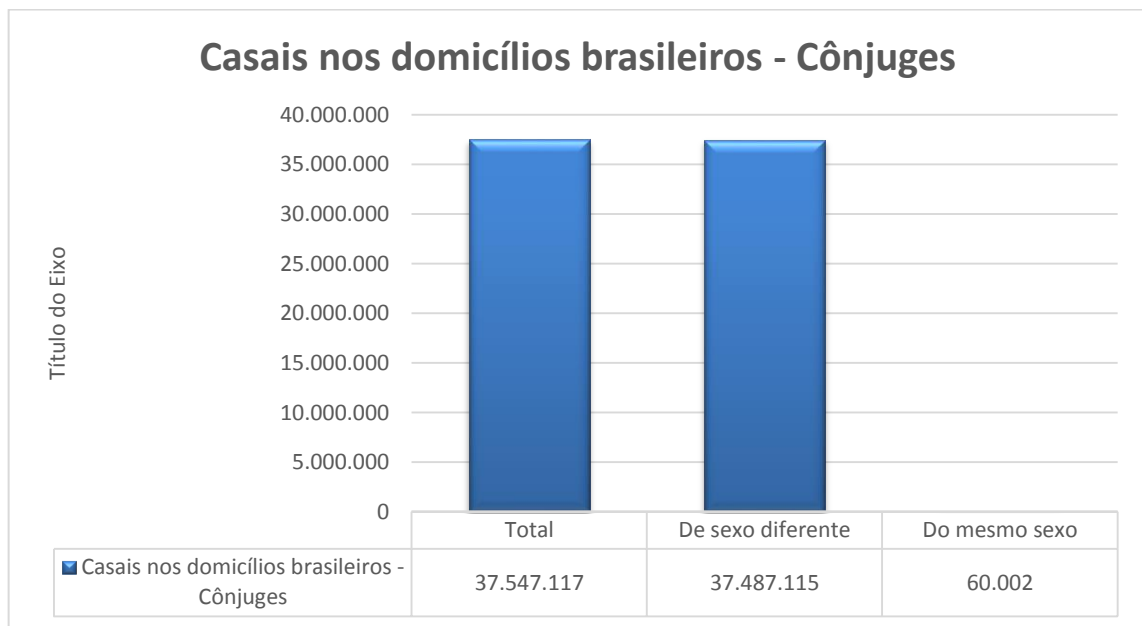
Neste diapasão, em face da ausência de previsibilidade no ordenamento jurídico pátrio, emerge a discursão acerca da possibilidade da realização do projeto parental pelos casais homoafetivos através da utilização das técnicas de reprodução assistida, o que vem sendo bastante discutido pelos aplicadores do direito, bem como pelos tribunais pátrios.

Desta forma, a fim de delimitar a temática, torna-se preponderante descrever as peculiares acerca da formação da família homoafetiva pautada na da dignidade da pessoa humana e no direito ao planejamento familiar, para só então, tratar acerca do direito à paternidade e maternidade na relação homoafetiva viabilizada pela reprodução assistida e suas implicações jurídicas.

4.1. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Os relacionamentos homoafetivos são caracterizados pela ligação afetiva e sentimental existente entre pessoas do mesmo sexo, as quais se unem com o desejo de constituir uma família pautada na afetividade, no companheirismo e na mútua assistência. Cabe salientar que a existência de tais relacionamentos é proveniente de tempos remotos, pois já era idealizado em civilizações antigas, como Grécia e Roma (SAPKO, 2008), tendo se proliferado e evoluído nas demais culturas.

Nessa conjuntura, verifica-se que na sociedade brasileira, assim como nas demais, emerge a propagação de tais relacionamentos, o que vislumbra-se através dos dados estatísticos divulgados preliminarmente ao Jornal GLOBO (*online*) pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no Censo realizado no ano de 2010, pelo qual atesta a visível existência de tais uniões, o que resta demonstrado na tabela a seguir:



Percebe-se assim, que a difusão de tais relacionamentos é decorrente da recente concepção de família, o que resultou na preocupação do Estado em empreender e divulgar pela primeira vez em um recenseamento a quantificação da população composta por casais do mesmo sexo, pela qual demonstrou que apesar de constituir-se como minoritária, já abarcava no ano de 2010 um número relativamente acentuado, merecendo assim uma concreta proteção jurídica.

Com base nesse viés, tendo em vista a previsibilidade explícita na Constituição Federal dos princípios da igualdade e da não discriminação, induz-se pela necessidade de tutelar juridicamente esses relacionamentos, haja vista ser prerrogativa inerente a pessoa humana a escolha da orientação sexual, desde que concretize sua própria realização pessoal e não se contraponha as normas jurídicas vigentes.

Desse modo, em face da essência desses relacionamentos, passou a ser concebida uma nova dimensão acerca da constituição familiar, pois como já

mencionado anteriormente, a família passou a ser dimensionada sob o condão da afetividade dos pares, afastando o caráter patrimonial até então existente e passando a conferir autenticidade aos sentimentos advindos de tais relacionamentos, em que “se privilegia as relações de afeto, a autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, paridade e realidade em detrimento de formalidades sociais ou legais” (SAPKO, 2008).

Em contrapartida, mesmo diante de tal realidade social, ainda verifica-se a existência de concepções preconceituosas por parte de considerável parcela da sociedade, os quais relutam em enxergar as modificações fáticas e sociais, dando valoração à antiga concepção patriarcal e patrimonialista da família.

Por outro lado, apesar da existência dessas concepções discriminatórias, sabe-se que o direito pátrio preconiza pelo respeito a livre orientação sexual, bem como veda a discriminação entre as pessoas, neste sentido adverte Fachin (2005, p.183):

Os sujeitos que não são iguais não devem ser qualificados de modo discriminatório. A qualificação ao nivelamento é uma violência contra aquilo que é diverso. Reconhecer-se o diverso implica reconhecer a dignidade que há nessa diversidade, sem que ela seja um estado de desqualificação. A diversidade passa a ser uma chave apta para abrir as portas de acesso ao estatuto de sujeito de direito subjetivo.

Extrai-se que o direito à diferença deve ser garantido, pois o fato dos relacionamentos entre pessoas com a mesma identidade sexual constituir-se na minoria populacional, não afasta a necessidade de proteção jurisdicional desses indivíduos, de modo que, apesar da omissão legislativa, deve-se o aplicador do direito dar eficaz interpretação das normas jurídicas, levando-se em consideração os preceitos colimados na Constituição Federal de 1988.

Incumbe ao Poder Judiciário cancelar sua função interpretativa e relegar a aplicação dos direitos aos casais homoafetivos, pois o fato de constituírem como seres diferentes do modelo padronizado e estigmatizado pela sociedade, não deve retirar deles o direito ao reconhecimento de sua existência, pois a interpretação da lei deve ser voltada para a consecução do alcance da vontade da norma adequada à problemática metafísica da sociedade (BARRETO, 2006).

Cabe ressaltar, que primordialmente a união homoafetiva foi reconhecida pelos tribunais como sendo sociedade de fato, albergando aos casais homoafetivos

apenas aspectos de direitos patrimoniais, o que desrespeitou visivelmente o elemento afetivo que coliga os pares, visto que considerou tais uniões como simples sociedade de fato. Relativo a esta concepção elenca Barroso (2007, p.30):

Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda que precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do direito das obrigações, ao contrário da união estável, que se insere no direito de família. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o Direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias.

Ademais, percebe-se que a consideração da união homoafetiva como sociedade de fato apenas resguardou direitos patrimoniais dos indivíduos, desconsiderando o elo afetivo existente entre o casal, e preconizando o referido relacionamento como sendo uma sociedade empresarial, o que visivelmente descaracterizou a referida união como sendo categoria de entidade familiar resguardada pelo Direito de Família.

Essa concepção discriminatória tomou novos dimensionamentos com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, pelo qual o referido Tribunal consolidou, como guardião da Constituição, o status de entidade familiar aos relacionamentos homoafetivos, conferindo prerrogativas assemelhadas às delimitadas para a constituição da união estável, desta forma, interpretou a Carta Magna e contrapôs a visão estigmatizada de família. Em seu voto o Ministro Luiz Fux (2011, p.23) ponderou:

O reconhecimento da união homoafetiva como união estável, para os fins de plena aplicabilidade do art. 1.723 do Código Civil, traz não apenas os benefícios constitucionais e legais dessa equiparação, mas também os respectivos ônus, guardadas as devidas proporções. Em outras palavras, o reconhecimento, em cada caso concreto, de uma união estável homoafetiva jamais prescindirá da comprovação – pelos meios legal e moralmente admitidos – da existência de convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar. Evidentemente, o requisito da publicidade da relação também é relevante, mas merecerá algum temperamento, pois é compreensível que muitos relacionamentos tenham sido mantidos em segredo, com vistas à preservação dos envolvidos do preconceito e da intolerância – em alguns casos, a plena publicidade da união poderia prejudicar a vida profissional e/ou as demais relações pessoais dos indivíduos, frustrando-lhes ainda mais o exercício de seus direitos fundamentais.

Ressalta-se que para a união homoafetiva ser considerada como entidade familiar faz-se necessário a demonstração dos requisitos imprescindíveis para configuração da união estável, quais sejam, de convivência contínua, duradoura e o ânimo de constituir uma família, de modo que, nem toda relação homoafetiva será tida como entidade familiar, só sendo verdadeiramente equiparada a união estável os relacionamentos que preencham esses requisitos.

Doutra banda, impende salientar que o reconhecimento de tais relacionamentos como entidade familiar ocasionou uma inovação bastante preponderante no nosso ordenamento jurídico pátrio, visto que adveio para garantir a tutela jurídica de tais relacionamentos e, conseqüentemente, ilidir algumas controvérsias decorrentes da ausência normativa.

Em detrimento ao processo de modificação da entidade familiar, é perceptível que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de prerrogativas específicas para tratar da possibilidade da realização da maternidade e/ou paternidade desses casais, seja através da adoção ou das técnicas de reprodução assistida.

Por sua vez, assevera-se que os relacionamentos homoafetivos devem ser vislumbrados sob o enfoque da afetividade, e em razão disso, deve o legislador pátrio abarcar a jurisdicionalização dos direitos de tais casais, pois o legislador e o aplicador do direito não devem se omitir diante da nítida evolução sociológica, devendo afastar-se de condutas e preceitos discriminatórios e destinar-se a formulação de uma legislação específica que normatize os direitos e deveres decorrentes do liame afetivo de tais relacionamentos.

4.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR DO CASAL HOMOAFETIVO

Em razão da primazia das mudanças sociais e, conseqüentemente, da existência de relacionamentos homoafetivos é necessário dar-se ênfase a análise do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao planejamento familiar em

relação à consecução da homoparentalidade² dos casais formados com pessoas do mesmo sexo.

Neste sentir, a dignidade da pessoa humana representa um ditame principiológico expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, sob o qual configura-se como fundamento da República Federativa do Brasil e abarca com sua força normativa, prerrogativas inerentes a outros princípios explícitos e implícitos na Carta Magna, assim, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana” (BONAVIDES, 2003, p. 233)

A amplitude do cerne da dignidade da pessoa humana sobreleva diversas peculiaridades na interpretação normativa das normas contidas no ordenamento jurídico pátrio, pois tal direito é prerrogativa inerente a todo indivíduo, devendo salvaguardar as relações jurídicas estabelecidas entre os pares. Desta forma, no intuito de estabelecer uma conceituação axiológica acerca da dignidade da pessoa humana preconizou Sarlet (2005 *apud* SILVA, 2011, p. 52):

[...] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

Assim, os direitos colimados aos indivíduos devem ser observados à luz da dignidade da pessoa humana, devendo ser-lhes assegurado uma vida digna, pautada na igualdade e liberdade, a fim de que o atributo da dignidade revele-se como fonte indispensável para concreta aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais preconizados.

Neste diapasão, advém o direito a livre orientação sexual como pressuposto inerente a dignidade humana, por trata-se de direito da personalidade que deve ser respeitado, haja vista sua dimensão generalizada e diretamente relacionada à formação sexual do ser humano.

A concretude da dignidade em relação a livre sexualidade é proveniente do dever de respeito aos preceitos de liberdade e livre escolha sexual, de modo que

² Parentalidade traduz-se no direito inerente aos indivíduos a maternidade e a paternidade responsável, de modo que a homoparentalidade configura a asseguarção de tal direito aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

não deve existir qualquer discriminação a formação de casais homoafetivos devendo ser assegurada uma convivência digna e livre de preconceitos, afastando a visão estigmatizada pela sociedade. Seguindo essa premissa elucida Rios (1998 *apud* DIAS, 2005, p. 09)

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.

Pondera-se assim, que constituindo a dignidade humana um dos pilares que sustentam nosso ordenamento jurídico pátrio deve-se sedimentar pelo respeito a livre orientação sexual, vedando qualquer conduta discriminatória que atente contra a liberdade e a igualdade dos casais homoafetivos, visto que o desrespeito a esses direitos afronta diametralmente as regras normatizadas pela Constituição Federal de 1988.

Tal princípio deve nortear a interpretação dada pelos aplicadores do direito, pois o simples fato da ausência de uma legislação especializada para reconhecer os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo não afasta o dever de tutelar os direitos desses casais, uma vez que as normas jurídicas devem adaptar-se a mutabilidade social, estabelecendo interpretação compatível à realidade social e aos fundamentos constitucionais. Consoante esse entendimento elenca Chaves e Rosenvald (2008 *apud* FERRAZ, 2011, p. 80)

[...] A Carta Magna estabelece em seu preâmbulo que, instituído o Estado Democrático, este se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos. Fica claro, portanto, que a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade e igualdade, e despida de qualquer preconceito, porque tem como pano de fundo o macroprincípio da dignidade humana, assegurado logo pelo art. 1º, inc. III, como princípio fundamental da República.

Neste panorama, ressurgem na nossa Constituição Federal de 1988 a previsão do direito ao livre planejamento familiar, do qual é determinado pelo artigo 226, §7º, sobre o qual assegura o livre planejamento familiar como direito de todos,

independentemente de orientação sexual, e desde que realizado sob o enfoque da dignidade humana e da paternidade responsável.

Sobressai que o direito ao planejamento familiar corresponde a um direito fundamental inerente à própria existência do ser humano, pois constitui fragmento do direito fundamental à saúde e o seu exercício deve ser assegurado com o fim de concretizar a maternidade e/ou paternidade dos cidadãos, visto que trata-se de direito diretamente relacionado a própria dignidade da pessoa humana.

Impende ressaltar, que a Lei 9.263 de 1996 que regulamenta o planejamento familiar, traz em seu corpo normativo a garantia de que o planejamento familiar constitui direito de todo cidadão, pelo qual é considerado como sendo um agrupamento de ações em que regula medidas que garantam a fecundidade, a fim de concretizar a dissipação de direitos equiparados a todos os que almejam a constituição de uma prole.

Com base nas prerrogativas colimadas pela Constituição Federal de 1988, bem como na Lei 9.263/1996, vislumbra-se que o direito a procriação é inerente a todos os indivíduos sem distinção de orientação sexual, no entanto, deve-se preconizar que a realização do planejamento familiar deve ser sempre pautada no respeito à dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, independentemente da forma de constituição familiar. Acerca do direito a procriação delinea Moschetta (2011, p. 143):

O direito de gerar e criar está intimamente ligado a própria dignidade da pessoa, com o conceito que ela tem de si própria como indivíduo inserido numa sociedade. Em homenagem à identidade de cada ser humano e a seu reconhecimento como sujeito de direito, é maximizada a abrangência da dignidade da pessoa humana. Exercer a maternidade/paternidade, ou seja, o projeto parental, é permitido pelo ordenamento que assegura o direito a parentalidade, por ele integrar o ordenamento e mais: por ser a pessoa o centro das preocupações jurídicas.

Observa-se que o direito a procriação é atributo resguardado a todos, e em detrimento disso, é importante ressaltar a possibilidade de abrangência de tal direito aos casais homoafetivos, pois o direito a parentalidade deve ser assegurado a todos, não podendo afastar o direito da paternidade e/ou maternidade sob o argumento da orientação sexual, em virtude de que infringiria de maneira visível a dignidade da pessoa humana de tais cidadãos, e conseqüentemente, configuraria em afronta a Constituição Federal de 1988.

Frisa-se que o planejamento familiar dos casais homoafetivos, também devem respeitar os ditames da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável previstos no artigo 226, § 7º da CF/88, portanto, a existência do desejo de realizar a paternidade e/ou maternidade por si só, não induz a concretização dessa vontade, haja vista que essa parentalidade deve ser exercida de maneira responsável, vislumbrada na afetividade entre os membros da família, devendo respeitar os direitos subjetivos de cada indivíduo.

Por outro lado, a concepção preconceituosa de alguns membros da sociedade não deve obstar que tal direito seja concretizado, pois o fato de tais relacionamentos contradizer-se do padrão estigmatizado pela sociedade não significa que tais indivíduos devam ser afastadas dessa prerrogativa, pois assim como os casais formados por pessoas de sexualidade diversa, esses casais também são detentores de direitos e deveres.

Neste lume, o argumento de que a consecução da paternidade/ maternidade dos casais homoafetivos deve ser obstada em razão do melhor interesse da criança e do adolescente não deve ser aceito, visto que o fato dos pais serem homossexuais não representa nenhum obstáculo ao direito a parentalidade, pois a determinação da orientação sexual pela heterossexualidade não leva a crer que a estrutura familiar será mais adequada, desta maneira elucida Rios (2002, p.61):

[...] 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 pluralismo.

O direito ao planejamento familiar deve ser observado sob ao englobamento jurídico do princípio do melhor interesse do menor, bem como sob à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e livre planejamento familiar, de modo que a maternidade e/ou paternidade deve ser vislumbrada sob o condão do princípio da paternidade responsável, independentemente de orientação sexual, “ o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser avaliado

previamente” (GAMA, 2003, p. 450)

Desta forma, a consecução da parentalidade por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida deve ser compreendida através da ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana conectado com o respeito aos demais princípios constitucionais, de modo que, o princípio do melhor interesse do menor deve ser ponderado em relação a tais princípios.

4.3 O DIREITO A PATERNIDADE E A MATERNIDADE NA RELAÇÃO HOMOAFETIVA VIABILIZADA PELA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são formados sob o condão da afetividade e da solidariedade entre os pares, assim, seguindo a premissa da dignidade da pessoa humana, esses casais devem ter seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentir, vislumbrando tal preceito constitucional, o STF no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, passou a considerar a união homoafetiva como entidade familiar equiparada a união estável, o que resplandeceu a sua importância no âmbito do direito familiar, pois passou a ser vislumbrada como verdadeira modalidade de família, enfatizando ainda mais o desejo de tais casais realizarem o tão sonhado projeto parental. A respeito do direito a constituição da parentalidade sedimenta Brauner (2003, p.41):

[...] o direito de gerar e, de assim constituir uma família deve ser respeitado, sendo ele por processo natural ou auxiliado pela medicina, conforme os princípios constitucionais que asseguram o direito à intimidade, à saúde e a formação de família. Inere-se do direito ao livre exercício do planejamento familiar a liberdade das pessoas em buscar a concepção de um filho, mesmo que, para realizar o projeto parental, precisem recorrer aos métodos científicos [...].

Assim, imerso nas inúmeras mudanças científicas proporcionadas pela bioética, adveio à reprodução humana assistida, como procedimento passível de ser utilizado na realização da parentalidade, “abrindo um novo horizonte para aqueles

que não tinham condições de ter um filho de modo natural” (SAPKO, 2008, p. 121), possibilitando a consecução da paternidade e/ou maternidade.

Na constituição das relações homoafetivas visualiza-se a ausência de capacidade de procriação natural, em razão das condições genéticas e peculiares de tais casais, o que possibilita a utilização das técnicas de reprodução assistida, haja vista a existência de infertilidade inversa em tais relacionamentos. Preconizando esse entendimento e trazendo uma visão mais panorâmica a respeito da problemática, posiciona-se Matos e Fischer (2012, p.24) acerca do dimensionamento da utilização de técnicas de reprodução assistida nos casais homoafetivos:

A reprodução humana assistida, utilizada por parceiros homossexuais, pode ocorrer: (i) por parceiras femininas, quando uma doa o material genético feminino e a outra gesta o embrião fertilizado in vitro com a utilização de material genético masculino proveniente de doador anônimo; (ii) por parceiras femininas, quando aquela que gestará o embrião é a mesma que cedeu o material genético feminino, podendo se utilizar tanto da inseminação artificial como da fertilização in vitro, ambas as técnicas utilizando de material genético masculino proveniente de doador anônimo; (iii) por parceiras femininas, quando nem a gestante do embrião e tampouco sua companheira mantém identidade genética com o embrião, hipótese em que é manejada a técnica da fertilização in vitro utilizando material genético masculino e feminino provenientes de doadores anônimos, com a posterior inseminação no útero da gestante; (iv) por parceiros masculinos, quando um dos parceiros doa seu material genético e utiliza a fertilização in vitro com material genético feminino de doadora anônima, valendo-se da maternidade por substituição; ou ainda, (v) vislumbra-se a viabilidade de ambos doarem material genético para a procriação, não se revelando qual efetivamente fecundou o material feminino do banco de doação, e eleger-se uma mulher para gestação.

Percebe-se que através das modificações científicas torna-se viável a utilização das técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos, conforme demonstrado nas hipóteses delimitadas acima, pois interpretando o princípio da igualdade pondera-se que biologicamente e juridicamente devem ser asseguradas diversas maneiras de procriar.

Por outro lado, contradizendo-se aos iminentes avanços tecnológicos, o legislador mantém-se inerte, optando por desprezar a realidade da mutabilidade dos relacionamentos em sociedade, na medida em que vem transferindo indiretamente ao intérprete e aplicador do direito a responsabilidade da regulamentação dessas possibilidades, o que contraria o princípio da separação dos poderes expressamente previsto no disposto no artigo 2º, caput, da CF/88.

No âmbito administrativo, o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamenta a utilização das técnicas de reprodução assistida, trazendo no texto da Resolução número 2.013/2013, a previsão da permissibilidade da utilização de tais técnicas para os relacionamentos homoafetivos, ressaltando expressamente o respeito ao direito de objeção de consciência do médico, o que demonstra-se um tanto contraditório em relação aos preceitos ditados pela Carta Magna, dentre os quais destacam-se o direito à liberdade e a proibição de condutas discriminatórias.

Aduz-se, igualmente, que essa resolução apesar de trazer à baila a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida aos parceiros homoafetivos, trata-se apenas de uma norma meramente administrativa o que não ilide a ausência de uma legislação específica, nem tampouco soluciona os conflitos éticos e sociais decorrentes de opiniões divergentes acerca de tais situações.

Em virtude da mencionada ausência normativa e da concepção pragmática da sociedade, ainda existe no meio jurídico, entendimentos contrários à realização da reprodução assistida em casal homoafetivo, os quais tomam por norte a inobservância ao princípio do melhor interesse do menor, fundamentando que a família advinda nessa conjuntura seria dissonante ao que predispõe o modelo padronizado de entidade familiar, preconizando que “toda criança tem direito ao convívio familiar (de pai e de mãe) e a psiquiatria sempre afirmou de forma taxativa que a identificação paterna e materna é fundamental ao desenvolvimento normal dos seres humanos” (LEITE, 2003, p. 114).

Por outro lado, contrapondo-se ao entendimento discriminatório exarado acima, posiciona-se Cardin e Rosa (2012, p.22) a respeito da possibilidade dos casais homoafetivos realizarem o projeto de parentalidade, determinando o seguinte.

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.

O melhor interesse do menor não deve obstar por si só a realização do projeto parental dos casais homoafetivos, visto que, a paternidade e/ou maternidade deve ser analisada levando-se em consideração ao melhor interesse do menor

atrelado a presença de outros princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. Deste modo, o lar propício para o desenvolvimento psicológico e educacional da criança e do adolescente deve ser respaldado sobre esta conjuntura, não podendo determinar-se por concepções preconceituosas.

O simples fato dos pais da criança/adolescente serem constituídos por pessoas do sexo oposto não significa que estão respeitadas, por si só, as prerrogativas determináveis ao melhor interesse do menor, pois assim como a família homoafetiva, a família formada por casais heterossexuais também deve sujeitar-se aos ditames normativos e princípios constitucionais expressos, visto que a configuração da paternidade e/ou maternidade deve ser determinada sob o enfoque da existência do vínculo afetivo que deve ser assegurado à criança e ao adolescente. A respeito dessa temática salienta Sapko (2008, p. 153/154):

[...] asseverar que a convivência com homossexuais trará prejuízos à formação da personalidade das crianças não só é temerário, como significa pôr de lado todo o momento histórico, econômico, social e cultural em que vivemos, onde a ausência das figuras materna e paterna têm se tornado cada vez mais frequente, independentemente da orientação sexual de cada um, em decorrência da indefinição dos papéis de homem e mulher e, até, de uma inversão dos mesmos, não sendo raros os casais em que o homem fica em casa com os filhos, e a mulher sai para trabalhar, passando, ele, a representar o princípio do prazer e, ela, o da realidade.

Desta forma, levando-se em consideração o elemento afetivo que deve nortear os relacionamentos entre familiares, nota-se que o reconhecimento da homoparentalidade não infringe diretamente o princípio do melhor interesse do menor, pelo contrário, tal princípio deve servir de referencial normativo para a apreciação de cada caso concreto, pelo qual deve ser analisado em consonância com as demais normas e princípios constitucionais, visto que, da mesma forma que os casais heteroafetivos, os casais homoafetivos são detentores de capacidade psicológica e educacional, da qual permite que transmitam afeto e valores sociais e morais aos seus filhos.

Doutra banda, no tocante a utilização das técnicas de reprodução assistida é incólume o respeito a um senso ético e humanitário, de modo que a utilização de tais técnicas deve ser devidamente avaliada sob o viés dos ditames do planejamento familiar, pois o mero desejo da constituição da paternidade e/ou maternidade não

supre o dever de respeitar os ditames da paternidade responsável e da observância da dignidade da pessoa humana da criança advinda pelo método artificial.

Neste sentido, tendo em vista a consecução da homoparentalidade, conclui Moschetta (2011, p. 179):

Quanto à inseminação artificial heteróloga utilizada por pessoas que têm união homoafetiva, essa decisão só é considerada legítima e constitucional, quando houver efetiva necessidade da utilização da técnica, o que deve ser feito de forma combinada com a vontade de estabelecer vínculos paterno-materno-filiais com a criança que será gerada e dentro de um ambiente que respeite a parentalidade responsável, a dignidade da pessoa humana e, principalmente, o melhor interesse da futura criança.

Denota-se que a reprodução humana assistida é meio científico eficaz para possibilitar a procriação aos casais homoafetivos e heteroafetivos que são impossibilitados de procriar por meios naturais, no entanto, a utilização dessas técnicas, independentemente da orientação sexual dos pares, deve respeitar as prerrogativas inerentes aos direitos das crianças advindas de tais métodos, haja vista que o ser gerado não pode ter seus direitos infringidos em detrimento da satisfação de desejos pessoais de casais, seja heteroafetivo ou homoafetivo.

Neste lume, tendo em vista o respeito aos direitos constitucionais e da personalidade imersos nas relações familiares, ressalta-se pela possibilidade da realização do projeto parental pelos indivíduos do mesmo sexo, dos quais devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, faz oportuno elucidar que a problemática relativa à questão não envolve apenas a discursão acerca da possibilidade ou não da utilização das técnicas de reprodução assistida por esses casais, mas principalmente os efeitos jurídicos que podem ser produzidos através dessa utilização, sob os quais inexistem quaisquer legislações específicas, restando aos parceiros homoafetivos o constrangimento de após o nascimento da criança buscar a tutela jurisdicional para regulamentar a filiação dos filhos concebidos através da reprodução assistida.

A este respeito, a Justiça Paulista no ano de 2010 proferiu decisão inédita, a qual conferiu o reconhecimento da filiação à mãe biológica de um casal de gêmeos provindos da reprodução humana assistida, passando a constar no registro de nascimento da criança a dupla maternidade. Na fundamentação da mencionada sentença o magistrado Fábio Eduardo Basso (2010, p. 4-5) sedimentou-se no seguinte sentido:

[...] possuem as afortunadas crianças DUAS MÃES; e mais, a possibilidade de desfrutar da vida juntamente com ambas, as quais, ao que consta, pretendem criar a prole com todo o amor e dedicação. O vínculo afetivo que A. e M. possuem com as crianças A. L. e E. são incontestáveis e preponderantes sobre qualquer eventual discussão sobre qual delas deve ser coroada 'MÃE'. Trata-se, na realidade, de se reconhecer a situação de fato existente, o que traz sentido à aplicação da própria lei (fl. 235). O fato está indisfarçavelmente consolidado, de tal forma a apequenar qualquer regra que se queira aplicar ou interpretar para afastar o pleito inicial, e mesmo o desamparado receio e as conjecturas de um futuro de dúvidas e dificuldades aos menores. As chances de insucesso e frustrações são idênticas às do casal heterossexual e seus filhos, ou daqueles que sozinhos se dedicam à sublime condição de pai ou mãe. Os temidos e ocasionais constrangimentos, próprios da vida em sociedade e a atingir qualquer de nós sem distinção, por razões iguais ou diferentes, mas sempre sem nobreza, além da improvável insurgência das crianças, na fase adulta, com a filiação a elas atribuída, não afetarão ou modificarão a situação consumada, o estado imutável das coisas. [...] Ainda, o dever da não-discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem (arts. 3º, IV, 226, e 227, caput e § 3º, da CF), e, conseqüentemente, o direito ao estado de filiação e ao nome, reciprocamente entre pais e filhos, não só para a perfeita e própria identificação, mas também daqueles e da célula familiar de que derivam.

A sobredita decisão constituiu um elo normativo bastante eficaz e pertinente no que tange ao reconhecimento da homoparentalidade, pois o douto magistrado reconheceu expressamente a filiação das crianças provenientes da utilização das técnicas de reprodução assistida ao casal homoafetivo, orientando-se na existência da estrutura familiar voltada a afetividade entre as partes, bem como no respeito ao princípio da igualdade e da não discriminação.

Neste sentir, demonstra-se que o reconhecimento da filiação aos pais ou mães homoafetivos é direito relacionado à própria criança advinda da reprodução assistida, pois o não reconhecimento da dupla paternidade ou maternidade irá prejudicar os próprios interesses pessoais e patrimoniais da criança, pois a inexistência de regularização formal no registro impedirá a criança de adquirir os direitos inerentes ao estado de filiação, o que a prejudicará, pois a realidade fática existente será dissonante da abstração jurídica.

Assim, também decidiu a Justiça Pernambucana, na Comarca de Recife, processo com número indisponível da 1ª Vara de Família e Registro Civil (2012), sob a qual assegurou a dupla paternidade, primada na dignidade da pessoa humana; na igualdade; liberdade; no planejamento familiar e na proibição de discriminação; bem como na decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, decidindo que o registro de

nascimento da criança devia ser prontamente averbado para constar os nomes dos pais homoafetivos, assim como dos respectivos avós.

O reconhecimento do estado de filiação, como já exaltado, é direito da própria criança, da qual é detentora dos atributos da personalidade jurídica, e conseqüentemente deve ter assegurado o direito ao nome e ao registro civil consonante a sua realidade fática, ou seja, juridicamente deve ser demonstrada a verdadeira identidade pessoal do indivíduo, por ser direito inerente a sua própria personalidade, a este respeito pondera Barboza (2002, p. 384):

[...] toda pessoa possui um atributo, o nome, que é como 'uma etiqueta colocada sobre cada um de nós, ele dá a chave da pessoa toda inteira', sendo um 'sinal distintivo revelador da personalidade'. [...] O nome permite que os indivíduos se distingam uns dos outros; não é o único sinal de identificação das pessoas, mas certamente o mais marcante. Ele é principalmente um elemento da personalidade. [...] ter um nome é um direito essencial da pessoa, ao qual corresponde um dever.

Nota-se que o reconhecimento da filiação proveniente da utilização das técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos é direito relacionado aos pais ou mães homoafetivos, bem como às crianças, as quais estabelecem vínculos afetivos com aqueles, mas vêm-se obstados de constituírem vínculos de parentesco sem que antes passem pelo crivo do Poder Judiciário.

Essa realidade evidencia a existência de uma sociedade repleta de dogmas e preconceitos, pela qual induz o desrespeito aos princípios e fundamentos respaldados na Constituição, pois inferiorizam as relações afetivas e demonstram a ausência de efetividade dos meios tutelares proporcionados pelo Estado Democrático de Direito, pois tais casais apesar da existência dos princípios mencionados, ficam a mercê de decisões judiciais para concretizar a realização do projeto parental.

Vislumbra-se assim, pela necessidade de uma regulamentação normativa para tratar acerca da problemática da possibilidade ou não da utilização das técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos, delimitando os limites e os efeitos jurídicos a serem produzidos por tal procedimento, bem como dispendo acerca da legalização do registro civil dos filhos concebidos por esses casais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência da evolução do desenvolvimento científico e tecnológico, e do aperfeiçoamento dos procedimentos de reprodução assistida, fez-se surgir na hodierna conjuntura do Direito Familiar, a possibilidade de casais acometidos de anomalias como a infertilidade e esterilidade, realizarem a paternidade e/ou maternidade por intermédio da procriação por método artificial de reprodução. A existência de tais procedimentos vem ocasionando diversas problemáticas, dentre as quais insere-se as discussões acerca da possibilidade dos casais homoafetivos utilizarem-se de tais procedimentos para realizarem o sonho da parentalidade.

Com base no que ficou demonstrado ao longo da pesquisa monográfica, percebeu-se a existência de diversas espécies de reprodução assistida, das quais podem ser utilizadas desde que respeitem as prerrogativas dos princípios a elas relacionados. Ainda, demonstrou-se a previsibilidade de algumas questões relativas à reprodução humana assistida no ordenamento jurídico pátrio e na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, no entanto, percebeu-se a inexistência de regulamentação específica para tratar da possibilidade dos casais homoafetivos utilizar-se de tais procedimentos.

Notou-se também que, os direitos da personalidade em relação à escolha da sexualidade dos indivíduos é atributo resguardado a todo cidadão, de modo que as diversas formas de orientação sexual devem ser resguardadas e respeitadas, devendo o ordenamento jurídico pátrio adequar-se a nova concepção de família pautada na afetividade entre os pares, das quais destaca-se o relacionamento homoafetivo.

No que tange a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos e o reconhecimento da paternidade e/ou maternidade dos filhos concedidos por meio dessas técnicas, ponderou-se a exímia necessidade de superação das concepções preconceituosas, haja vista a nítida presença de casais formados por pessoas do mesmo sexo na nova realidade social e o dever da observância do princípio da dignidade da pessoa humana atrelada ao livre planejamento familiar responsável.

Viu-se, ainda, que o direito a parentalidade dos casais homoafetivos por meio da reprodução assistida, é uma opção de cunho constitucional, devendo-se ponderar

pela necessidade de utilização da técnica, atrelada com o desejo de procriação tais casais de estabelecer liame de afetividade e responsabilidade para com os filhos concebidos por esse método, ressaltando a necessidade de existência de um lar propício para o desenvolvimento pessoal da criança.

Neste panorama, percebe-se que o entendimento mais razoável diante da atual realidade fática, é o que prima pela possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos, desde que as condições e características pessoais do casal, bem como seus valores éticos e sociais sejam hábeis para assegurar a formação de uma família pautada no respeito e no afeto entre seus membros.

Sedimenta-se, que a interpretação do princípio do melhor interesse da criança não pode ser realizada de maneira apartada dos princípios constitucionais, ou seja, deve-se ter como parâmetro a interligação de tal princípio com a dignidade da pessoa humana, a não-discriminação e a igualdade, de modo que, a utilização de tais técnicas não podem ser negadas aos casais homoafetivos pelo simples argumento da orientação sexual dos parceiros.

Ainda, no que refere-se à efetivação do direito de filiação, denotou-se que o Poder Judiciário já decidiu em algumas comarcas pela determinação da condição de filhos para crianças concebidas através de tais procedimentos, nas quais ficou determinado a colocação da parentalidade homoafetiva no de registro civil das crianças advindas da utilização dos métodos artificiais, atribuindo a criança e aos pais ou mães homoafetivos a eficaz exteriorização jurídica da verdadeira situação afetiva pela qual vive a criança, assegurando-a direitos afetivos e patrimoniais decorrentes de tais relacionamentos.

Ressaltou-se que a origem de uma criança por meio dessas técnicas, ocasiona a necessidade de tutela jurisdicional por parte do Estado, visto que, é dever do Estado Democrático de Direito adequa-se as mudanças sociais presentes na nova conjuntura das famílias.

Como resultado, denota claramente pela possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida pelos casais homoafetivos, desde que a pretensão da parentalidade respeite os ditames colimados pela dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, da paternidade responsável, bem como no estudo delimitado do melhor interesse do menor, não podendo a orientação sexual dos parceiros homoafetivos, por si só, impossibilitar a realização de um projeto parental

por tais casais.

Por fim, conclui-se que apesar da constatação acima mencionada, infere-se pela necessidade de uma regulamentação própria para tratar acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos, com o intuito de solucionar as controvérsias existentes sobre a temática, a fim de assegurar segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio para realização de tais procedimentos. Doutra banda, salienta-se que enquanto não houver regulamentação acerca da temática, ressalta-se pela necessidade do Poder Judiciário tutelar e solucionar os conflitos resultantes de tal utilização, interpretando cada caso concreto sob o fundamento dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. **Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 7, n. 34, p. 72-97, fev./mar, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa física, pessoa jurídica e produto.** Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

BARBOSA, Marília de Lima. **O transexual e o direito à mudança de nome e a uma nova identidade sexual.** Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, 2006.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis.** Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ- Centro de Atualização Jurídica, n.16, maio/agosto, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf> Acesso em: 20 de fev. de 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código Civil (2002).** Brasília: Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2013.

_____. **Constituição Federal (1988)** Brasília: Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008.

_____. **Declaração dos Direitos Humanos (1948).** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em: 12 de fev. de 2014.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de jan. de 1996. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm> Acesso em: 24 de fev. de 2014.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de mar. de 2005. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em: 19 de dez. de 2013.

_____. **Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, 09 de maio de 2013.** Dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Disponível em: <
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 19 de dez. de 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade.3.510.** Rel. Min. Ayres Britto. j. em 27.05.2010. Publicado em 28.05.2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510> > Acesso em: 15 de dez. de 2013.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Ayres Britto na ação de descumprimento de preceito fundamental 132/RJ e ação direta de inconstitucionalidade 4277.** Rel. Min Ayres Brito. j. em 05.05.2011. Publicado em 13.10.2011. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>> Acesso em 22 de fev. de 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Ayres Britto na ação de descumprimento de preceito fundamental 132/RJ e ação direta de inconstitucionalidade 4277.** Rel. Min Ayres Brito. j. em 05.05.2011. Publicado em 13.10.2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf> > Acesso em: 20 de fev. de 2014.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista . **Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da procriação medicamente assistida.** 2012. Disponível em: <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d516b13671a4179d>>. Acesso em: 23 de fev. de 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família.** vol. VII. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHAVES, Mariana. **Homoafetividade e Direito: Proteção Constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade.** 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CHILETTO, Maria Claudia Cairo. **Uniões homoafetivas: uma nova concepção de família na perspectiva do direito civil- constitucional.** Tese de mestrado apresentada a Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes, 2007.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida.** São Paulo: SRS, 2008.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Lisboa, Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença.** Minas Gerais: Universo Jurídico, 2005. Disponível em: <
http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf. > Acesso em 22 de fev. de 2014.

_____. **Manual de direito das famílias.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Tradução de Leandro Konder. 17.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica**. Porto Alegre: Revista da AJURIS, n.88, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e suas consequências jurídicas**, Curitiba: Editora Juruá, 2009.

GLOBO. **Censo 2010 contabiliza mais de 60 mil casais homossexuais**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/censo-2010-contabiliza-mais-de-60-mil-casais-homossexuais.html> > Acesso em: 18 de fev. de 2014.

HESSE, Korand. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FICHER, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva**. v.17, n.01. Fortaleza: Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NAKAKURA, Tércia Talita de Moraes Farias. **A repersonalização das relações de família e a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por casais homossexuais**. Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Fortaleza, ano 3, n. 2. ago./dez. 2011. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edi002_2011/artigos/05-Repersonalizacao.das.Relacoes.de.Familia.pdf> Acesso em: 21 de jan. 2014.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEROMM NETO, Samuel. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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.

SANTANA, Valfredo Mateus. **O processo de transgenitalização perante o sus e os impasses da requalificação civil do transexual**. Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, 2011.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e a maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução humana assistida**. 1.ed. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

SENTENÇA. **Comarca de São Paulo**. Juiz Fabiano Eduardo Basso. Proc. 0203349-12.2009.8.26.0002, j. 30/12/2010. Disponível em: <
http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1350__af482377736f555502a86d2f18c3459d.pdf> Acesso em: 27 de fev. de 2014.

_____. **Comarca de Recife**. Juiz Clícério Bezerra e Silva. Proc. nº indisponível, 1ª Vara de Família e Registro Civil. j. 28/02/2012. Disponível em: <
http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1175__c5d8601adbde14a319111bdea71487a6.pdf> Acesso em: 27 de fev. de 2014.

SILVA, Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e Silva. **Reprodução assistida entre mulheres homossexuais**. Tese de mestrado apresentada a universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.

SOUZA, Marise Cunha de. **Os Casais Homoafetivos ea Possibilidade de Procriação com a Utilização do Gameta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida**. v.13. n. 52. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. vol.1**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006

VIEIRA, Tereza Rodrigues; FÉO, Christina. **O destino dos embriões congelados**. Revista Jurídica Consulex. Brasília ano 13, nº 310, dez. 2009.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida – aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANEXO A - RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/2013

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.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana; CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132); CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica; CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013,

RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revoga-se a Resolução CFM nº 1.957/10, publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79, e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de ovócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de ovócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - 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.

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

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição;

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.
- 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.
- 6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 8 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.
- 9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.
- 2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.
- 3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.
- 4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

- 1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.
- 2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.
- 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

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

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

- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

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

- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- os riscos inerentes à maternidade;

- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

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

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/13

No Brasil, até a presente data não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.957/10 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. No entanto, as mudanças sociais e a

constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária a sua revisão.

Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança (Lei no 11.105/05), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células-tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco.

Outros fatores motivadores foram a falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados.

Esses aspectos geraram dúvidas crescentes oriundas dos Conselhos Regionais de Medicina, provocando a necessidade de atualizações.

O somatório dos fatores acima citados foi estudado pela comissão, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada, que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de abril de 2013.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 1.358/92 –
Reprodução Assistida

**ANEXO B- SENTENÇA DA COMARCA DE SÃO PAULO PROFERIDA PELO JUIZ
FABIANO EDUARDO BASSO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO REGIONAL II - SANTO AMARO

6ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES

AVENIDA ADOLFO PINHEIRO Nº 1992, São Paulo - SP - CEP 04734-

0040203349-12.2009.8.26.0002 - lauda 1

SENTENÇA

Processo nº: 0203349-12.2009.8.26.0002

Classe - Assunto Ação Declaratória

Requerente: A. T. M. e outros

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Fabio Eduardo Basso

Vistos

.

M. K. E. O., AD. T. M., a mãe gestacional, e os gêmeos E. K. T. E A. L. K. T., ainda nascituros e seguindo depois de nascidos em 29.4.2009 (fls. 02, 83/84 e 107/110), promoveram a presente ação para ver declarado e reconhecida a filiação dos menores em relação a M., uma vez que a mãe biológica. Segundo a inicial, M. e A. vivendo firme, estável e pública união afetiva, decidiram ter filhos. Optaram, então, com regular apoio e acompanhamento médico, por método científico de inseminação artificial heteróloga, por meio de fertilização in vitro dos óvulos de M. com sêmen masculino de doador anônimo, formando embriões posteriormente transferidos para o útero de A., que levou a gestação a feliz termo. A. já tem seu nome no assento de nascimento das crianças, e acrescido o nome de M. e de seus pais, estabelecida a dupla maternidade.

A antecipação da tutela para o registro das crianças após o nascimento em nome de M. e A. fora indeferida (fls. 75/78 e 176/185).

Por ordem da Superior Instância, nomeada curadora especial aos menores, que se manifestou (fl. 225).

Resultado de exame de DNA (fl. 222) a confirmar a maternidade biológica de M. nas fls. 229/230.

Parecer do Ministério Público às fls. 232/239.

É a síntese do necessário.

DECIDO.

O feito comporta julgamento no estado em que se encontra. Diante da consistência do produzido, desnecessárias outras provas, em particular a avaliação psicossocial reclamada pela curadora especial nomeada (fl. 225), que, ademais, pelo preciso objeto da causa, de novo e importante, nada viria a acrescentar.

A pretensão é procedente.

Casal homossexual feminino, pela técnica autorizada da inseminação artificial heteróloga, fertilização in vitro, escolheu dar vida a crianças, seus filhos. E. e A. L., gêmeos, nasceram em 29 de abril de 2009. A., a mãe gestacional, já teve sua condição reconhecida; tem seu nome no assento de nascimento dos menores (fls. 83/84 - art. 1.603, do CC). M., a mãe biológica (fls. 50/51 e 229/230), merece igual sorte.

Dentro do direito fundamental de liberdade (art. 5º, caput, da CF), valendo-se da mais pura autonomia de sua vontade, embora com ovários perfeitos e normais e bons óvulos, preferiu M. não gestar. Entregou a missão para A., cujo potencial reprodutivo era reduzido, e uma vez que comum o sonho em ter filhos. O sêmen de doador anônimo fertilizou óvulos de M. originando embriões, que um pouco desenvolvidos, foram transferidos para o útero de A. (fl. 51), que levou a gestação a termo. Fixados, com isso, contornos especiais, singulares ao caso. E mais, estabelecida uma situação de fato sem retorno.

Corretamente resumiu e ponderou a Promotora de Justiça Cláudia Moreira França: “No caso em tela, a realidade é patente: A. e M. formam um casal; vivem juntas e resolveram ter filhos. Valeram-se de método avançado da medicina, que possibilitou que as crianças que nasceram dessa relação não tenham pai oficialmente. São fruto da junção biológica dos óvulos de M. com os espermatozoides de um indivíduo do sexo masculino, cuja identidade não será conhecida. Não se trata de um verdadeiro PAI, mas sim, de um DOADOR.

Por outro lado, possuem as afortunadas crianças DUAS MÃES; e mais, a possibilidade de desfrutar da vida juntamente com ambas, as quais, ao que consta, pretendem criar a prole com todo o amor e dedicação. O vínculo afetivo que A. e M. possuem com as crianças A. L. e E. são incontestáveis e preponderantes sobre qualquer eventual discussão sobre qual delas deve ser coroada 'MÃE'. Trata-se, na realidade, de se reconhecer a situação de fato existente, o que traz sentido à aplicação da própria lei” (fl. 235).

O fato está indisfarçavelmente consolidado, de tal forma a apequenar qualquer regra que se queira aplicar ou interpretar para afastar o pleito inicial, e mesmo o desamparado receio e as conjecturas de um futuro de dúvidas e dificuldades aos menores.

As chances de insucesso e frustrações são idênticas às do casal heterossexual e seus filhos, ou daqueles que sozinhos se dedicam à sublime condição de pai ou mãe. Os temidos e ocasionais constrangimentos, próprios da vida em sociedade e a atingir qualquer de nós sem distinção, por razões iguais ou diferentes, mas sempre sem nobreza, além da improvável insurgência das crianças, na fase adulta, com a filiação a elas atribuída, não afetarão ou modificarão a situação consumada, o estado imutável das coisas.

A condição de E. e A. L. de filhos de A. e M. está tão solidificada, íntima e publicamente assentada, que o ponto central da demanda, a admissão formal e jurídica dela (condição de filho), não conseguiria ocupar o mesmo plano e importância.

Ainda assim, dar força jurídica à realidade, assegurar todos os encargos e direitos inerentes ao poder familiar, ao parentesco (fls. 20 e 108 - art. 1.593, do CC), é nada mais que o justo com este núcleo familiar.

Quando a técnica conhecida e permitida melhora e até contraria a natureza, não cabe ao Direito ficar indiferente ou resistente. Duas genitoras, como exige o caso e nas suas especificidades, não se pode estranhar ou deixar de ver.

E a boa fundamentação jurídica trazida na petição inicial pelos cultos advogados que a subscrevem, aqui é aproveitada.

Alicerça a solução e pelo que por si e em si diz, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Igualmente, a liberdade, o direito a se ter filhos e de planejá-los de maneira responsável (arts. 5º, caput e 226, § 7º, do CF).

Ainda, o dever da não-discriminação e igualdade, às várias formas de família e aos filhos que delas se originem (arts. 3º, IV, 226, e 227, caput e § 3º, da CF), e, conseqüentemente, o direito ao estado de filiação e ao nome, reciprocamente entre pais e filhos, não só para a perfeita e própria identificação, mas também daqueles e da célula familiar de que derivam.

Ao final certo que respeitados, na hipótese, os superiores interesses dos menores de idade.

Posto isto, JULGO PROCEDENTE o pedido para reconhecer E. K. T. e A. L. K. T. também filhos de M. K. E. O., a mãe biológica, atribuindo-se a eles e a ela todos os direitos relativos à filiação e ao parentesco.

As crianças manterão o nome, passando a constar, em retificação, no respectivo assento de nascimento, que filhos de A. T. M. e M.K. E. O., tendo por avós J. S. M. e I. T. A., e K. A. E. O. e M. F. A (fls. 26 e 110).

Persistindo parte das razões que orientaram o indeferimento da antecipação da tutela neste grau e na Superior Instância (ausência de dano grave ou de difícil reparação, e o perigo de irreversibilidade da medida - fls. 75/78 e 176/179), somente após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de averbação ao Cartório competente para os acréscimos e correções nas certidões de nascimento dos menores. Junte-se cópia da certidão de nascimento de M..

Sem custas pela assistência judiciária. Arbitro os honorários da curadora especial nomeada em 100% do previsto na tabela do convênio OAB/DPE. Expeça-se certidão com o trânsito em julgado.

P.R.I.

São Paulo, 30 de dezembro de 2010.

FÁBIO EDUARDO BASSO

Juiz de Direito

**ANEXO C- SENTENÇA DA COMARCA DE RECIFE PROFERIDA PELO JUIZ
CLICÉRIO BEZERRA E SILVA**

ESTADO DE PERNAMBUCO

PODER JUDICIÁRIO

JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA
DO RECIFE

PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE

REQUERENTES: M.A.A. e W.A.A.

S E N T E N Ç A

Vistos etc.

M.A.A. e W.A.A., amplamente qualificados nos autos, ingressam com pedido de abertura da jurisdição administrativa deste Juízo de Família e Registro Civil, postulando o assentamento civil, com a indicação da paternidade, da criança M.T.A.A., nascida em 29/01/2012, concebida a partir de inseminação artificial heteróloga, gerada em útero de substituição, com utilização de material genético do primeiro requerente e de óvulo doado por mulher não identificada, para fazer constar o nome de ambos na qualidade de pais.

A menor M.T.A.A. está sob a guarda dos requerentes, os quais vivem em união homoafetiva - recentemente convertida em casamento civil - há mais de 15 (quinze) anos, conforme faz prova Certidão de Casamento por eles apresentada.

A concepção da infante se deu através da fertilização in vitro no útero de substituição de A.L.S., a qual atestou, mediante Escritura Pública de Termo de Consentimento, sua livre participação na gestação em substituição, a partir de doação de óvulo proveniente de banco de armazenamento, reconhecendo a dupla paternidade dos requerentes em relação a menor.

À petição, agregaram os seguintes documentos: Declaração de Nascido Vivo nº 30-56830128-7; Certidão de Casamento; Termo de Consentimento, por instrumento particular e público; Declaração do Centro de Reprodução Humana;

Resolução CFM nº 1.957/2010, e seu Anexo Único (Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida); Relatos colhidos na internet sobre casos ocorridos anteriormente; Cópia de decisão judicial, em situação análoga, onde duas mulheres (a genitora e sua companheira) obtiveram autorização judicial para registro de uma criança.

Pronunciando-se nestes autos, o representante do Ministério Público, opinou favoravelmente ao pedido dos requerentes, na esteira de seu parecer colacionado às fls. 27/40, que esgotou com preciosismo as questões marginais e nucleares do presente feito, tornando despiciendas quaisquer delongas que frustrem a análise do ponto de maior pungência contido nesses autos – a luta pelo reconhecimento de direitos dos casais homoafetivos, notadamente, a homoparentalidade¹.

Findo este breve histórico da causa, principio meu julgamento.

Assentada uma sintética narrativa dos fatos que sedimentam este processo de indicação de paternidade, utilizado como ferramenta processual de abertura da jurisdição administrativa deste Juízo de Família e Registro Civil, e não havendo qualquer questão processual a solver, passo ao esquadrinhamento da questão nuclear do pedido.

O objetivo deste feito administrativo é a abertura do assentamento de nascimento da menor M.T.A.A., concebida através de uma reprodução assistida heteróloga, na condição de filha dos requerentes, ambos do sexo masculino.

Principiando minha convicção, começo por aclarar que o caso revelado pelos meandros destes autos, diz respeito à possibilidade da configuração da homoparentalidade mediante a chancela judicial, circunstância a particularizar e impingir relativo ineditismo ao caso em julgamento.

Pelas frestas dos presente autos, se percebe a busca de dois cidadãos à fruição de direitos basilares, constitucionalmente albergados, e, à devida tutela estatal à nova formatação de entidade familiar e, em especial, de seus conseqüências, in casu, o direito à homoparentalidade.

Nota-se que os requerentes, os quais mantêm uma relação homoafetiva há mais de 15 (quinze) anos, buscam converter um vínculo precário, em que, teoricamente, apenas um dos requerentes poderia ter a paternidade reconhecida com base na consanguinidade, para um vínculo institucionalizado, no qual os dois requerentes poderão ter a paternidade simultaneamente reconhecida, com alicerce na afetividade e na aplicação da mais moderna hermenêutica jurídica.

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

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

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

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

Diante desse estado de coisas, o Poder Judiciário, no exercício de sua função de intérprete da lei, deve estar atento ao ruído (quicá estrondo) das marchas sociais; ciente que “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e/ou integrá-lo na realidade social”, na dicção brilhante do constitucionalista alemão Peter Häberle.

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

É justamente isso que fizeram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, proferida em 05 de maio de 2011, e que vem sendo apontada como indutora da catálise de entendimentos e avanços sobre a temática da homoafetividade em nosso país, tendo em vista sua natureza abrangente, justíssima e caudatária (dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante - art. 102, § 2º, CF/88).

Na dita decisão, prolatada na sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, convertida na Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, os ministros daquela Corte, reconheceram, por unanimidade, a existência de mais um tipo de entidade familiar - a união de pessoas do mesmo sexo - e, via de consequência, reconheceram os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva.

Anote-se que a aludida decisão se reveste de um duplo efeito.

A um, para reconhecer a existência de mais um tipo de entidade familiar: o da união de pessoas do mesmo sexo.

A dois, e é esse o ponto de destaque, para estender os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àqueles que optam pela relação homoafetiva.

Antecipadamente, busco, de logo, rechaçar as críticas que possam advir desse posicionamento, oriundas daqueles que têm assacado o Judiciário sob o argumento de que este Poder tem extrapolado suas atribuições constitucionais, lembrando-lhes que toda a construção legal acerca da homoafetividade, hospedada no direito de família no Brasil, tem origem pretoriana.

Instados a decidir nos casos concretos, cabe a nós magistrados, darmos um tratamento arqueável as normas jurídicas, amoldando-as aos fatos sociais em que se afigura a omissão legislativa plena, como se dá em relação à homoafetividade.

A lei, na maioria dos casos, veio a posteriori, na tentativa, por vezes tardia e inócua, de adequar a norma no tempo ou integrá-la ao fenômeno social, por essência, ultra dinâmico.

Embora relegado à míngua legislativa, em razão das incompreensíveis resistências sociais e institucionais, fundadas em dogmatismos seculares, configura-se uma realidade que o Judiciário não pode ignorar.

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

“Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo „democraticamente“ decretar a perda de direitos civis da minoria, pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo

- que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.” “Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é „democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.”

No cenário dos autos, vê-se uma entidade familiar, na qual os requerentes se reconhecem como homossexuais e almejam exercer, conjuntamente, a função de pais de uma criança, fenômeno que vem sendo denominado pela doutrina moderna de homoparentalidade.

Acrescente-se ao quadro o fato de que, mediante planejamento conjunto, os parceiros optaram pelo acesso à homoparentalidade através do uso das novas tecnologias reprodutivas (inseminação artificial heteróloga) para formar uma família, sendo certo que a afetividade, desde o nascimento vem sendo exercida pelos dois, malgrado apenas um deles ser o pai biológico.

A pequena M.T.A.A., desta feita, do ponto de vista estritamente biológico, é filha de M.A.A., mas afetivamente, o é, igualmente, de W.A.A. – que compartilhou com seu marido todas as agruras e benesses, que envolveram o sonho mútuo deste casal em trazer ao mundo um rebento, suportando, inclusive, as responsabilidades materiais e emocionais advindas desse processo.

Volvendo-me às pesquisas e estudos oficiais sobre a homoparentalidade, que vêm sendo realizados ao redor do mundo há mais de 30 (trinta) anos, encampados por profissionais de múltiplas áreas do conhecimento, como a Psicologia, Antropologia, Psiquiatria, Pediatria, Serviço Social e do próprio Direito, temos que nenhum prejuízo à criança foi observado, sob o ponto de vista de sua saúde psíquica, estabilidade emocional, capacidade de adaptação ao meio, enfrentamento do estigma, desenvolvimento da identidade de gênero, orientação sexual, dentre outros aspectos.

As pesquisas demonstram, ainda, não haver diferenças significativas entre o desenvolvimento de crianças criadas por famílias heterossexuais, comparadas àquelas criadas por famílias homossexuais. Assim não poderia ser diferente, posto

que não é o sexo dos pais/mães que irá configurar-se como fator de preponderância ao bom desenvolvimento da criança, mas a qualidade da relação que aqueles conseguem estabelecer com esta.

No que atine aos pais/mães homoafetivos, o resultado geral das pesquisas realizadas por diversos autores indicam a inexistência de diferenças em relação à habilidade para o cuidado dos filhos e à capacidade parental de pessoas heterossexuais e homossexuais. Vejamos excerto conclusivo de pesquisa realizada pela American Psychological Association (APA):

(...) não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento “psicológico das crianças”. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e “não demonstrou comportamentos egodestrutivos prejudiciais à comunidade”. “Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, egoconfiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais.” (WALD; REYNOLDS, 1992).

Refletindo no campo hipotético, sob o olhar daqueles que, de maneira radical, rechaçam a possibilidade da criação de menores por casais homoafetivos, alegando a eventual ocorrência de dano psíquico às crianças inseridas neste contexto familiar, tenho que, no meu sentir e valendo-me do senso comum, que tal prejuízo, revela-se, em verdade, àqueles submetidos a maus-tratos, abuso sexual, abandono ou alienação parental. O desejo de partilhar com uma criança o amor, o carinho e o cuidado, tem, ao revés, o condão de construir, de curar.

Valendo-me de uma interpretação aberta e pluralista dos dispositivos atinentes à matéria e da forma dedutiva de raciocínio, tenho como legítima entidade familiar a união dos requerentes, e, em via indissociável, legítimo o direito à parentalidade homoafetiva que perseguem.

Não proclamar tal pretensão corresponderia a uma usurpação principiológica da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF/88), e dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5º, caput e I, CF/88), liberdade, intimidade (art. 5º, X, CF/88), proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88), ao direito de se ter filhos e planejá-los de maneira responsável (arts. 5º, caput e 226, parágrafo 7º, da CF c/c

art. 2º da Lei nº 9.263/96) e, por fim, da própria matriz estruturante do Estado Republicano de Direito: a democracia.

Ainda, seria ato atentatório ao sistema constitucional posto, que confere ao Supremo Tribunal Federal a chancela de guardião da Carta Maior e ato de incongruência à recente decisão com efeito erga omnes e vinculante já vergastada neste decisório (julgamento conjunto - ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) e repisada por este próprio Juízo de Direito em outros julgados que guardam similitude ao presente, como se deu na sentença prolatada nos autos do Pedido Administrativo de Conversão de União Estável em Casamento dos próprios requerentes:

“Com efeito, decorridos 23 (vinte e três) anos da promulgação do texto constitucional, me parece imperioso que se inclua na esteira das entidades familiares essa nova modalidade de configuração familiar, mantida por pessoas do mesmo sexo, haja vista, dentre outras razões já esposadas, que estas se fundam, igualmente, nos pilares da afetividade.

Porém, não me parece razoável, à luz da hermenêutica, das considerações históricas, ideológicas, econômicas, políticas e sociais do Estado Brasileiro, que aos homoafetivos seja resguardado, tão somente, o direito de ver reconhecidas suas uniões, que, aprioristicamente, são estáveis, nos requisitos e formas da lei.

Aqui, em prol de uma “falsa segurança jurídica”, estar-se-ia criando um problema tão danoso quanto ao anterior, pois mitigações seriíssimas aos direitos fundamentais dos homoafetivos (igualdade, liberdade, intimidade, não discriminação etc.) continuariam a ser perpetradas, confinando-os ao constante estado de ameaça de lesão, pelo próprio Estado Democrático de Direito, por mais contra-senso que o seja!

Isto porque, o próprio Estado já previu, no bojo de seu sistema, a facilitação da progressão do vínculo precário de afeto (uniões estáveis) ao vínculo institucionalizado (casamento), em prol da verdadeira e mais abrangente segurança jurídica dos nubentes, no atendimento aos seus direitos patrimoniais, previdenciários, sucessórios, de procriação, adoção, etc.

Ao ditar a facilitação, o Estado busca plasmar caracteres sociais, a fim de intensificar sua própria força normativa e garantir a fruição de direitos de diversos matizes aos seus cidadãos, seja qual for a forma que optem em desenvolver suas afetividades.

(...)

Desta forma, estaremos diante da positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, cuja tutela vem sendo negligenciada aos homoafetivos pela esteira das décadas.”

Ademais, o que se descortina pelas entrelinhas pulsantes desses autos, salta aos olhos e entenece o coração.

É vívido e clarividente o laço afetivo que envolve os requerentes e a menor, que sujeitos as mais brutais formas de opressão e limitações de diversos matizes, não sucumbiram ao sonho de se sagrarem pais.

Unidos pelo amor que inflamou suas vidas, romperam grilhões, paradigmas e as próprias limitações de seus corpos, que por serem humanamente limitados, não puderam abrigar os desejos da alma, queurgia por gerar sua extensão nesse mundo na figura humana de um filho.

Pela junção do amor pluralista com a ciência, projetaram e conceberam uma filha, a qual almejam tão somente plasmar com seus nomes, a fim de que possam nutri-la ao longo da vida com o cuidado paternal - que todo bem agrega e todo mal afasta.

Buscam e demonstram meios suficientes para criar essa criança no abrigo do amor, dotando-lhe de virtudes e da índole dos retos, para que possa, então, alcançar a liberdade, a autodeterminação e a felicidade em sua, ora tão embrionária, vida.

Negar guarida a essa constelação familiar, formada por pais homoafetivos e uma filha concebida pela fertilização em proveta, é relegá-los a um sofrimento indigno, socialmente imposto, com reflexos avassaladores às suas condições humanas e existenciais.

Tenho que incoerente seria ao Estado-Juiz legitimar, no plano jurídico, o exercício da conjugalidade homoafetiva e não reconhecer, por outro lado, o exercício da parentalidade. Revelar-se-ia discriminatório garantir o desempenho de ambos papéis, conjugal e parental, às famílias compostas de casais heteroafetivos em detrimento daquelas compostas por casais homoafetivos.

A presente decisão tem por escopo cancelar, juridicamente, o que no mundo dos fatos é irreversível, o exercício da coparentalidade homoafetiva, escolha já realizada pelos requerentes.

O pleno exercício da parentalidade, revelado pelo cuidar, prover, educar não guarda relação com a identidade sexual, é inerente ao próprio ser humano.

Até mesmo a antiga concepção que ao pai era reservado tão somente o prover e à mãe o cuidado dos filhos, hodiernamente, se apresenta ultrapassada. Inúmeros são os exemplos de pais que fazem da prática do cuidar um objetivo de vida.

Em um mundo onde incontáveis pequenos seres humanos são privados do despertar de sentimentos nobres, como o amor, o afeto, agraciados são aqueles aos quais é permitida uma convivência saudável, verdadeira, edificante, experimentada no cotidiano em família.

Por mais que as forças estéreis da resistência tentem turbar a tendência da teia social moderna, que, compassadamente, comporta novas formatações de relacionamentos interpessoais, tais iniciativas acabam relegadas ao insucesso.

Nem a força dos tribunais positivistas, nem o fundamentalismo irracional, nem as legiões de reacionários e seus brados falsamente moralistas, conseguem obstar essa nova e espantosa ordem das coisas.

Sob essa ótica e para o reforço das ideias, rogo vênias a ilustre representante do Ministério Público, Dr. Adalberto Mendes Pinto Vieira, para incorporar a este pronunciamento os seguintes excertos do seu parecer:

“Cabe, inicialmente, uma reflexão deste órgão ministerial, ciente de que esta decisão extrapola os limites internos da pretendida indicação de paternidade, enquanto entendimento jurídico e de prestação ministerial no sentido de, através, de uma atitude positiva, colaborar na construção de uma sociedade baseada no respeito à pessoa humana e nos princípios fundamentais desta República.”

(...)

“Estamos diante de um fenômeno jurídico no assentamento do registro e na certidão de nascimento da criança, que se constitui na dupla maternidade ou paternidade, posto que na filiação irá constar apenas o nome do casal constituído pelo par homoafetivo.

A situação apresentada faz-nos refletir sobre a necessidade de que a realidade fática seja acolhida, contemplada e disciplinada pelo universo do direito. Contrário sensu de que serviria o direito senão para disciplinar as relações humanas, estabelecendo regras de convivência e regulando direitos e deveres?”

(...)

“Tudo isto para que possamos afastar falsas premissas do nosso raciocínio, com a finalidade de ater-nos a questão fundamental da presente demanda: que se cinge a uma família, protegida pelo Estado, na busca da sua completude com a constituição de prole, envolvendo a filiação de uma criança para dois pais, com registro pelo pai biológico e seu marido. Arremato a questão para incluir que o método científico escolhido foi o da fertilização in vitro (FIV) e procedimento de injeção intracitoplasmática do Espermatozoide denominada I. C. S. I. , com transferência para o útero de substituição, com procedimento regulado pela Resolução CFM nº 1.957/2010, e seu Anexo Único.

O casal homoafetivo escolheu dar a vida a seus filhos, através desse método conceptivo avançado do útero substituto, com técnica autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, constando o nome do pai biológico M. A. A. na Declaração de Nascimento nº ... (fls. 09).

O casal, valendo-se da autonomia de sua vontade (art. 5º, caput, da CF), uma vez que tinha em comum o sonho de ter filhos, ante a impossibilidade biológica de gestar, entregou a missão a uma parenta, A. L. D. S. O sêmen do primeiro requerente, M. A. S. A., fertilizou óvulos de doadora anônima, originando embriões, que um pouco desenvolvidos, foram transferidos para o útero de A. L. D. S., que por sua vez levou a gestação a um termo feliz, resultando no nascimento de M. T.

Estes são os contornos singulares e especiais da demanda apresentada: o fruto da junção biológica dos espermatozoides de M. A. A., com os óvulos de uma doadora anônima, cuja identidade não será conhecida, gestados no

útero substituto de A. L. D. S., e que W. A. A., cônjuge daquele, busca assumir conjuntamente a paternidade.

Não se trata de fato de uma „MÃE“, mas sim, de uma DOADORA anônima e de uma pessoa que ofereceu seu útero em substituição, constituindo estas duas situações o aspecto singular ao caso. A dupla paternidade, fruto do afeto do par homoafetivo, o aspecto especial. O amor que gera, impulsiona a vida e concretiza os sonhos, é único e exclusivo do par formado por M. e W.

Foi estabelecida uma situação de fato e sem retorno. O casal valeu-se de método avançado da medicina, que possibilitou o nascimento de M. T.”

Chegou o tempo em que se faz necessário por dúvidas em nossas antigas certezas. Há que se resignificar a realidade social. Traçar novos paradigmas.

Finalizando e sob o aspecto formal, observo que o pedido veio instruído com todos os documentos indispensáveis ao seu acolhimento, quais sejam, Declaração de Nascido Vivo nº 30-56830128-7; Certidão de Casamento; Termo de Consentimento, por instrumento particular e público; Declaração do Centro de Reprodução Humana, pelo que se atesta a regularidade formal do pleito.

Traçado esse panorama, e no cotejo do acervo fático-probatório, verifico a inexistência de qualquer irregularidade formal e/ou fatos obstativos à pretensão que ora se persegue.

Conforme fortemente repisado no presente corpo sentencial, a aludida pretensão encontra fundamentação no Preâmbulo Constitucional; nos Princípios da República (art. 1º, II e III); nos Direitos e Garantias Fundamentais, quais sejam, a igualdade (art. 5º, caput, I), liberdade, intimidade (art. 5º, X) e proibição da discriminação (art. 3º, IV); no artigo 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, todos, da Constituição da República; na Decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim, na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de perfil sexual, em 17/06/2011, da qual o Brasil é signatário.

À vista do exposto e a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelos arts. 29, I, e 50 a 66, da Lei nº 6.015/73, nos termos do Decreto nº 7.231/2010, e no Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco, Provimento nº 20, de 20/11/2009 (DJE 30/11/2009), determino a abertura e lavratura do assentamento do registro de nascimento de M. T. A. A., nascida em 29.01.2012, as 00h44m, do sexo feminino, no Hospital Esperança Ltda, natural do Recife, Estado de Pernambuco, filha de M. A. A. e de W. A. A., tendo

como avós paternos, por um lado, M. P. D. S. e T. A. D. S., e, por outro, de S. R. D. A. e M. J. S. D. A., respectivamente.

Observe-se o segredo de justiça quanto aos documentos da presente habilitação.

Intimem-se os requerentes e dê-se ciência ao Ministério Público. Registre-se. Após as expedições necessárias, ao arquivo.

Recife, 28 de fevereiro de 2012

CLICÉRIO BEZERRA E SILVA

- Juiz de Direito -