

Reprodução assistida: uma possibilidade estendida para os relacionamentos homoafetivos

*Assisted reproduction: a chance for extended relationships
“homoafetivos”*

Leonardo Goulart dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; Pós-graduado em Direito de Família e das Sucessões pela Rede de Ensino LFG/Anhanguera; Advogado especialista em Direito de Família e das Sucessões; OAB/RS 111.680. E-mail: leonardo_gsr20@hotmail.com.

Fernanda Gewehr de Oliveira

Graduada em direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; Pós-graduada em Direito e processo do Trabalho pela Rede de Ensino LFG/Anhanguera; Advogada especialista em Direito e Processo do Trabalho; OAB/RS 100.179. E-mail: advocaciagewehr@gmail.com. Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/2905682294356850>.

RESUMO

Com o presente texto, pretende-se fazer uma reflexão acerca da parentalidade homoafetiva, mostrando de que maneira os (as) companheiros (as) podem realizar o desejo de exercer a paternidade/maternidade. Dessa forma, a problemática enfrentada é saber se em relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo podem fazer uso das técnicas de reprodução assistida para terem seu sonho concretizado. Assim, o objetivo geral da pesquisa é responder de forma satisfatória ao problema apresentado, utilizando-se para explanar os princípios insculpidos na Carta Constitucional e, principalmente à evolução que se deu no tocante aos modelos de famílias que foram sendo incorporados com o passar do tempo. Tendo como objetivos específicos: elucidar como foram ocorrendo à constituição das famílias desde antigamente até os dias atuais; os princípios utilizados para fundamentar uma sociedade mais justa e igualitária; Abordar os tipos de reprodução assistida e sua aplicação nos relacionamentos homossexuais, assim como mostrar de que forma deve ser realizado o registro das crianças, oriundas dessas técnicas. Para tanto, utilizar-se-á da metodologia do tipo exploratória. Coletando dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e, na sua realização, utilizar-se-á o método da abordagem hipotético-dedutivo, observando os seguintes procedimentos: seleção de bibliografia e documentos afins à temática em meios físicos e na internet; leitura, fichamento e reflexão crítica do material selecionado. Construindo-se um referencial teórico coerente sobre o tema em estudo. Respondendo ao problema proposto e corroborando



ou refutando as hipóteses levantadas, com a exposição dos resultados obtidos através do presente artigo científico.

Palavras-chave: Família homoafetiva. Parentalidade. Reprodução assistida.

ABSTRACT

With the present text, it is intended to reflect on homoaffective parenting, showing how the companions can realize the desire to exercise parenthood. Thus, the problem faced is whether same-sex relationships can use assisted reproduction techniques to have their dream come true. Thus, the general objective of the research is to respond in a satisfactory way to the presented problem, being used to explain the principles inscribed in the Constitutional Charter and, mainly, the evolution that happened with regard to the models of families that were being incorporated with the passage of time. Having specific objectives: to elucidate how they have been occurring to the constitution of the families from old until the present day; the principles used to justify a more just and egalitarian society; To address the types of assisted reproduction and its application in homosexual relationships, as well as to show how the children's records, derived from these techniques, should be performed. To do so, it will use the exploratory-type methodology. Collecting data in bibliographic sources available in physical media and, in its realization, the hypothetical-deductive approach will be used, observing the following procedures: selection of bibliography and documents related to the theme in physical media and on the Internet; reading, recording and critical reflection of the selected material. Constructing a coherent theoretical framework on the subject under study. Responding to the problem proposed and corroborating or refuting the hypotheses raised, with the exposition of the results obtained through the present scientific article.

Keywords: Family "homoafetiva". Parenting. Assisted reproduction.

Introdução

A oportunidade de constituir sua própria família é desejo de todos, de ser amparado e amado e de poder multiplicá-la, assim também o é nas relações entre pessoas do mesmo sexo, a qual possui as mesmas condições psíquicas da heterossexual. Não devem assim, serem discriminados ou então não terem a oportunidade de exercer sua vocação paterno-materna por puro preconceito de uma sociedade que prefere ver crianças sofrendo em lares, orfanatos ou até mesmo na rua do que serem criadas, educadas, amadas e amparadas por pessoas dignas, mas que possuam uma orientação sexual diversa da considerada normal.

Por certo, não cabe mais a desculpa de que os companheiros (as) influenciarão no desenvolvimento sexual da criança para negar a possibilidade de conceder o direito da parentalidade a elas. O casal homossexual pode entrar com pedido de adoção e ter a mesma deferida se preencher os requisitos ou então se valer das modernas técnicas de reprodução assistida para ter um filho biológico, dependendo do tipo de reprodução a ser escolhido se homóloga ou heteróloga. Haja vista que nesses relacionamentos é um tanto quanto impossível a concepção natural de uma prole devido à equivalência do sexo fisiológico.

Assim, o objetivo central do presente texto é afirmar positivamente que os relacionamentos homoafetivos podem utilizar tranquilamente as técnicas de reprodução assistida como forma de exercerem a homoparentalidade.

Desse modo, o artigo fará um breve relato acerca do que se considera hoje como uma entidade familiar e de como ocorreu essa evolução. Utiliza-se para tanto de um pequeno relato histórico que mostrou a evolução da mulher até o reconhecimento do instituto da união estável para os relacionamentos homoafetivos, baseando-se em princípios, os quais, darão um respaldo constitucional para se ter um tratamento isonômico sem qualquer tipo de discriminação no tocante à orientação sexual dos companheiros(as). Também se tratará sobre a reprodução assistida e como proceder ao registro da criança.

1. A constituição familiar:

Atualmente é mais fácil tratar sobre questões familiares, quando se considera os assuntos a serem debatidos normais para a grande maioria. O que dificulta e de certa forma se torna um empecilho é quando se discutem questões mais polêmicas e conflituosas, como as que envolvem relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Sabe-se que por muito tempo só se considerava família nos seus moldes tradicionais aquelas constituídas por um casal, este entendido como um homem e uma mulher, sendo abençoados na Igreja e tendo seu matrimônio registrado em cartório, ou seja, para receber este *status*, dever-se-ia passar pela cerimônia religiosa e civil.

Desse modo, a mulher via-se subordinada às vontades e aos desejos de seu esposo, condicionada a ele, devendo-lhe obediência e respeito. O homem era o detentor do poder familiar e o responsável pelo seu sustento, ficando a cargo da mulher a educação/criação dos filhos e os cuidados domésticos, não tendo a mesma oportunidade de um emprego digno, pois estava atrelada a seu marido. Até porque, se houvesse inversão de papéis naquela época, a mulher acabava sendo mal vista perante a sociedade. Assim preleciona Maria Berenice Dias (2011a, p. 104):

A família tinha um perfil matrimonial, patrimonializado, patriarcal, hierárquico, verticalizado e heterossexual. Pelo casamento, tornava-se a mulher relativamente capaz, sendo obrigada a adotar o sobrenome do marido. Eram bem definidos os papéis dos partícipes do clã: o homem como provedor, responsável pelo sustento da família; a mulher como mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico, à administração da casa e à criação dos filhos. A finalidade essencial da família era sua continuidade.

Ademais, a mulher não detinha ao menos direito de escolher o seu parceiro, pois isto ficava a cargo de seu pai, já que o casamento era arranjado. Até seus desejos mais íntimos não eram respeitados, porque só haveria relações sexuais se seu companheiro estivesse com vontade. Nesse tocante, pondera Tânia Regina Biceglia (2002, p. 06):

A mulher, desde a origem das civilizações, ocupou um papel de subordinação e opressão, era tida como um mero objeto. Enquanto solteira, era posse de seu pai, ao casar-se, este múnus passava a ser exercido por seu marido.

Além do mais, o sexo era visto como pecado e só poderia ser praticado entre os cônjuges e com o intuito unicamente procriativo. Destarte, ficava claro que o papel da mulher era para sanar os desejos do homem. Asseverava-se que em caso de esterilidade feminina, devolvia-se a sua família e o casamento era desfeito. Estava desde esta época configurada as desigualdades entre os sexos, pois se no matrimônio o marido fosse estéril, nada aconteceria, uma vez que se permitia que o irmão do esposo a engravidasse a fim de que houvesse herdeiro varão para quem deixar seus bens e sobrenome.

Como visto, a única hipótese da mulher se ver livre do seu esposo era não ser fértil e devolvida, agravado pela ruína de sua reputação e de sua família e de provavelmente não conseguir casar-se novamente.

Pondera-se, entretanto, que diante disso não se cogitava a hipótese de haver um divórcio direto, o máximo e em última possibilidade ocorreria o desquite. De nada adiantaria, uma vez que não possibilitava a constituição de nova entidade familiar, funcionando como um impedimento. Recorria-se então a única alternativa, casar-se em outro país para se ter um novo matrimônio.

No entanto, as coisas começaram a se modificar. Com o tempo a mulher conseguiu seu espaço no mercado de trabalho. Inicialmente sofrido, atuando em fábricas, sem condições dignas de trabalho nem salário adequado, praticamente uma escrava. Com a adesão de revoluções e de manifestos começaram a adquirir melhores

situações no campo trabalhista, aumentando seus direitos e igualdades sociais, equiparado ao dos homens.

Como eixo condutor, obtém-se grande auxílio das Constituições, desde a primeira a de 1.824, que tratava de alguns direitos relativos às mulheres, até a atual Carta Constitucional, que os consolidou definitivamente a elas. Destaca-se o princípio da isonomia constante no art. 5, o tocante à nacionalidade, presente no art. 12, do direito ao voto, expresso pelo art. 14 e dos direitos referentes à maternidade, ao trabalho e à aposentadoria, ambos os dispositivos constantes e em vigor, na Constituição Federal de 1988.

Cabe explicitar que, em se tratando da Constituição de 1988, a mesma consolidou vários direitos e garantias fundamentais, tornando-se a Constituição mais democrática de todas e trazendo à tona preocupação maior com a dignidade humana. Ancora-se em seu próprio preâmbulo assegurando como valores supremos de uma sociedade "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como sendo uma "sociedade fraterna, pluralista e **sem preconceito**" (grifo nosso).

Desta forma flexibilizou algumas relações tidas anteriormente como extraconjugais, entendida como sendo aquela em que figurava normalmente uma mulher solteira, tendo como parceiro um homem casado legalmente, considerando-se assim, uma união concubinária, e na referida união à mulher não possuía nenhum direito, pelo fato de não ser a esposa legítima.

Nesta perspectiva, para que a mulher não ficasse desamparada, a partir da Constituição de 1988, criou-se o instituto da união estável¹, definida como sendo aquela em que duas pessoas unem-se, tendo o intuito de constituir uma família, justificando-se como uma relação "contínua, pública e duradoura", conforme estabelece o texto do artigo 1.723 do Código Civil (CC). Desse modo, podem conviver em uma união-estável duas pessoas, embora uma delas ainda seja casada legalmente, mas que esteja separada de fato ou judicialmente, aplicados os impedimentos do artigo (art.) 1.521 do CC.

Pondera-se que o reconhecimento de união estável firma-se em contrato de convivência, estipulando os desejos dos companheiros, inclusive no tocante ao regime de bens. Caso contrário será aplicado o Regime da Comunhão parcial de bens adotado

¹ Salienta-se que não foi tão fácil e rápido a criação do referido instituto, pois anteriormente a ele, o que se assegurava a essas relações concubinárias era a possibilidade de se aplicar a sociedade de fato, ou seja, cada um saía da relação com aquilo que entrou e se adquiriram um bem comum durante o convívio afetivo, o mesmo seria repartido entre os companheiros se os mesmos provassem que contribuíram de alguma forma para a aquisição deste, caso contrário, não teriam nenhum direito ao mesmo.

legalmente pelo Brasil, conforme estabelecido no art. 1.640 do CC. Assim, porta-se Dias (2011b, p. 179):

Na **união estável**, os conviventes têm a faculdade de firmar **contrato de convivência** (CC 1.725), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1.640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens (CC 1.658 a 1.666). (grifo do autor).

Outro aspecto interessante a observar no tocante à união estável é fato de o legislador atribuir aos companheiros à faculdade de fazer o seu convertimento direto em casamento, sem maiores burocracias, estabelecido no texto do artigo 226, §3º. da CF/88. Ressalta-se atentar ao que dispõe o art. 1.726 do CC, considerado inconstitucional por grande parte dos doutrinadores em razão de constar nele que o pedido deve ser levado ao juiz. Nesse diapasão, Dias (2011b, p. 188), pondera:

A constituição recomenda que a lei **facilite** a conversão da união estável em casamento (CF 226 §3º). Mas o Código Civil deixou de obedecer dita recomendação. Exigir a **interferência judicial** não é facilitar, é burocratizar, é onerar. Deixa a lei de atender a determinação constitucional ao determinar que o pedido seja dirigido ao juiz, para ser posteriormente levado ao **registro civil** (CC 1.726). Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, dificulta. Por isso, a doutrina vem considerando **inconstitucional** esse dispositivo. (grifo do autor).

Como visto, a união estável foi um instituto criado para amparar aqueles relacionamentos tidos como uma relação concubinária, protegendo os companheiros que assim vivem não divorciados legalmente, mas pelo menos estar separados de fato, constituindo assim um dos tipos de família moderna.

No que pese a união estável como sendo uma das formas de constituir-se uma relação de parentalidade entre pessoas do mesmo sexo, é assim que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande d Sul porta-se:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE **UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL**. PARCERIA CIVIL. RELACIONAMENTO **HOMOSSEXUALESTÁVEL** E DURADOURO COMPROVADO. 1. A **união estável** para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. 2. A **união homossexual** constitui típica parceria civil e é um arranjo familiar, que o Estado não desconsidera e, no caso, ficou comprovada, devendo receber tratamento análogo ao da **união estável**. 3. Reconhecida a relação **estável** deve ser partilhado igualmente o valor pago pelo imóvel

até a data em que a autora demonstrou ter contribuído para o pagamento das prestações, com abatimento do valor da motocicleta e do FGTS de ambas as partes, cujos valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, devidamente corrigidos. Recurso provido, em parte. (Apelação Cível Nº 70076929900, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/05/2018).

Assim como ora exposto, o instituto da união estável é uma das diversas possibilidades existentes de se constituir uma família² moderna, há outras elencadas no texto da Constituição³ em seu artigo 226 e parágrafos.

Importante se faz esclarecer que, após a união estável, encontra-se a **família monoparental** no §4 da Carta Constitucional, aquela formada por um dos genitores e os filhos da relação. Nesse aspecto, Dias (2011b, p. 48) expõe:

[...] O enlaçamento dos vínculos familiares constituídas por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, atende a uma realidade que precisa ser arrostada. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidades do vínculo familiar.

Outra modalidade de família é a **anaparental ou parental**, formada por duas pessoas consanguíneas ou não, mas que tenham objetivos comuns, regulamentada pela jurisprudência. Nesse ínterim, consubstancia Dias (2011b, p. 48):

Não é a **verticalidade** dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica. No entanto, olvidou-se o legislador de regular essas entidades familiares. A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com nome de família **parental** ou **anaparental**. (grifo do autor).

A próxima estrutura familiar é a **pluriparental**, entendida como a constituição de várias gerações que convivem na mesma casa. Nesse caso, pondera Dias (2011b, p. 49):

² Ressalta-se que a família matrimonializada ainda ocupa um grande espaço na sociedade atual, por questões dos dogmas religiosos que insistem em somente conceder esse *status* quando a celebração da união se faz tanto no estado civil quanto no religioso, aquele considerado o legal, sendo registrado no cartório e este é a benção dada pelo juiz de paz na igreja. Portanto, entende-se como família matrimonializada aquela constituída pelo vínculo afetivo criado a partir do casamento civil.

³ Vale ressaltar que na verdade a constituição só trabalha com a união estável e com a monoparental, mas devido ao que consta em seu artigo 5º, também se estende para a homoafetiva. No entanto, as outras espécies de família é uma criação doutrinária devido as circunstâncias e as constantes evoluções da sociedade.

As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias. Mas a lei esqueceu delas!

Em continuidade, tem-se a família **paralela**, com dualidade de famílias, ou seja, existe a família matrimonializada, aquela em que os companheiros mantêm uma relação estável e outra não oficial. Está não aceita pelo direito, pelo fato de haver uma grande repúdia social, por ir contra a moral e os bons costumes. A jurisprudência⁴ tem assegurado alguns direitos relativos aos parceiros desta segunda relação, tais como: divisão de pensão, benefícios previdenciários e alimentos, em que se realiza a prova de que realmente necessita da prestação alimentícia, para que haja deferimento judicial. Enfatiza-se que a concubina não possui os mesmos direitos que a mulher legítima, pois esta relação não é reconhecida, visto que o CC veda-a em seu artigo 1.727. Quanto aos filhos, terão os mesmos direitos sem nenhuma distinção⁵, conforme estabelece os arts. 1.607 e seguintes do CC. Desse modo, Dias (2011b, p. 50-51), esclarece:

O **concubinato** chamado de adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé e até de concubinação, é alvo do repúdio social. [...] O novo Código Civil continuou punindo a "concubina", cúmplice de um adultério, negando-lhe os direitos assegurados à companheira na união estável. Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à **invisibilidade**. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecendo da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedade de fato. (grifo do autor).

Assim porta-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. 1. Os elementos probatórios constantes dos autos, inclusive o depoimento pessoal da autora, apontam que houve vida dupla pelo falecido, que se relacionava com a autora, mas preservava íntegro, no plano jurídico e fático, seu matrimônio até o dia do óbito. Tratou-se, pois, de uma relação adulterina típica, que se amolda ao conceito de concubinato (art. 1.727 do CCB), e não de união estável. 2. Nosso ordenamento jurídico, no âmbito do direito de **família**,

⁴ No entanto, enfatiza-se que a **jurisprudência** apenas **assegura** alguns **direitos**, **mas em hipótese alguma reconhece** essa instituição como sendo uma família nos seus moldes estritos.

⁵ Vem legislado no art. 1.596 do CC, que assim dispõe: "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação."

é calcado no princípio da monogamia. Tanto é assim que, um segundo casamento, contraído por quem já seja casado, será inquestionavelmente nulo e, se não são admitidos como válidos dois casamentos simultâneos, não há coerência na admissão de uma união de fato (união estável) simultânea ao casamento - sob pena de se atribuir mais direitos a essa união de fato do que ao próprio casamento, pois um segundo casamento não produziria efeitos, enquanto aquela relação fática, sim. 3. Ademais, há regra proibitiva expressa em nosso ordenamento jurídico, qual seja o § 1º do art. 1.723 do CCB, ao dispor que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521", somente **excepcionando essa circunstância diante da comprovada separação de fato do casal matrimonial**, o que não se verifica no caso em exame. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70074423666, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/11/2017). (grif nosso)

Veja bem, o que a jurisprudência quis explicitar é que juridicamente não se pode ter um matrimônio e mais uma união estável cumulativamente, pois é proibida a bigamia em nosso país, no entanto, caso não tenha ocorrido o divórcio, mas já não haja coabitação, ou seja, houve a separação de fato, aí poderá se constituir uma união estável com consequente partilha de eventuais bens adquiridos nessa constância, como bem salientado na seguinte jurisprudência do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1723, §1º DO CCB. Comprovado o relacionamento afetivo com convivência contínua, pública e duradoura e com o inafastável objetivo de constituir **família**, cumpre reconhecer a união estável do casal. Não há falar em uniões paralelas decorrentes da manutenção do vínculo formal matrimonial, pois a prova dos autos **demonstra a separação de fato do varão**. Ausente pacto em sentido diverso **aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, de sorte que todo bem adquirido a título oneroso por qualquer das partes durante o período reconhecido deverá ser partilhado entre os companheiros**, excluindo-se da partilha veículo cuja aquisição foi alegada, mas não provada. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A remuneração do profissional do direito deve ser condigna e proporcional ao trabalho desenvolvido, não se podendo admitir seja o valor insignificante. PRIMEIRO APELO NÃO PROVIDO. PARCIALMENTE PROVIDO O SEGUNDO. (Apelação Cível Nº 70048488498, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/07/2012). (grifo nosso).

A família **eudemonista** se preocupa com o sujeito em si e não com a sua instituição. Nesse sentido, Dias (2011a, p. 54-55), expõe:

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a

supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador.

Residir sozinho também merece o reconhecimento do *status* de família e é respaldada pela jurisprudência, recebendo a denominação de família **unipessoal**. Sendo assim, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), promulgou a Súmula n. 364, estabelecendo que: "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

Por fim, mas não menos importante, tem-se a família **homoafetiva**, formada por duas pessoas do mesmo sexo, assegurada o instituto da união estável nos mesmos moldes aplicados aos relacionamentos heteroafetivos devido ao art. 5º. da Carta Constitucional, expondo que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Até porque, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a resolução n.173/2013 que apresenta a seguinte redação: "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo". Ante o exposto, Dias (2011a, p. 47-48), reporta-se do seguinte modo:

Por absoluto preconceito, a Constituição 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 heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. Necessário é encarar a realidade sem discriminação, **pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre**. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. [...] Assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação. (grifo nosso).

Destarte, evidencia-se que os companheiros (as) homoafetivos merecem o mesmo respeito e a mesma consideração aplicados às relações heteroafetivas, sem nenhuma espécie de discriminação devido a sua orientação sexual. Até porque, a própria Lei Maria da Penha⁶, já reconheceu, estendendo este *status* a eles, independentemente de qual seja a sua formação, se entre homens ou mulheres. A referida lei penaliza a violência doméstica perpetuada contra a mulher, visto que é

⁶ Lei n. 11.340/2006

uma violência cometida dentro do ambiente doméstico/familiar. Assim porta-se Vecchiatti (2008, p. 235-236), expondo que:

Como se sabe, a Lei Maria da Penha versa sobre a violência doméstica contra a mulher. Nesse sentido, *a violência só será "doméstica" se perpetrada em ambiente familiar*. Assim, é inegável o reconhecimento do status jurídico-familiar das uniões homoafetivas por força do art. 5º., parágrafo único, da referida lei. Por outro lado, muito embora a Lei Maria da Penha destine-se a endurecer a punição criminal em face da violência contra as mulheres (não contra os homens), a mesma reconheceu a família homoafetiva como um todo, seja formada por casais homoafetivos masculinos ou femininos. (grifo do autor).

Dessa maneira é facultado unirem-se estavelmente a fim de constituir uma família e de aumentá-la, conforme suas vontades e possibilidades. Direito este assegurado pela Carta Constitucional em seu art. 5º. que elenca alguns princípios que servem de fundamentação para um tratamento isonômico aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo biológico, assunto este tratado a seguir.

2. Princípios garantidores de uma sociedade mais igualitária:

Como ora exposto, os princípios são essenciais para a sustentação de que se expõem, como também, primordiais em uma sociedade, havendo hierarquia, pois no caso de existir alguma colisão entre uma norma e um princípio, este último prevalecerá sobre aquela.

Isto acontece devido à hierarquia que existe entre ambos, pois as normas constituem diretrizes amplas, enquanto as regras e os princípios, mais direcionados, pois são suas espécies. Assim, os princípios consistem em ordenamentos aplicados na maior medida possível, enquanto que as regras podem ser aplicadas ou não, e sendo válida, deverá ser empregada tal como expressa em seu texto normativo, nem para mais nem para menos.

Desse modo, o art. 5º. da CF/88 em seu *caput*, elenca alguns princípios fundamentais, destacando-se, o da *liberdade e igualdade*, fundamentais para que se tenha uma sociedade justa e digna, sem nenhum tipo de discriminação de qualquer gênero entre os seus cidadãos. O referido artigo está alocado no título que faz referência aos direitos e garantias fundamentais.

Preleciona-se que, a liberdade atrela-se ao garantir que as pessoas façam suas escolhas de foro íntimo e pessoal da maneira que melhor lhes convier, não podendo uma norma fazer qualquer tipo de interferência quanto a esta opção. Desta maneira,

qualquer pessoa detém o direito de escolher com quem manterá relação sexual e assim constituir sua família sem qualquer interferência do Estado, pois isto não se prende a qualquer prática criminosa, diz respeito a uma questão pessoal de foro íntimo de cada um. Nesse diapasão, Fabiana Marion Spengler (2003, p. 64) expõe que:

[...] ao princípio da liberdade, também previsto constitucionalmente, e que se refere com clareza à liberdade do cidadão de fazer opções (dentre elas aquela que diz respeito à sua sexualidade) e de ter sua dignidade respeitada, não sofrendo discriminação e sendo tratado com igualdade.

Em continuidade, menciona-se o princípio da igualdade (isonomia), que observa a máxima de que tratará todos igualmente na medida de suas desigualdades. No entanto, considera-se esse princípio em seus dois aspectos, ou seja, tanto no formal quanto no material. Assim, aquele diz respeito à aplicação da lei, a todos, sem nenhum tipo de discriminação no tocante a quaisquer características pessoais e específicas dos sujeitos de um modo geral. Já este, diz respeito a aplicar o mesmo tratamento jurídico para todas aquelas pessoas na mesma situação e um tratamento diferenciado para aqueles que se encontrem em uma situação diversa. Dessa maneira, é o entendimento de Paulo Roberto Lotti Vecchiatti (2008, p. 113-116):

Em seu *aspecto formal*, o princípio da igualdade estabelece a denominada *igualdade perante a lei*, que determina a igual aplicação do Direito vigente a todos os indivíduos, sem consideração das características pessoais específicas dos cidadãos sujeitos à legislação a ser aplicada. [...] [Já] em seu aspecto material, o princípio da igualdade consagra a célebre definição de igualdade de Aristóteles, uma vez que define que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem em igual situação, ao passo que aos que se encontrem em situação diversa deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação diferenciada em que se encontram. É a denominada *igualdade na lei*. (grifo do autor).

O princípio da dignidade engloba praticamente todos os outros e assim tratado pela maioria dos doutrinadores, respaldado pelo próprio ato de conviver em sociedade, ou seja, todos pagam seus impostos e cumprem seus deveres, receberão o tratamento da mesma forma, sem nenhuma espécie de discriminação, ainda mais se advinda da sua orientação sexual. Assim, trabalhar com a dignidade da pessoa humana é tratar com respeito, reciprocidade e igualdade, entre todos os sujeitos que fazem parte da sociedade. Corroborando assim, Ingo Sarlet (apud DIAS, 2011a, p. 87-88) ao sedimentar que:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

Estado e da comunidade. Implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Diante do exposto, percebe-se que a Constituição consagrou esses três princípios em seu art. 5º, embora há existência de outros que são amplamente difundidos por alguns doutrinadores. Dentre eles se encontram dois firmados por Dias (2011a, p. 93) quais sejam, o “afeto como princípio” e “a felicidade como fim”, constatando que:

Com a consagração do afeto a direito fundamental, não há como deixar de reconhecer que as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo também são marcadas pelo elo da afetividade. Outra não foi a razão para identificar tais vínculos familiares como: uniões homoafetivas. Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade. O direito a felicidade não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida de que é um direito fundamental, materialmente constitucional.

Mister se faz ressaltar a extrema relevância de outros dois princípios: o da razoabilidade que tenta coibir o exagero e a arbitrariedade no momento da aplicação do Direito e o da proporcionalidade, que faz a valoração da adequação e da necessidade de aplicação de certa norma a referido caso concreto. Nesse aspecto, José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 189) ponderam que:

Enquanto a razoabilidade se volta à aferição de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, vedando o excesso e a arbitrariedade, a proporcionalidade se destina à manutenção e conformação da coexistência pacífica e harmoniosa do amplo rol de direitos fundamentais consagrados à pessoa humana.

Finalmente foca-se o princípio da solidariedade, que nada mais é do que respeitar as escolhas de índole pessoal de cada sujeito. Evidencia-se o reconhecimento das uniões homoafetivas como sendo uma entidade familiar, aplica-se assim, da mesma forma os direitos a essas relações, possibilitando-se com isso o acesso à justiça, caso seja necessário, sem que haja qualquer tipo de resistência ou intolerância concernente à orientação sexual dos envolvidos. Assim, lecionam Ragazzi e Garcia (2011, p. 191) que:

A fraternidade e a solidariedade são inerentes à própria concepção de dignidade da pessoa humana, consubstanciada no dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. É exatamente nesse sentido, de respeito ao ser humano e às suas escolhas, que o princípio da solidariedade se insere no reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas.

Abordou-se aqui, os princípios essenciais considerados como garantidores de uma sociedade justa e igualitária. Encerrando esse tópico, é relevante mencionar que como se abordou anteriormente, as normas podem chocar-se com os princípios e desta forma os últimos devem ser considerados em detrimento delas. Entretanto, também pode ocorrer de dois princípios acabarem por se colidirem. Desta forma como nenhum princípio vale mais que o outro, pois possui a mesma finalidade, qual seja garantir a dignidade dos sujeitos como sendo um direito fundamental. Como forma de solucionar esse conflito, utiliza-se o método da ponderação entre eles. Assim, analisa-se o caso concreto em questão e avaliam-se os dois princípios a fim de ver qual deles tem maior peso para ser aplicado. Nesse aspecto, Dias (2011a, p. 96) sedimenta que:

Em face da distinção entre regras e princípios pode-se afirmar que as regras devem ser aplicadas na forma do tudo ou nada, por serem mais herméticas, fechadas. Já os princípios são **mandados de otimização**, que devem ser aplicados na maior medida do possível. São mandados *prima facie* e não definitivos, ao passo que as regras se aplicam ou não. Quando há conflito entre regras, basta solucioná-lo pela clássica interpretação: lei especial derroga a geral. Contudo, essa interpretação não pode jamais ser utilizada em relação aos princípios. Como estes têm enunciação larga e aberta, não se pode falar em conflito de princípios, mas em colisão, onde o interprete deve utilizar o critério da proporcionalidade. (grifo do autor).

Desse modo, encerra-se o estudo dos princípios para com base neles adentrar no estudo da família homoafetiva e a possibilidade da mesma poder exercer a função de pais (em uma relação homossexual) e de mães (em uma relação lésbica) com a presença de prole, com a ajuda da medicina.

3. Reprodução assistida:

Constituir sua própria família, ter um emprego, educar seus filhos e serem tratados com respeito e dignidade. É o desejo de todo o ser humano, inclusive dos casais homoafetivos. Também querem e possuem direito de constituírem sua família e com isso, descendência. Estende-se o exercício das funções paterna e materna, dependendo do tipo de relação homoafetiva, de homossexuais ou lésbicas. Ambos os

relacionamentos encontram respaldo nos princípios ora estudados como o da igualdade, dignidade e liberdade.

Assim, nada mais justo que possam constituir uma família e terem filhos, como todo casal heterossexual. Neste novo paradigma, utiliza-se da reprodução sexual, porém nessas relações é um tanto quanto impossível devido à impossibilidade do sexo fisiológico. Outrossim, daria margem para a adoção, porém nos dizeres de Maria Berenice Dias (2011a, p. 173), "os empecilhos impostos à adoção fazem com que soluções outras sejam buscadas por quem quer consolidar uma família com prole."

Por certo, ampara-se essa solução com ajuda da medicina pela reprodução assistida. Trata-se de um conjunto de técnicas realizado por médicos especialistas para auxiliarem mulheres com dificuldade de engravidar ou aquelas pessoas que querem ter um filho biológico, porém não possuem uma parceira, como no caso de pessoas solteiras e nos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Por se tratar de procedimentos médicos, não precisa ocorrer assim, qualquer contato sexual para que haja a fecundação, basta existir o desejo de exercer a maternidade/paternidade. A reprodução pode desenvolver-se através de dois modos: a homóloga, na qual, é usado o material genético do próprio casal, levando-se a gestação por meio da fecundação *in vitro* e a heteróloga, na qual, utiliza-se material genético disponibilizado por doador. Assim pondera Dias (2011a, p. 173):

A fecundação resultante de reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos gerar. As expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial são utilizadas para identificar as técnicas de reprodução assistida que permitem a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. Chama-se de **homóloga** a concepção quando decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedendo-se à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação **heteróloga**, o material fecundante é de doador anônimo. (grifo do autor).

Resta saber como cada parceiro procederá à possibilidade de ser exitosa essa técnica. Para tanto há condições de se fecundar um óvulo com material genético de duas mulheres como da mesma maneira que o fecundado pelo espermatozoide do homem. Nesse tocante, Marianna Chaves (2011, p. 367), pondera:

O casal de lésbicas que desejasse gerar um filho com o material genético das duas poderia apelar para a seguinte situação: recolher um óvulo maduro de cada uma das parceiras e fundir esses dois gâmetas [sic] *in vitro*, da mesma maneira que um óvulo se funde com um espermatozoide.

Nesse caso, ocorreu a reprodução homóloga e outra situação abre-se para discussão quem seria a mãe no caso em tela. Afirma-se que a mãe serão as duas, pois ambas exercerão este papel, dando carinho, afeto e educação proporcionalmente, porém juridicamente falando, a mãe será aquela que levar a gestação a termo.

Através da reprodução parcialmente heteróloga é possível que tanto uma mulher homossexual, quanto um homem homossexual possam realizar o desejo de exercer a parentalidade, pois nos dizeres de Chaves (2011, p. 368):

Uma mulher solteira e homossexual pode ter o desejo de levar a cabo o seu projeto parental, classificado vulgarmente como "produção independente". O mesmo pode acontecer com um homem solteiro e gay. No caso do homem, não se tratando de reprodução natural, ele haveria de socorrer-se da maternidade de substituição.

Nesse aspecto também um casal de lésbicas pode levar a termo a gestação pela reprodução heteróloga ou parcialmente heteróloga, da forma sedimentada por Chaves (2011, p. 370):

[...] uma do par daria à luz à criança, cujo embrião teria sido fertilizado com o óvulo da outra e o esperma de um doador. [...] Entretanto, já se tem notícia de um casal de lésbicas que foi submetido ao mesmo tipo de inseminação artificial, no Estado de Santa Catarina, e conseguiram estabelecer a filiação em relação a ambas as mulheres.

Em complemento, atém-se ao fato de que os homossexuais também podem optar pela reprodução heteróloga ou parcialmente heteróloga, mas para tanto, precisam de uma mulher que queira levar a gestação a termo, ou seja, aceite doar seu útero para a gestação, a popularmente conhecida barriga solidária, com o fim exclusivo de gestar o filho com o material genético do(s) parceiro(s) ou de um doador, sem receber nenhuma retribuição financeira por conta disso. Nesse diapasão, Chaves (2011, p. 373), pondera:

Pode-se entender a maternidade por substituição como o acordo por meio do qual uma mulher se compromete a gerar uma criança, e posteriormente entregá-la a outra mulher - ou, neste caso - a um homem, renunciando todos os direitos sobre o infante, inclusive a classificação jurídica de "mãe".

Previne-se que ao se utiliza da reprodução assistida observa-se algumas regras disciplinadas pelo Conselho Federal de Medicina⁷. Trata-se de um procedimento

⁷ Resolução n°. 2.013/2013.

aberto a qualquer pessoa capaz, incluindo solteiros e relacionamentos homoafetivos. Não poderá ser uma transação negocial, ou seja, com fins lucrativos, pois a reprodução assistida visa sanar a impossibilidade que algumas pessoas possuem de exercer a parentalidade. Por isso, em se tratando de uma barriga solidária, a mulher escolhida deverá pertencer à família de um dos companheiros, um parentesco consanguíneo até o quarto grau e a idade limite de até 50 anos para a mulher.

É importante observar que aos doadores de gametas, fixa-se idade máxima de 35 anos para a mulher e para o homem 50 anos. Além disso, ressalta-se que a doação é sigilosa, visto que, o doador não saberá quem receberá seus gametas e nem o receptor, quem foi o seu doador.

Outro fator interessante é que se efetuará essa técnica, mesmo no caso de doador falecido, com prévia autorização específica para o caso. Ocorre geralmente quando numa relação um dos parceiros contrai doença grave, mas com desejo de exercer sua parentalidade e de comum acordo com seu companheiro (a) faz a coleta dos gametas, congela-os na clínica para que futuramente sejam utilizados.

Desse modo, com todo o exposto não se exclui a parentalidade para os relacionamentos homoafetivos, pelo fato de sua orientação sexual, não sendo fator decisório de maior ou menor capacidade e legitimidade para a criação e educação de uma criança, pois Chaves (2011, p. 363) sedimenta que "não será a orientação sexual do indivíduo que irá definir se ele conseguirá desempenhar, com dedicação, afetividade e efetividade à sua função parental."

Além do mais, não cabe mais juridicamente negar esse direito a ditos relacionamentos, tendo como justificativa a influência que exercerá sobre a criança, a orientação da homossexualidade, pois Chaves (2011, p. 364-366), pondera que:

O desenvolvimento psicológico de crianças criadas pelos pais homossexuais é semelhante à dos infantes criados por duas pessoas de sexo diferente. [...] [Assim,] é de afirmar que os homossexuais possuem, sim, um direito à parentalidade.

Como visto, não é porque a criança ou adolescente é criado por homossexuais que isso determinará a sua sexualidade, pois se assim o fosse, em um ambiente heterossexual, em que a figura paterna fosse estuprador, na fase adulta também o seria. Falta logicidade a essa justificativa, pois isso condicionaria qualquer criança às opções e condições psicológicas de seus pais, como réplica deles, um ser totalmente influenciado e sem vida própria.

Claro que poderá ocorrer da criança nascer com essa orientação e por força do destino conviver com pais homossexuais, não a torna homossexual, mas ter nascido

assim, e não de uma escolha. Até porque, se fosse assim, em casos de casais heterossexuais, só nasceriam crianças heteros, coisa que não acontece.

4. Registro:

Fundamenta-se, entretanto, que os pares homoafetivos são dotados de capacidade para exercerem as funções parentais, constituindo verdadeira família, congregando todos os requisitos para tal ao realizarem o sonho de ter sua prole, seja por via da adoção, seja por técnicas da reprodução assistida. Atenta-se a formalização desse desejo, tecendo o direito de registro a essa criança.

Nada os impede de tal ato, pois a condição sexual não se deve levar em conta para formalizar o respectivo ato, pois tanto os heterossexuais quanto os homossexuais possuem condições e estruturas plenas para exercer a função paterna e materna não devendo ser discriminados em face de sua sexualidade. Pois já está confirmado que isto não influencia em nada as questões psicológicas e sociais da criança/adolescente.

Dessa maneira, quando do registro, na certidão não deve constar a discriminação de pai e respectivo nome e mãe e seu respectivo nome, pois, estar-se-ia discriminando as relações entre pessoas do mesmo sexo. Apenas fazer a descrição da paternidade/maternidade da criança sem constar a nomenclatura *pai* e *mãe*, ou seja, apenas constar o assento do registro da criança como filho(a) de, seguido do nome dos pais, que inclusive é o que já vem aplicado nos registros de crianças com pais heterossexuais, não seria nada de novo.

Desta forma, a criança será filha(o) de ambos(as) os pais/mães, sendo registrada com os respectivos nomes. Nesse diapasão, Vecchiatti (2008, p. 556), pondera

[...] a parentalidade é um conceito primordialmente socioafetivo, não necessariamente biológico. Uma pessoa não exerce a função paterna ou materna pelo simples fato de ser o(a) genitor(a) da criança ou adolescente em questão: a parentalidade somente existirá de fato caso haja *amor, carinho, compreensão, solidariedade e respeito pelo menor, além da concessão de educação e da imposição de limites a este*, características necessárias a uma boa criação que independem da orientação sexual da pessoa ou do fato de se tratar de um casal homoafetivo ou heteroafetivo, já que ambos têm as mesmas condições de criar adequadamente um menor. (grifo do autor).

Vale ressaltar a importância do registro exigido em casos de viagens nacionais e/ou internacionais, em acompanhamento hospitalares. Sem o mesmo, ficar-se-á impedido de qualquer ato cível ou jurídico envolvendo a criança/adolescente.

No que pese, a possibilidade de realizar o registro de uma criança concebida através das técnicas de reprodução assistida. Trata-se de um Agravo de Instrumento,

tendo como fundamentação a necessidade e o direito da menor de ter o *status* de filha do casal sendo reconhecido judicialmente, incluindo, o nome de família que a concebeu e assim podê-lo ostentar com provimento unânime, que, segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. [...] 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Destaca-se que, a criança adquire seus direitos e os pais/mães suas obrigações e no caso de ocorrer a dissolução da união estável, o companheiro(a) detentor da guarda do menor, terá direito à pensão alimentícia⁸, respeitando o binômio (necessidade x possibilidade) aceitando o direito de visitas e convívio⁹ com o menor, assim como ocorre nos relacionamentos heteroafetivos. Assim, porta-se Marcelo L. Francisco de Macedo Burger (2011, p. 387), expondo que: "[...] é garantido à criança a "convivência familiar", ou seja, ter consigo a companhia de seus pais, avós e demais parentes."

Como ora exposto, na dissolução da união estável, o juiz estabelecerá a guarda da criança, garantindo-se desde já o direito de convivência, possibilitando-se assim,

⁸ Conforme estabelece o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei n. 8.069/90, que: "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais." Assim, mostra-se que o que se quer proteger são os interesses da criança e adolescente, ou seja, o que for melhor para elas, independentemente de que condição familiar ela esteja inserida, se hetero ou homoafetiva.

⁹ Da mesma forma, o art. 19 do ECA, porta-se quanto a convivência familiar, dispõe em seu caput que: "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."

que o genitor não guardião, possa manter contato com ela, em dias e horários estabelecidos. (BURGER, 2011).

Consoante, nesse mesmo norte, Burger (apud CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, 2011, p. 391) afirma que:

Ora, se a relação homoafetiva, como qualquer outro relacionamento heterossexual, lastreia-se no afeto e na solidariedade, não há motivo para deixar de reconhecer o direito de alimentos, em favor daquele que necessita de proteção material.

Vislumbra-se que, não há dúvida de o vínculo que une uma família entre pessoas do mesmo sexo é igual ao de sexos diferentes, devendo produzir assim, os mesmos efeitos. Inaceitável que filhos dessas relações sofram prejuízos, pois não o foram dadas nenhuma escolha ao lar para nascerem e serem criados. Desse modo, vislumbra-se a seguinte decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MÉTODO DE **REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ASSISTIDA** QUE UTILIZOU GAMETA DOADO PELA IRMÃ DE UM DOS AUTORES, QUE TAMBÉM GESTOU A CRIANÇA. **REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR CONSTANDO OS NOMES DO CASAL HOMOAFETIVO COMO SEUS PAIS**. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E PORQUE NÃO LHE FORA OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO DEVERIA VERSAR SOBRE ADOÇÃO, EM RAZÃO DE O GAMETA NÃO TER SIDO DOADO POR PESSOA ANÔNIMA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INSUBSISTÊNCIA. PARQUET QUE, AO PROCLAMAR A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, SE MANIFESTOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, OPONDO-SE AO PLEITO, TESE ENCAMPADA DEPOIS PELA PROCURADORIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL AO ATENDIMENTO DO PEDIDO. DOADORA DO GAMETA QUE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA, RENUNCIOU AO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REALIZADO EM CONTRARRAZÕES. IMEDIATA EMISSÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA INFANTE, QUE SE ENCONTRA, ATÉ O MOMENTO, DESPROVIDA DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO. O conceito de família independe do gênero e da sexualidade das pessoas que a compõem, conforme reconheceu a Suprema Corte no julgamento da ADPF nº 132: "A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia

religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família" (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011). O fato de a doadora do óvulo, que também gestou a criança, não ser anônima, não representa óbice para o reconhecimento da parentalidade sócio-afetiva e conseqüente registro da criança em nome de ambos os pais, notadamente porque decorre de um projeto amplamente idealizado pelo casal e que - a toda evidência, diante da impossibilidade de os gametas de ambos os interessados serem utilizados na fecundação - só pôde ser concretizado mediante a utilização de método de **reprodução heteróloga assistida**. Formalidades não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos. Imperioso reconhecer o progresso para o qual é encaminhada a sociedade e acompanhar suas transformações, de modo a preencher as lacunas que se abrem em decorrência de tais modificações. O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem à vontade da sociedade, que há de ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto, sobremaneira se não há choque algum com o mundo jurídico. **Não se pode sonegar prerrogativas aos casais homossexuais por sua sexualidade**. Não há aparato jurídico para tanto. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.079066-9, da Capital, rel. Des. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 12-03-2015). (grifo nosso).

Desse modo, evidenciam-se as implicações que gera a vontade de exercer a parentalidade. Indispensável receberem o mesmo efeito e tratamento jurídico aplicado às famílias heteroafetivas. Para tanto, registra-se em Cartório Civil e com isso, o menor garante o seu direito a ostentar o *status* de compor determinada família, a qual receberá também, os bônus e alguns encargos, pois nas palavras de Burger (2011, p. 390), "[...] filho é filho independentemente da orientação sexual que seus pais possuam." Vindo a desconstituir-se, deverá respeitar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente,

Conclusões

Mostrou-se primeiramente, a evolução que a mulher passou ao longo dos anos e foi gradativamente amparada pelas constantes Constituições que entraram em vigor, a cada uma que chegava, um novo direito era reconhecido e desse modo resguardado, até a promulgação da então Carta Constitucional de 1988, que permanece em vigor até os dias atuais e com ela foram reconhecidas novas entidades familiares que até então eram banalizadas e somente a família matrimonial reconhecida. Um exemplo foi o reconhecimento da união estável que anteriormente era tida como um concubinato.

Foram elencados também, alguns princípios mais utilizados pela grande maioria dos doutrinadores como fundamento para a não discriminação perante os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo biológico, a fim de que recebessem o mesmo tratamento dos heterossexuais sem nenhuma distinção no tocante a sua orientação sexual. Abordado com maior ênfase o princípio da igualdade e o da liberdade. Aquele focado no sentido da igualdade de condição e este na liberdade de escolha quanto ao parceiro (a) para a formação de uma entidade familiar sem que o Estado se intrometesse num assunto tão íntimo de cada ser humano.

Para que assim, os casais formados por pessoas do mesmo sexo pudessem encontrar um respaldo jurisdicional concernente à possibilidade de utilizarem das modernas técnicas de reprodução assistida, um método que possibilita a gestação de uma prole sem que haja nenhum envolvimento sexual, tornando-se possível o exercício da parentalidade tanto por pessoas solteiras; mulheres que não podem engravidar quanto por casais homoafetivos, estes formados por lésbicas e homossexuais.

Desse modo, fica demonstrada a possibilidade jurídica e legal dos casais homoafetivos exercerem a parentalidade através da reprodução assistida, até por que, se a própria resolução não proíbe, não há impecílio nenhum de exercer essa vontade intimamente ligada à constituição de uma família com a possibilidade da presença de prole, recebendo assim um tratamento isonômico sem qualquer discriminação devido à orientação sexual dos parceiros (as).

Acrescenta-se também o melhor interesse da criança, presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando-lhe mesmo na dissolução da união homoafetiva, o direito de manter contato com ambos os pais/mães e conseqüentemente, com seus parentes próximos, ligados assim, por laços de afetividade. Cabe ao juiz estipular normativas de visitas, para que não haja o rompimento do elo afetivo que se instaurou quando do envolvimento do casal. Podendo inclusive o guardião/guardiã pedir que o juiz defira uma pensão alimentícia para a criança, sempre respeitando o binômio da (necessidade x possibilidade). Ressalta-se a importância do registro da criança, inclusive a receber o nome de ambos os pais/mães e ostentar assim a sua condição de filho (a) e membro reconhecido como tal de sua família.

Referências

BICEGLIA, Tânia Regina. **A mulher e a evolução histórica de suas conquistas na legislação civil e constitucional brasileira**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) - Faculdade de Direito Presidente Prudente, São Paulo, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Lei Maria da Penha**. 4 ed. São Paulo. Line editora. 2009.

_____. **Resolução nº 175/2013**, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em: 15 maio 2013.

_____. **Resolução nº 2.013/2013**, de 09 de maio de 2013. Dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BURGER, Marcelo L. Francisco de Macedo. Guarda, visitas e alimentos nas famílias homoparentais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

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

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011b.

RIGAZZI, José Luiz, GARCIA, Thiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento. Nº 70052132370. Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013 Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 02/09/2013.

_____. Apelação Cível Nº 70076929900, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/05/2018. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26/06/2018.

_____. Apelação Cível Nº 70074423666, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 30/11/2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26/06/2018.

_____. Apelação Cível Nº 70048488498, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/07/2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26/06/2018.

SANTA CATARINA. Apelação Cível Nº 20140790669, Primeira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Domingos Paludo, Julgado em 03/09/2015. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 01/07/2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva: o fim do preconceito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Recebido em: 17/09/2018

Aceito em: 30/10/2018

Como citar este artigo?

SANTOS, Leonardo Goulart. OLIVEIRA, Fernanda Gewehr de. Reprodução assistida: uma possibilidade estendida para os relacionamentos homoafetivos. **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo/RS. v. 08. n. 16. jul./dez. 2018, p. 147-170. Disponível em: <http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>.