

## AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E AS TÉCNICAS MÉDICAS QUE AUXÍLIAM SUA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS NO DIREITO PÁTRIO

Marina Zuan CHENSO<sup>1</sup>  
Geala Geslaine FERRARI<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família ao reconhecer outras entidades familiares, além da matrimonial. Hoje pode ser definida como uma instituição pluralista, sempre entrelaçada aos valores da dignidade, igualdade e solidariedade, tendo como fim o afeto independente de sua escolha sexual. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal passa-se a ter no cenário das famílias homoafetivas novos direitos assegurados, e com base no planejamento familiar e princípio constitucional da paternidade responsável estes passam a buscar através das técnicas de reprodução assistida a possibilidade de ampliação familiar, a gestação de filhos. Sempre assegurando a esta, a proteção integral e o seu melhor interesse. A reprodução humana assistida nestes casos serão sempre heteróloga, pois haverá sempre um terceiro estranho à relação, o doador, e em casais femininos há a doação de um óvulo de uma e cessão do útero da outra parceira. Já em casais masculinos, a gestação é aquela denominada por substituição, onde uma terceira, conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina deverá possuir grau de parentesco com um dos futuros pais, pois conforme art. 199 da Constituição Federal no direito pátrio é vedado a “barriga de aluguel”. Adverte-se que a realização desse projeto homoparental gera, além de direitos, deveres ao casal homoafetivo, oriundo da paternidade responsável e do poder familiar. Uma das maiores conquistas foi à possibilidade de registro duplo na Certidão de Nascimento dos filhos. Mas existem muitas controvérsias e indefinições quanto à temática levantada neste artigo pela lacuna legislativa que regulamente tais técnicas fecundatórias, caberá então ao Poder Judiciário dirimir essas questões com base nos princípios intrínsecos ao caso concreto.

**Palavras-chave:** ampliação familiar, reprodução assistida, homoparentalidade.

### 1 INTRODUÇÃO

A família atual é formada pelos laços da afetividade, pela solidariedade e ajuda mútua. A Constituição Federal de 1988 já havia elevado a status de ente familiares outras formas não advindas do matrimônio. Com isso o Direito de Família tem se tornado cada vez mais metamórfico.

<sup>1</sup> Graduada pela Universidade estadual de Londrina, Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina e professora na Faculdade Catuaí e Universidade Estadual de Londrina-UEL

<sup>2</sup> Aluna da Faculdade Catuaí em Cambé – Colaboradora do Projeto de Pesquisa “ Contratos em Biodireito” na Universidade Estadual em Londrina-UEL. gealaeneto@msn.com.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 132 e ADPF n. 4277 a qual passa a determinar uma interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civilista, deixou-se claro a não mais discriminação com a relação homoafetiva, e sua equiparação à união estável heterossexual. Sendo assim, a eles foram equiparados direitos e obrigações pertencentes ao instituto da união estável, entre eles conversão em casamento, mas principalmente tornaram-se sujeitos capazes de participar de técnicas de reprodução assistida.

Pretende-se traçar uma linha conceitual da família antes da Constituição, pós Constituição e contemporânea, enfatizando principalmente a formação da família homoafetiva, e como a doutrina e a jurisprudência a conceitua.

Mais adiante, será analisada a possibilidade desses casais realizarem o projeto parental por meio da reprodução humana assistida, demonstrando os efeitos jurídicos no mundo fático criado a partir da realização de tais técnicas, e do nascimento dessas crianças.

Por se tratar de um tema de profunda pesquisa e pouca legislação, por ser atual, será utilizado o método teórico, com o fim último de dar fundamento às posições neste adotada.

Por fim, entendendo ser um tema de extrema importância ao mundo jurídico e á sociedade como um todo cumpre identificar os resultados pelos qual tal pesquisa levará. Então o que se pretende com o presente trabalho é defender a possibilidade da formação da família homoafetiva através das técnicas de reprodução humana assistida ou sendo esta impossível por meio da adoção.

## **2 O CONCEITO MODERNO DE FAMÍLIA E AS MUDANÇAS ADVINDAS COM A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988 NO QUE DIZ RESPEITO À NOVAS ENTIDADES FAMILIARES**

O conceito de família no direito pátrio até a Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002 albergava conceitos pertencentes ao Direito Romano. Na Roma antiga, a família estava sujeita a autoridade do *patria potestas*, era o ascendente comum mais velho, o *pater* que tinha o poder soberano de um chefe sob todos os descendentes *aliena iures*, os não emancipados, sua esposa, as esposas

de seus descendentes e escravos. A família romana era patriarcal. Caio Maria da Silva Pereira (2007, p.23), diz que:

Em Roma a família era organizada sobre o princípio da autoridade, exercida sobre o *pater família*, que abrangia quantos a ele estavam submetidos. O *pater* era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto aos deuses domésticos e distribuía justiça.

Para Luis Edson Fachin (2003, p.57) no Direito Romano as relações familiares são reconstruídas aos moldes da conformação social, onde casal, filhos, escravos e servos estavam sob a autoridade do *paterfamilias*.

O antigo Código Civilista possuía seu eixo central voltado à proteção da propriedade e isso refletia diretamente no direito de família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e seu eixo voltado à dignidade humana a base do Direito familiar foi reestruturado, houve o reconhecimento de novas entidades familiares e o fim da discriminação no seio da família.

Hoje pode-se dizer que ela recebe por parte de seus membros os mais variados conceitos, pois representa uma associação dos pensamentos antropológicos, biológico, psicológico e até mesmo religioso ao ser chamado por Giselda Hironaka (2000, p.27) “como um elemento espiritual”. Juridicamente é essencial demonstrar que no Código Civil anterior por se tratar de um sistema paternalista, matrimonializado e hierarquizado, tal conceito encontrava-se permeado de resquícios do Direito Romano, principalmente no que diz respeito à autoridade e paternidade. Já com o advento da Carta Constitucional de 1988 muitas mudanças se consolidaram no âmbito do direito familiar, trazendo igualdade e abertura às novas formas familiares.

O art. 226 da Constituição Federal traz que a família como base da sociedade merece proteção do Estado. Em seu §3º em diante demonstrará o que neste capítulo se busca explicitar, por exemplo, tem-se a elevação da entidade familiar não matrimonializada, a união estável passa a ser reconhecida, e no §4º dá-se a elevação da família monoparental, aquela formada por um dos pais e filhos, podendo ser mãe e filhos ou pai e filhos, ao status de ente familiar.

E por fim, no §5º pode-se observar que o legislador mais uma vez declinou sua atenção a um dos princípios basilares de toda Carta Maior, o princípio da igualdade,, determinando a proibição à diferenciação entre homem e mulher, e tal

ato veio a por fim a discriminação que havia entre filhos legítimos e ilegítimos e também entre homem e mulher, no âmbito da autoridade familiar.

Segundo Maria Berenice Dias (2011, p.33) a família atual por dispor de várias formatações precisa ter um espectro cada vez mais abrangente, sendo assim:

Mais do que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consangüinidade, afinidade ou afetividade.

Por isso que a doutrina moderna do direito familiar defende uma visão pluralista do conceito de entidade familiar, onde nesta possa ser abrigados os mais diversos arranjos familiares, buscando-se sempre identificar o elemento que permite encaixar no conceito de família todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade.

A união estável é um exemplo de uma sociedade de fato que se transformou em sociedade de afeto, pois não se pode acreditar que o motivo que leva duas pessoas a manter um relacionamento seja o exercício de uma atividade econômica e a partilha dos resultados, mas sim a constituição de um lar. E mesmo com os direitos destes sendo bem diferentes dos pertencentes ao casamento, o fato da união estável não ser mais considerada uma sociedade de fato faz com que suas lides sejam de competência da Vara da Família e não mais da seara obrigacional. Para ser considerada união estável conforme o art. 226§3º Constituição Federal e art. 1723 Código Civil e Lei 9278/96, tal união deve possuir algumas características como: relação entre homem e mulher, de convivência pública, contínua e duradoura, sendo esta estabelecida com o objetivo de constituir família. E após o julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132 considera-se união estável interpretada conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, como sendo uma relação entre pessoas, de convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família<sup>3</sup>.

Tal equiparação trouxe reconhecimento à família homoafetiva que vivia à margem da sociedade, buscando no Judiciário uma solução para seus problemas, e

---

<sup>3</sup> Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil. Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO n° 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil." (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência). Tal transcrição consta no voto do Min. Ayres Britto no julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, p. 5.

na maioria das vezes tudo o que conseguia era uma sentença que declarava ser sua relação familiar uma sociedade de fato, e mesmo que houvesse uma minoria na jurisprudência que declarasse seus direitos, por exemplo, a atuante |Justiça do Rio Grande do Sul, uma das primeiras a dar direitos concretos à casais homoafetivos, tais anseios permaneciam no campo dos direitos obrigacionais. Só com a decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a união estável homoafetiva à heterossexual, uma interpretação conforme a constituição do art. 1723 do Código Civilista que tais direitos passaram a ser alcançados.

Segundo Orlando Gomes (1999, p.391) as famílias homoafetivas como sociedades de fato eram consideradas como pessoas que reuniam esforços ou capitais para empreendimento comum de finalidade econômica mediante contrato.

E antes de se tentar enquadrar a família dentro dos moldes da lei ou dos ditos sociais, morais ou pessoais precisamos nos lembrar dos ensinamentos de Guilherme Calmon (2001,p.23) ao dizer que a família antes de mais nada, é uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, e não um resultado da criação do homem.

Luis Edson Fachin (2001, p.35)diz que:

As transformações no contexto dos casais homoafetivos decorrem, dentre outras razões, de alterações das razões de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.

A Jurisprudência já vinha desenhando esse novo caminho que culminou na equiparação da união estável entre casais heterossexuais e homossexuais, em 1988 o Ministro Ruy Rosado de Aguiar do Superior Tribunal de Justiça determinava direitos que esses ainda não possuíam ao dizer que as “relações entre casais homossexuais constituem sociedade de fato e ensejam partilha do bem comum”, visto que esses não os eram assegurados. <sup>4</sup> Em 1991 o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira vai afirmar que a Justiça não pode seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito. <sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> SUPERIOR Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.148.897 MG. Min. Ruy Rosado de Aguiar de 10/02/1988. “Os homossexuais constituem sociedade de fato e ensejam partilha do bem comum”. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:REsp%20148.897/MG&s=jurisprudencia>. Acesso em: 01 de Mar. 2013.

<sup>5</sup> SUPERIOR Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 4987. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira de 04/06/199.

A família contemporânea ou atual é chamada por alguns doutrinadores como eudemonista, onde os membros pertencentes a ela são ligados pelo afeto e buscam á felicidade.

Luis Edson Fachin (2001, p.56) diz que:

Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

Isto também pode ser vislumbrado nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p.48) ao dizer que a família eudemonista busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. Como também Giselda Hironaka (2008, p.08) ao afirmar que o modelo de família atual é o eudemonista, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, sua própria realização, seu próprio bem estar.

### **3 O BIODIREITO E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Para entender o alcance do biodireito é necessário que antes se entenda o conceito de bioética. Maria Helena Diniz (2002, p.10) a define como uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, bem como um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular.

Temporalmente, o termo bioética só apareceu na década de 70, pós-segunda guerra mundial, em decorrência das atrocidades genéticas cometidas contra o ser humano, quando a comunidade Internacional através do Tribunal de Nuremberg condenou solenemente as experiências desumanas, passando então a surgir regras para experiências com seres humanos. Para Regina e Severo este código constituiu o primeiro indicador de cunho universal da necessidade de aliar a pesquisa científica ao respeito pelo ser humano, e pode ser considerado o documento *mater* da bioética.

São princípios da Bioética, a beneficência, onde nesta busca-se a promoção e bem-estar dos outros, a autonomia, onde o médico deve respeitar a vontade, a crença e os valores morais do paciente e a justiça, onde a conduta esperada pelo

médico é de extrema responsabilidade, principalmente em temas como transplantes, reprodução humana assistida que trataremos mais adiante e outros.

O Biodireito pode ser compreendido como uma ciência jurídica voltada para a positivação de normas que buscam regular as experiências científicas aplicadas ao homem, impondo sanção ao desrespeito a pessoa humana, objeto de tais pesquisas.

Ivan de Oliveira Silva diz que o biodireito se ocupa com o tratamento jurídico relacionado à vida humana, como por exemplo, com as novas técnicas de reprodução humana assistida e suas consequências na rotina forense<sup>6</sup>. Por isso pode-se afirmar que bioética e biodireito possuem como objetivo impor limitações à biociência e as experiências científicas que possam afetar a saúde do ser humano, com o fim de garantir o respeito à dignidade humana, a vida em todas as suas dimensões.

Por fim vale expressar que, segundo Norberto Bobbio (1992, p.32), tais temas remetem-se aos direitos de quarta dimensão, que são direitos que tem por fim normatizar os efeitos da revolução biotecnológica.

### **3.1 A Reprodução Humana Assistida e o Direito ao Planejamento Familiar**

A reprodução humana assistida pode ser entendida como um conjunto de técnicas, que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e proporcionando assim o nascimento de uma nova vida humana. Tal procedimento pode-se dar através da inseminação artificial, da fecundação artificial in vitro (FIV), da transferência intratubária de gametas (GIFT), da transferência de zigoto nas trompas de falópio (ZIFT) e da transferência em estágio de pró-núcleo (PROST). Também pode ser classificada como homóloga e heteróloga, a primeira é aquela que se dá quando não há interferência de material genético de terceiro na formação do embrião, já a heteróloga há doação do material genético de terceiro.

Cristiane Vasconcelos (2006, p.142) diz 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.

---

A reprodução assistida possui uma grande importância, pois garante àqueles que por alguma razão são estéreis, ou até mesmo possuam relações homoafetivas, o direito de procriar e constituir uma família junto de seus descendentes.

A Resolução 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina vigente até o ano de 2010, trazia as limitações às técnicas de reprodução humana assistida, indicando o sujeito capaz de ser submetido a tal tratamento, neste caso toda mulher capaz nos termos da lei, que concordasse de maneira livre e consciente, se casada ou em união estável, seria imprescindível a aprovação do cônjuge ou companheiro. Com as mudanças jurisprudenciais e principalmente após o julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132 pelo Supremo Tribunal Federal a qual trouxe uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 CC, passa-se a equiparar às relações homoafetivas todos os direitos dos casais em união estável.

Em face de todos esses avanços, a Resolução 1.957/2010 veio modificar a Resolução 1358/1992, vigente até então, alargando os sujeitos a quem tal instrumento reprodutivo alcançava, por exemplo, todas as pessoas capazes, e não mais se referindo a um sexo em si.

O direito à saúde é um direito constitucionalmente adquirido, que se faz presente no rol dos direitos sociais do art. 6º Constituição Federal, como também está expressamente determinado no art. 199 Constituição Federal, onde se determina no §4º que a lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem entre várias coisas o tratamento, e aqui se pode entender a reprodução humana assistida implicitamente definida. É direito de toda pessoa capaz, que possua dificuldade de procriação por infertilidade ou impossibilidade por diversidade de sexo buscar auxílio do Estado pleiteando tratamento eficaz, neste caso técnicas reprodutivas.

O art. 226 da Carta Magna em seu §7º diz que fundado na dignidade humana e na paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal e que compete ao estado propiciar recurso para o exercício desse direito.

O planejamento familiar está disposto na lei 9263/96, em seu art.2º seu conceito está definido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal.



Maria Helena (2002, p.133) diz que o planejamento familiar está vinculado à liberdade de decisão de cada casal que passa a ser responsável não só pelo número de filhos, como também por seu desenvolvimento físico, moral, educação, saúde e proteção.

Os direitos reprodutivos e sexuais fizeram parte da Conferência Internacional de Beijing em 1995, onde firmaram como direitos básicos de todos os casais e indivíduos a decisão livre e responsável do número de filhos, espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles, como a informação dos meios para tanto e o direito de alcançar o nível mais alto de saúde sexual e reprodutiva.

O que buscamos através deste artigo é demonstrar a possibilidade da formação das famílias homoafetivas, estas que não mais estão escondidas por de trás da névoa do preconceito, pois já são uma entidade juridicamente protegidas pelo Estado, tendo como método fecundatório possibilitador a reprodução humana assistida. A decisão da Suprema Corte propiciou a extensão dos direitos relativos aos casais em união estável aos casais do mesmo sexo, sendo assim a Resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamenta as técnicas reprodutivas alargou os sujeitos que podem fazer tais procedimentos.

Passaremos agora a tratar de maneira mais consistente sobre a formação das famílias homoparentais em si geradas através de meios fecundatórios artificiais, sendo elas formadas por casais femininos ou masculinos.

Hoje já tem-se a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2013/2013 que acaba por esclarecer essa problemática sobre os casais homoafetivos, esclarecendo seus direitos e deixando claro a possibilidade dos mesmos utilizarem do instrumento de cessão de útero ou gestação por substituição.

#### **4 AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS FRUTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PÁTRIO**

A família moderna pode ser conceituada como uma instituição plural que tem como fim o afeto, independente de sua orientação sexual. Formada pelo afeto, companheirismo, solidariedade e ajuda mútua.

Dentro dessa diversidade de entidades familiares temos a família homoparental ou homoafetiva, formada por casais do mesmo sexo, podendo ser femininos ou masculinos, que estão sob o regime de união estável, possuindo

características como: convivência duradoura, vínculo de constituição de família e uma relação entre pessoas.

A Constituição Federal foi um divisor de águas para o direito familiar, pois através dela passou-se a se reconhecer juridicamente protegidas formas familiares outrora desprezadas pelo sistema legal anterior. Mas nela não podemos encontrar expressamente a garantia dos direitos das famílias homoparentais.

Maria Berenice Dias (2011, p.47) assevera que:

Por absoluto preconceito, a Constituição Federal emprestou de modo expreso juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

As relações homoafetivas, vistas anteriormente como sociedade de fato, eram assunto da seara obrigacional, suas lides eram dirimidas de forma que cada parceiro era tratado como sócio, e era assegurado a estes a divisão dos bens amealhados durante o período de convívio de forma proporcional à efetiva participação na sua aquisição.

A jurisprudência já vinha traçando o caminho que levou à consolidar-se coma decisão do Supremo Tribunal Federal que chancelou o direito dos homoparentais.

No Agravo de instrumento 599075496 de 17/06/1999 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deu-se a primeira concessão de direitos aos casais homossexuais possibilitando que suas lides fossem conhecidas na Vara da Família, reconhecendo como entidade familiar o relacionamento de pessoas do mesmo sexo, e deferindo o direito de herança pelo parceiro.

A própria lei 11.340/2206, Lei Maria da Penha em seu art. 5º determina que seja configurada como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

No seu § único assegura às relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual, isso quer dizer que protege as mulheres que sofrem violência de suas parceiras ou companheiras, reconhecendo assim a existência da relação homoafetiva.

A luta da doutrina e jurisprudência era incessante em se promover a equiparação entre união estável heterossexual e homossexual, a promotora Andréa

Rodrigues Amin (2002, p.434) cita a Dês. Maria Berenice Dias dizendo que ela foi uma das primeiras a discorrer sobre esse tema, diz assim:

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, geram direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei. E as leis reguladoras do relacionamento entre homem e mulher podem e devem ser aplicadas as relações homossexuais.

Em 2006 por decisão do TJRS<sup>7</sup> foi reconhecido o direito da parceira adotar os filhos de sua companheira, uma vez que essa adoção tinha sido planejada para se dar em conjunto, tal decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça que declarou ser a divergência de sexo indiferente para a configuração de uma família<sup>8</sup>.

Mas em 2010 essa problemática toda foi dirimida com o acórdão do julgamento do Supremo que determinou uma interpretação conforme a Constituição do art. 1723 do Código Civil, salientando também que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e dignidade humana. Sendo assim passou a ser reconhecidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, devendo ser aplicada à legislação da união estável, assegurando a partilha de bens, os direitos sucessórios e o direito real de habitação.

Maria Berenice Dias (2011, p.207) ensina que sobre a decisão do STF:

A decisão histórica, proferida por unanimidade, dispõe de eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. A desobediência dá ensejo a pedido de reclamação diretamente ao STF.

Os avanços nas técnicas de fertilização possibilitam a formação das famílias homoafetivas. Estas podem ser homóloga e heteróloga, nas efetuadas em casais homossexuais será sempre heteróloga, pois sempre haverá um terceiro estranho à relação que doará seu material genético ou promoverá a cessão de útero, por não disporem o casal de plena capacidade reprodutiva.

Quando se tratar casal feminino o óvulo de uma das parceiras é extraído e fertilizado *in vitro*, após é implantado no útero da outra que gestará a criança. Num primeiro momento perguntou-se quem seria a mãe dessa criança, e a resposta

---

<sup>7</sup> TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande Do Sul. AC 70013801592. 7ª Câmara Civil. Rel. Dês. Luis Felipe Brasil Santos. 05.05.2006.

<sup>8</sup> SUPERIOR Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Resp. 889.852-RS, Rel. Luis Felipe Salmão. 27.04.2010.

encontrada foi que as duas seriam mães, sendo assim passou-se a ser concedido o direito de se ter na certidão de nascimento o nome de duas mães, a dupla maternidade. Sentença inédita proferida em Santo Amaro - São Paulo, pelo Juiz da 6ª Vara da Família Fábio Eduardo Basso que diz:

No caso em tela, as requerentes vivem juntas e resolveram ter filhos, valeu-se de um método avançado da medicina. As crianças são frutos da junção dos óvulos de uma com os espermatozoides de um doador. Possuem as afortunadas crianças DUAS MÃES, por isso julgo procedente o pedido de reconhecimento de dupla maternidade.<sup>9</sup>

Depois dessa decisão tivemos outras que passaram a declarar a dupla maternidade, por exemplo, em 10 de Agosto de 2010 na 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, outros caso de gêmeos concebidos por meio de reprodução assistida, que passaram a ter em sua certidão de nascimento o nome de duas mães.

10

A Justiça de Jacareí no dia 28 de Maio de 2012, também acolheu o pedido de duas mães para que seus nomes fossem constados na certidão de nascimento de seu filho concebidos pelos métodos acima descritos. Tais pedidos são deferidos baseados nos princípios da liberdade, igualdade, dignidade humana e principalmente no direito que o casal tem de fazer seu planejamento familiar, cumprindo assim com o dever da paternidade responsável.

Quando se trata de casal masculino a situação é um pouco diferente, no Brasil diferente dos outros países é proibida a barriga de aluguel. O art. 199 da Constituição Federal em seu § 4º determina que:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Para Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.187) o termo barriga de aluguel confunde-se com gestação por substituição, uma prática de acordo com a qual uma mulher carrega uma criança para outra mulher com a intenção de lhe entregar esta após o nascimento.

A Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina determina que para ser possível a gestação por substituição é necessário que as pessoas envolvidas sejam da família até o segundo grau, e que a impossibilidade de gestar o

---

<sup>9</sup> TRIBUNAL de Justiça do estado de São Paulo. Comarca de São Paulo. 6ª Vara da Família e Sucessões.

<sup>10</sup> VARA de Registros públicos do Estado de São Paulo.

bebê seja comprovada, podendo esta se dar quando se tratar de casal homossexual masculino. Também a mãe biológica ou pai biológico e a hospedeira devem ser capazes, e em hipótese nenhuma poderá haver pagamento, pois tal prática não pode ser comercializável.

Luis Edson Fachin (2001, p.253) diz que a atitude da mãe de aluguel, ou aquela que cede seu útero pode ser explicada pelo parentesco e pela benemerência, gratuidade e impossibilidade da reprodução pelas vias normais, são eles que equilibram esse regime de doação gratuita e temporária do útero.

Em 07 de Março de 2012 uma decisão inédita de dupla paternidade entra para a história dos Tribunais Brasileiros, em Recife na 1ª Vara da Família, o Dr. Juiz de Direito Glicério Bezerra e Silva, proferiu a sentença favorável ao registro de uma filha com dupla paternidade gerada por gestação por substituição por uma prima de um dos pais.<sup>11</sup>

A reprodução humana assistida pode ser considerada então um meio eficaz para a formação da família homoafetiva, que além de direitos reconhecidos, possui também adquirido o direito de recorrer a tais técnicas para consecução de sua família.

Quando por algum motivo torna-se impossível recorrer às técnicas reprodutivas, outra forma de se propiciar a formação familiar homoafetiva é por meio da adoção.

Adoção significa tomar alguém como filho.

Para Arnoldo Wald (1999, p.186) é um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente. Já Maria Berenice (2011, p.483) defende que a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre de um ato de vontade, onde a verdadeira maternidade/paternidade pode ser visualizada, aquela fundada no desejo de amar e de ser amado.

Para Luis Edson Fachin (2001, p.23) a filiação se constitui, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, haja ou não vínculo biológico entre eles.

A verdade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e externamente no grupo social.

---

<sup>11</sup>TRIBUNAL de Justiça. Comarca de Recife. 1ª Vara da Família. Disponível em:[http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/20120603\\_adocao](http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/20120603_adocao). Acesso em: 02 de mar. 2013.

A Constituição Federal de 1988 põe fim na discriminação que havia com os filhos adotivos, e estes passam a ter assegurados os mesmos direitos e qualificações dos filhos havidos na constância do casamento. O adotado passa a ter os mesmos direitos e obrigações de qualquer filho, nome, parentesco, alimentos e sucessões.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 41 diz que a adoção atribui ao adotado para todos os efeitos a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos.

A adoção por casais homossexuais não é vedada, pois diante do conceito aberto de família substituta contido no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 28, legalmente nada impede que duas pessoas do mesmo sexo adotem uma criança. Mas o preconceito muitas vezes é o fato que restringe tais casais a não conseguirem a guarda desta, “é enorme a dificuldade de se aceitar os pares do mesmo sexo como família.

Andréa Rodrigues Amim (2002, p.261) diz que:

Não deveria haver óbice legal na adoção por parte dos homossexuais, já que a questão da preferência sexual viola flagrantemente o princípio constitucional da igualdade, e que relatos de psicólogos e psiquiatras demonstram que tal opção não influencia nos filhos.

Sendo assim o Superior Tribunal de Justiça através da Rel. Min. Nancy Andrighi em 18 de Dezembro de 2012<sup>12</sup> concedeu a adoção unilateral de uma menor fruto de inseminação artificial heteróloga á companheira da mãe biológica da adotanda. Fundamentando que diante do art. 41§1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ambas poderão ostentar a condição de mães, e deixando claro em sua decisão que estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mãe homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de casais heterossexuais.

Em Santa Catarina foi julgada procedente a ação de adoção de dois adolescentes por um casal homossexual masculino, em 06 de Dezembro de 2012.

Isso vem nos mostrar que a jurisprudência tem buscado se uniformizar diante dos direitos adquiridos pelos casais homoparentais, uma luta conquistada

---

<sup>12</sup> SUPERIOR Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrighi. Resp. 1.281.093-SP de 18 de Dezembro de 2012.

diariamente, que culminou com o a decisão da Corte Maior, decisão esta a qual abriu portas para essas e outras conquistas que ainda virão.

## **5 CONCLUSÃO**

O objetivo desse trabalho foi analisar o reconhecimento da família homoafetiva através da ampliação do conceito de entidade familiar, e sua caminhada á possível gestação de filhos através das técnicas de reprodução humana assistida. Diante do reconhecimento pelo STF de efeitos jurídicos da união estável à união homoafetiva o uso de tal procedimento médico tornou-se possível, pois até a Resolução do Conselho Federal de medicina até então vigente foi revogada, para que a expressão toda pessoa capaz viesse a compor os sujeitos passíveis de se submeter a tal procedimento.

A sistematização dada ao trabalho procurou buscar conceitos doutrinários sobre a família do passado e do presente, principalmente abordando o que se tem conceituado sobre as relações familiares entre pessoas do mesmo sexo. Sendo assim, chegou-se a conclusão que família é uma instituição plural, identificada por muitos doutrinadores como eudemonista e socioafetiva, ligada pelos laços da afetividade, e que por ser de tal forma não abriga nenhuma forma de preconceito.

Verificou-se ainda que por mais que militassem sobre a “névoa do preconceito” os casais homoafetivos há muito tem travado uma luta incessante pelo reconhecimento de seus direitos. De sociedade de fato pertencente ao campo Civil chegaram à entidade familiar do campo do Direito de Família.

Hodiernamente, para a realização do projeto homoparental, faz-se necessário recorrer às técnicas de reprodução assistida e qualquer entidade familiar deve ter o direito à realização deste projeto, desde que de forma consciente e responsável.

A reprodução assistida em casais do mesmo sexo será sempre a heteróloga, e sempre haverá um terceiro estranho a relação afetiva, o doador de parte do material genético. Se casal feminino, uma das parceiras poderá doar o óvulo, a outra ceder seu útero, se masculino, deverá ser realizado uma gestação por substituição, sobre isso o art. 199 Cf e Resolução do Conselho Federal de Medicina determinam a

impossibilidade da “barriga de aluguel”, por isso a mãe que irá gestar deverá ser alguém com grau de parentesco com um dos pais.

Por fim concluiu-se que toda essa problemática traz deveres e obrigações para todos, no que pese aos direitos, os Tribunais Brasileiros em decisões inéditas e recentes reconheceram a possibilidade da dupla maternidade e paternidade no registro de nascimento de filhos gestados por técnicas reprodutivas e por adoção à casais homoafetivos.

Sendo assim caberá ao Poder Judiciário enquanto houver lacuna legislativa, solucionar os conflitos, pois entendemos que a falta de lei não representa a falta de direito, fundamentando-se sempre nos princípios intrínsecos ao caso concreto.

## **5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMIM, Andréa Rodrigues. O novo Código Civil. Do Direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BARBOSA, Heloisa Helena. Procedimentos para redesignação sexual: um processo biologicamente inadequado. 2010, s.n, Tese de Doutorado, em Ciências na Área de Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALMON, Guilherme Nogueira. Direito de Família Brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8.ed.rev.atual.ampl.São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luis Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2.ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In:PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de Família e Psicanálise. São Paulo: Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda. Direito Civil: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.

LÓPEZ, Mário. Fundamentos da Clínica Médica: a relação paciente-médico. Rio de Janeiro: Médsin Editora Médica e Científica, 1997.

MEIRELLES, Jussara. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord) Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil - Direito de Família. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Institutos de Direito Civil. Direito de Família. 16.ed.v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. O direito *in vitro*, da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2000.

SILVA, Ivan de Oliveira. Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro. São Paulo: Pillares, 2008.

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

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas gerais. Belo Horizonte, n.21, maio, 1999.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. v.4. rev. ampl.e atual. São Paulo: RT, 1999, p.186.