

FAMÍLIAS *IN VITRO*: UM ENSAIO SOBRE A HARMONIZAÇÃO ENTRE O DIREITO DAS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS E HOMOAFETIVAS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E O DIREITO DO MENOR À BIPARENTALIDADE

Ana Carolina Pedrosa Massaro¹

Resumo: O escopo do artigo em voga é analisar a possibilidade de harmonização entre o direito ao planejamento familiar das famílias monoparentais e homoafetivas – especialmente considerando-se os avanços biotecnológicos –, e o direito à primazia do melhor interesse da futura criança, diante da suposta necessidade de acesso à biparentalidade para garantia de seu desenvolvimento mental e físico saudáveis. Neste contexto, questionou-se a possibilidade de se colocar limites ao livre planejamento familiar para se evitar um suposto prejuízo às crianças que nasceriam sem as necessárias figuras de um pai e uma mãe, por serem filhas biológicas de casais homossexuais ou de pessoas solteiras. Com efeito, é indubitável que na atualidade pessoas solteiras ou do mesmo sexo podem constituir uma família de forma planejada, sendo certo que o projeto reprodutivo daí advindo nada mais será que uma decisão deliberada de eventual genitor solteiro ou casado com outrem de mesmo gênero. To-

¹ Doutorado em curso pela Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Argentina, na área de Direito Civil. Especialista em Direito Processual Civil, pela FAAP Fundação Armando Alves Penteadado, em 2010. Pós-graduanda em Direito do Agronegócio, pela UNIARA. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, em 2006. Realizou curso de extensão universitária na Universidade de Cambridge, na Inglaterra, em 2013. Participação em inúmeros eventos e palestras jurídicas no Brasil e no exterior. É autora e coautora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil, na Argentina e na Itália. Atualmente, é advogada e sócia do escritório Marcussi, Jamel & Massaro Advogados, em Ribeirão Preto/SP.

davia, conforme se detalhou neste estudo, o atendimento do melhor interesse do menor não está relacionado à opção sexual de seus progenitores, tampouco à aptidão para o casamento daquele que exerce de forma isolada a parentalidade, mas sim à responsabilização e comprometimento do pai/mãe que lhe desvela afetos e cuidados e se preocupa em garantir o integral desenvolvimento da personalidade de seu filho. Assim, o objetivo deste trabalho acadêmico é propor uma reflexão despida de quaisquer preconceitos, pretendendo-se elevar o debate aos aspectos científicos que a temática exige.

Palavras-Chave: planejamento familiar, famílias monoparentais, famílias homoafetivas, direito fundamental à reprodução.

Abstract: The scope of the article in vogue is to analyze the possibility of harmonization between the right to family planning and homoafetivas parent families - especially considering the biotechnological advances - and the right to primacy of the best interests of the future child, before the supposed need for access the biparentality to guarantee their healthy mental and physical development. In this context, it questioned the possibility of putting limits on the free family planning to avoid an alleged injury to children that would be born without the necessary figures of a father and a mother, to be biological children of gay couples or single people. Indeed, it is clear that at present unmarried or same sex people can raise a family in a planned manner, given that the reproduction project resulting therefrom will be nothing more than a deliberate decision of whether single or married parent with another person of the same gender. However, as detailed in this study, the care of the best interests of the child is not related to the sexual orientation of their parents, nor the suitability for marriage that exercising parenting in isolation, but rather the responsibility and commitment of the father / mother unveiling her affection and

care and care in ensuring the overall development of your child's personality. Thus, the aim of this scholarly work is to propose a naked reflection of any prejudices, the aim being to raise the debate on the scientific aspects that the theme requires.

Keywords: family planning, parent families, gay families, fundamental reproductive rights.

INTRODUÇÃO



sociedade moderna presenciou, especialmente nas últimas décadas, um inimaginável avanço biotecnológico. Referido progresso científico permitiu a efetiva interferência do homem no campo da genética e da medicina reprodutiva, viabilizando com que a procriação artificial fosse alcançada em laboratório, preterindo inclusive a necessidade de que houvesse coito entre um homem e uma mulher para que ocorresse a gestação.

Casais que antes não podiam sequer cogitar a possibilidade de terem filhos, seja por infertilidade ou por infecundidade, agora encomendam bebês em clínicas internacionais, que por vezes são gerados por mulheres que têm nacionalidades distintas dos casais solicitantes e dos eventuais doadores de material genético.

Da mesma forma, casais homossexuais ou pessoas sozinhas vislumbraram nas técnicas de reprodução humana medicamente assistida a possibilidade de finalmente realizarem o projeto parental que acalentaram caladas e, em um passado não muito distante, furtivamente, pois o Direito se negava a reconhecer como famílias as uniões homoafetivas ou os núcleos monoparentais, que estavam juridicamente fadados à exclusão.

Ocorre que não há mais como negar a existência destas

novas famílias, plurais por excelência, compostas e recompostas à medida que, gradativamente, a busca pela felicidade veio se tornando um valor jurídico mais relevante que o enquadramento das relações afetivas neste ou naquele modelo padrão, socialmente aceito e imposto.

Está-se, pois, diante de uma nova sociedade que, como tal, anseia por uma resposta rápida e eficaz do Ordenamento Jurídico para as vicissitudes advindas das atuais formas de ser família.

Neste contexto, caiu por terra o tripé basilar da antiga família tradicional, composto das necessárias e essenciais figuras de um Pai, de uma Mãe e de um Filho, e abriu-se caminho para consolidação dos diversos núcleos familiares possíveis, tornando-se cada vez mais comuns e socialmente aceitas as uniões e casamentos entre pessoas do mesmo sexo e as famílias formadas por aquelas pessoas sozinhas que, mesmo não tendo idealizado um projeto parental com outro alguém, optaram em seu íntimo por se tornarem mães/pais e por conduzirem de forma unilateral o desenvolvimento deste seio familiar.

Pretende-se, com o presente trabalho acadêmico, demonstrar que a responsabilidade parental se redefiniu a partir da constatação de que a paternidade e a maternidade se desvincularam da questão meramente biológica e ganharam contornos muito mais complexos e delicados, a exigirem uma maior atenção do Estado, especialmente para garantir a proteção dos interesses do menor que será gerado e gestado de formas artificiais.

Com efeito, ao garantir a todo cidadão o direito de procriar, ainda que de maneiras artificiais, diante da impossibilidade física de fazê-lo de outra forma (duas pessoas de mesmo sexo ou alguém sozinho), o Estado respeita e atende o princípio constitucional da dignidade e pleno desenvolvimento da pessoa humana, até mesmo porque é o ser humano que se encontra no cerne de todo o sistema jurídico brasileiro, que por meio de sua Constituição Federal direciona a legislação inferior e a conduz

sempre à integral proteção do ser.

É neste contexto que se questiona sobre um possível conflito entre o direito fundamental de qualquer pessoa de se reproduzir e de colocar em prática o projeto parental que a própria Lei Maior do país lhe garante, em face do direito, igualmente constitucional, da primazia do interesse do menor que já será privado desde o seu nascimento de ter um pai e uma mãe, ou seja, o direito à biparentalidade.

Observa-se que o conflito destes dois direitos previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o direito de planejar e formar uma família e o direito do menor de ter seu melhor interesse respeitado, apesar de aparentemente contraditórios, são na verdade complementares, na medida que se busca eliminar preconceitos e dar vazão à realidade eudemonista das novas famílias, a significar que cada ser que compõe um núcleo familiar o faz para ser feliz e fazer o outro feliz, através da reciprocidade de afeto, solidariedade e comprometimento.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS E DA PROCRIAÇÃO.

A família, ao longo da História da humanidade, passou por uma profunda transformação. Esse processo evolutivo inseriu inúmeras situações na seara jurídica, sendo motivo de redefinição do próprio núcleo familiar. Faz-se, pois, necessário percorrer alguns períodos históricos para que se possa compreender a evolução da família e da procriação. Por meio de tal trajetória é possível demonstrar o progresso conceitual e a modificação do modelo de família desde os primórdios até a atualidade.

Pois bem. Nas sociedades antigas, nem mesmo o critério biológico era preponderante para a formação de família, uma vez que os elos familiares envolviam, muitas vezes, escravos e pessoas que não possuíam qualquer vínculo consanguíneo.

Neste sentido, “historiadores do direito romano, de modo muito justo, têm notado que nem o nascimento, nem o afeto foram fundamentos da família romana.”²

Os laços que mantinham uma família eram preponderantemente religiosos:

O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontra na religião do lar e na dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é desse modo mais uma associação religiosa do que uma associação da natureza³.

Nestes termos, “o critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater famílias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater famílias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.”⁴

Tanto é verdade que na família romana, por exemplo, havia vasto poder concentrado na figura do *pater famílias*, que gozava de hierarquia e autoridade perante os demais integrantes.

Imperioso enfatizar também que, na idade antiga, o casamento era contratado apenas para perpetuar a espécie, pelo que, caso a mulher não engravidasse em tempo hábil, era permitida a anulação do casamento por culpa desta. No mesmo sentido é o entendimento de Fustel de Coulanges⁵:

Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível que tenha sido até obrigação. Na Índia, a religião prescrevia que “a mulher

² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. *Ob. cit.*, p. 31

³ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. *Ob. cit.*, p. 31

⁴ NOGUEIRA, Jenny Magnani. *A Instituição da Família em A Cidade Antiga*. *Op. cit.*, p.102-103

⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. *Ob. cit.*, p. 47.

estéril fosse substituída ao fim de oito anos”. Nenhum texto formal nos prova ter sido este mesmo dever obrigatório, igualmente na Grécia e em Roma. Todavia, Heródoto cita-nos dois reis de Espanha que foram obrigados a repudiar as suas mulheres porque estas se mostravam estéreis.

Nestes termos, na Roma antiga, a mulher, além de ser propriedade do marido, era obrigada por lei a dar-lhe filhos, sob pena de ser anulado o casamento em razão de sua esterilidade.

Outra prática comum entre os romanos era entregar a esposa ao irmão ou parente mais próximo para fecundá-la, quando o marido fosse estéril, sendo que o fruto desta relação era tido por filho do marido. Tal situação também era observada pelos antigos hindus, atenienses e espartanos.

Da mesma forma, na Idade Média, o aspecto religioso manteve importância central nos relacionamentos familiares, com a forte presença da Igreja disseminando seus dogmas com naturalidade entre as gentes. A noção de família envolvia diversas pessoas que viviam sob a tutela do “senhor”, incluindo mulher, crianças, escravos e servidores. Relevante ponderar que tanto no sistema feudal, quanto nas tribos, os filhos eram imprescindíveis para a economia doméstica, já que representavam mão-de-obra, sendo, portanto, de suma importância tê-los.

O próprio casamento era tido como uma instituição religiosa, regado e tutelado pelas leis da Igreja, de modo que restava claro o respeito precípuo às orientações sacras. Também preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais, os quais balizavam as decisões acerca das conveniências das uniões matrimoniais e, de certo modo, refletiam sob a concepção de família de então.

Assim, “a análise iconográfica leva-nos a concluir que o sentimento da família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV-XVI, para se exprimir com um vigor definitivo no século XVII.”⁶

⁶ ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Trad. Dora Flaksman

Pois bem. Até o século XVII era improvável imaginar o respeito a uma esfera pessoal sentimental, pois tanto a mentalidade reitora como as condições de vida até então dificultavam em muito tal aspecto. Apenas quando estas condições se alteraram é que a esfera particular deu sinais de desenvolvimento. Foi a partir do início da Modernidade, mais claramente após o final do século XVIII, que restou possível perceber o nascimento de outra noção de pessoa, com crescente reconhecimento de sua subjetividade e dedicação maior aos sentimentos.

Quanto às relações pessoais, houve a concessão de certa liberdade (se o indivíduo possuía liberdade para contratar, também deveria poder decidir sobre sua vida pessoal), o que viabilizava uma seara propícia ao reconhecimento do afeto.

Para Eduardo de Oliveira Leite, o século XVIII foi precursor nesse aspecto: “A submissão desaparece e, pela primeira vez na história da humanidade, surge um maior espaço ao amor como uma tímida, mas nítida, busca de satisfação pessoal, realização íntima, gerando uma nova concepção do casamento, com espaço mesmo ao prazer”.⁷

Durante o decorrer do século XX, os relacionamentos restaram marcados cada vez mais por interesses subjetivos, pessoais, particulares, com considerável diminuição de outros aspectos ou intenções nestas relações, sejam elas matrimoniais ou filiais.

Em decorrência da crescente liberdade e subjetividade, da percepção do consciente e do inconsciente, aliada a outros fatores econômicos, sociais, políticos e filosóficos, foi possível o surgimento de outras entidades familiares ao lado da “família legítima”, consubstanciadas apenas por vínculos afetivos (como as uniões livres).

Reconheceu-se, pois, a possibilidade de formação de nú-

2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 210-211

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. *Op. cit.*, p. 295.

cleos familiares entre pessoas homossexuais, transexuais, uma pessoa sozinha com sua prole (famílias monoparentais), ou qualquer outra forma de estabelecimento de vínculo familiar.

Não fosse apenas por isso, os avanços biotecnológicos permitiram que qualquer casal ou pessoa com problemas de infertilidade ou de alguma forma impossibilitados de gestar, pudessem ter um filho, por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida.

Neste contexto, o ato de procriar deixou de se vincular estritamente à obrigação inerente à família tradicional, heterossexual por excelência, patriarcalizada e patrimonializada, e passou a se associar ao desejo íntimo de qualquer ser humano – independente de sua opção sexual –, de, através de um filho, afirmar sua identidade, sua personalidade e sua dignidade.

Reproduzir-se ou não passou a ser visto como um ato voluntário que reafirma a autonomia de cada ser sobre seu próprio corpo e se relaciona a um projeto de vida, capaz de garantir a plenitude do exercício do planejamento familiar, independentemente de qual forma de família irá formar-se.

Sobre o tema, interessante observação foi redigida por Debora Diniz: “ter filhos biologicamente vinculados é mais do que um desejo de exercer a maternidade ou paternidade, pois significa a vinculação a um ideal de reprodução social pela função da família e da filiação, inserindo os indivíduos em uma ordem de parentesco”⁸.

A sociedade contemporânea vivencia, pois, um momento histórico, jurídico e político em que o ser humano está no centro das relações sociais, sendo, portanto, valorizada e respeitada na íntegra a dignidade da pessoa humana e todos os desdobramentos possíveis deste exercício pleno do direito de ser pessoa, de ser cidadão e de compor uma família.

Ocorre que paralelamente ao direito dos pretensos pais, sejam eles hetero ou homossexuais, solteiros ou casados, em

⁸ DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2011.

conjunto ou separadamente, surgiu o questionamento sobre a proteção da dignidade e da higidez mental deste novo ser que vai nascer. É correto que a procriação ocorra a qualquer preço, ainda que o projeto parental possa trazer prejuízos para o sadio desenvolvimento da personalidade da futura criança?

Foi baseado nesta suposta proteção ao ser que está por vir, que muitos países legislaram no sentido de limitarem o uso das técnicas médicas para reprodução humana assistida para casais heterossexuais. Cabe lembrar que no Brasil, em especial, não há nenhuma lei regulamentando a matéria, mas sim uma Resolução Médica que visa disciplinar eticamente os procedimentos desenvolvidos por esta classe profissional, qual seja, a Resolução do CFM 2013/2013.

Ora, se é possível a busca de alternativas biotecnológicas para procriar, qual seria a razão plausível para excluir os pacientes homossexuais, transexuais ou aquela pessoa sozinha, que pretende ter um filho individualmente?

Com efeito, no Brasil, antes do advento da Constituição Federal de 1988, pouco se debatia quanto às formas de constituição familiar que essas técnicas proporcionavam às pessoas em geral, independentemente de qual arranjo familiar surgiria com o nascimento desse novo ser, ainda que daí se formasse uma família monoparental ou homossexual.

Vê-se, pois, que as técnicas de reprodução humana assistida foram responsáveis por uma verdadeira revolução procriacional e que esta revolução fez com que o próprio Direito de Família fosse repensado, pois o modelo tradicional de família já não é mais o único capaz de procriar e de formar um núcleo familiar, seja ele conjugal ou individual, hetero ou homossexual.

O ADVENTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS. A POSSIBILIDADE DE MONOPARENTALIDADE E HOMOPARENTALIDADE

PLANEJADAS.

A reprodução humana medicamente assistida nada mais é que a procriação procedida através de auxílio médico especializado, no qual um paciente com dificuldades ou impossibilidade reprodutiva se vale de orientações e técnicas biomédicas para atingir a fertilização e a fecundação de embriões que, uma vez implantados em um útero, possibilitarão a gestação e nascimento de uma futura criança.

No momento, o Brasil não editou nenhuma lei para tratar dos aspectos jurídicos da reprodução humana assistida, contando apenas com uma regulamentação do Conselho Federal de Medicina (autarquia federal responsável por fiscalizar as práticas médicas), que aborda a matéria com o intuito de disciplinar e orientar a profissão médica. A Resolução n. 2.013, de 2013, do CFM, traz em seu bojo o rol de pessoas que podem se submeter às técnicas de procriação artificial. Vejamos:

Resolução n. 2.013, de 2013, do CFM:

“II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

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

Vê-se, pois, que apesar de permitir expressamente a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para toda e qualquer pessoa, incluindo-se os casais homossexuais e as pessoas sozinhas, a Resolução 2013/2013, do CFM, ressalta que é dado ao médico se negar a realizar qualquer procedimento em homossexuais e solteiros, caso tal postura infrinja seu “direito de objeção de consciência”.

Observa-se, inegavelmente, que a única regulamentação

brasileira a abordar a matéria faz reprovável discriminação entre pessoas, ao passo que concede um suposto direito aos médicos de entenderem não ser correto que pessoas do mesmo sexo ou solteiras tenham filhos biológicos através de técnicas artificiais de procriação.

Causa perplexidade a leitura do texto acima colacionado, retirado de uma Resolução médica recentíssima – que, repita-se, foi editada no ano de 2013 –, já que todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, especialmente guiado pela Constituição Federal⁹, reconheceu como sendo famílias as uniões homoafetivas e os núcleos monoparentais.

Com efeito, imperioso ainda consignar que o Supremo Tribunal Federal, órgão judiciário máximo do país, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132¹⁰, determinou que o artigo 1723 do Código Ci-

⁹ Art. 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4° - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5° - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 7° - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁰ ADI 4277 e ADPF 132: EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n° 132-RJ pela ADI n° 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO A DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-

POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo

da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. 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. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tri-cotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). 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. Família como figura central ou contigente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HO-

MEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277 e ADPF 132 – disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>,

vil¹¹ fosse interpretado de acordo com a Constituição, a extirpar qualquer dúvida sobre a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, inclusive permitindo a consequente conversão daquelas em casamento, tal qual já ocorria com relação às uniões estáveis entre pessoas de gêneros distintos.

Amparados nesta realidade jurídica e fática do Brasil, não é mais possível excluir os homossexuais da utilização das técnicas médicas para reprodução humana assistida, com a finalidade de ampliar sua família, que já foi configurada como tal pela união de afetos dos companheiros/cônjuges de mesmo sexo.

Assim sendo, ainda que tal medida seja contrária às convicções pessoais de qualquer médico, estes profissionais não poderão se opor a realiza-las em pessoas sozinhas ou casais de mesmo sexo, pelo que a dignidade da pessoa humana e seu direito fundamental de constituir uma família devem sempre se sobreporem ao suposto “direito de objeção de consciência” do profissional da saúde, o que, por si só, torna obsoleta e discriminatória a disposição da Resolução nº 2013/2013, do CFM, que reza o contrário.

Ora, não há como negar que sempre existiram casais homossexuais e famílias em que um dos progenitores assumiu sozinho a criação e educação da prole, a tornar-se a única referência parental do núcleo familiar, seja em razão da posterior viuvez ou do divórcio.

Ocorre que o cenário jurídico mundial se redefiniu com o surgimento e consequente aprimoramento das técnicas de procriação artificial, pois aquele casal formado por pessoas do mesmo sexo – que antes só se tornariam pais/mães através da adoção –, alcançou a oportunidade de ter um filho biológico,

acessado em 09 de Abril de 2014).

¹¹ Art. 1.723. do Código Civil Brasileiro: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

valendo-se da doação do gameta faltante e da solidariedade de uma mulher que cederá seu útero para gerar filho alheio. Cabe esclarecer que, em sendo o casal composto por duas mulheres, far-se-á necessária apenas a doação de espermatozoides, mas se se tratar de uma união entre dois homens, estes precisarão da doação de um óvulo e de um útero, onde a futura criança será gestada.

Da mesma forma, uma mulher ou um homem solteiro por opção poderão se socorrer da reprodução humana assistida para constituírem uma família, com o nascimento de um filho que seja fruto da vocação familiar de apenas uma pessoa. Vê-se, pois, que já é possível planejar uma família monoparental, sem que ela seja mera consequência dos percalços da vida (viuvez, divórcio, entre outros), mas sim o reflexo do desejo de uma pessoa que quer exercer a parentalidade de forma unilateral, sem precisar de outro alguém para se reproduzir e para formar uma família.

Imperioso ressaltar que ninguém pode ser obrigado a adotar uma criança para se tornar pai ou mãe, até mesmo por isso, limitar a maneira pela qual um casal homossexual ou uma pessoa sozinha deva exercer a parentalidade é uma atitude discriminatória e reprovável, não podendo o Estado, em hipótese alguma, impor barreiras ou limites para o exercício do direito de constituir livremente a família que se almeja ter.

O tema da elegibilidade pelo Estado das pessoas que supostamente poderiam se valer das técnicas de reprodução humana assistida para formar uma família fica ainda mais delicado e perigoso quando se observa que no Brasil a negativa de aplicação do método para formação de famílias monoparentais é defendida pela maioria dos doutrinadores de renome, tais como Eduardo de Oliveira Leite, que aduz ser “precipitado e equivocado (utilizar o) art. 226, parágrafo 4º do texto constitucional como argumento legitimador da inseminação artificial da mulher solteira, separada ou divorciada”, ao passo que, para

ele “o dispositivo constitucional, de forma louvável, apenas inseriu na esfera da proteção estatal, as famílias ‘monoparentais’; em momento algum as reconheceu com vistas a proliferação das mesmas.”¹²

Da mesma forma, posiciona-se o jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama ao apontar que “a Constituição não estimula a formação de famílias monoparentais, mas as reconhece”¹³.

Tal resistência já não é sentida pelos doutrinadores pátrios em relação à utilização das técnicas de procriação artificial pelos casais homoafetivos, sendo que o Brasil tem como expoente no assunto a renomada autora Maria Berenice Dias, que defende com afinco e dedicação a causa homoafetiva, a igualdade de direitos e a não discriminação, seja qual for a sua forma de manifestação.

Ocorre que, em que pesem as convicções pessoais da sociedade brasileira em geral – que ainda expressa odioso preconceito em relação às famílias homoafetivas e à formação programada das famílias monoparentais, especialmente quando um homem solteiro decide exercer sua vocação familiar através da utilização das técnicas de reprodução artificial –, fato é que o direito à saúde está constitucionalmente garantido para todo cidadão, sendo que, por meio de uma interpretação extensiva do rol dos direitos sociais elencados no artigo 6º¹⁴ e no artigo 199¹⁵ da Constituição Federal, é possível incluir o direito à

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁴ Art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹⁵ Art. 199 da Constituição Federal: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema

procriação, ainda que de forma artificial.

Neste contexto, todo aquele que apresentar qualquer dificuldade em se reproduzir – seja por infecundidade, seja por infertilidade, ou ainda por impossibilidade física de fazê-lo, quando nos referimos a uma união de dois homens ou de duas mulheres ou, ainda, a uma pessoa sozinha – deverá ser auxiliado pelo Estado, especialmente recebendo os tratamentos médicos e psicológicos referentes às técnicas de reprodução humana assistida.

Importante frisar que a Carta Magna brasileira é incisiva na defesa da dignidade da pessoa humana, em todas as suas possíveis formas de expressão, pelo que o art. 226, parágrafo 7º¹⁶, aduz que o planejamento familiar deve ser livre e que o Estado deve propiciar o que for necessário para o exercício desse direito, sob pena de infringir a própria essência humana.

Para Cristiane Beuren Vasconcelos, “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”¹⁷.

Mais do que isso, ao analisar o artigo 226, parágrafo 7º,

único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - 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.

¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁷ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas, 2006.

da Constituição Federal, Heloisa Helena Barboza observa que tal disposição “permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada ‘autonomia reprodutiva’”, o que garante “o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”¹⁸

Por oportuno, ressalta-se que o planejamento familiar foi disciplinado em legislação infraconstitucional própria, qual seja, a Lei nº 9263/96¹⁹, que em seu artigo 2º conceitua o men-

¹⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁹ Os primeiros artigos desta Lei são de interesse para este trabalho acadêmico. Vejam:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

cionado termo “como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Assim, não há dúvidas de que os direitos reprodutivos de todo e qualquer cidadão brasileiro estão amparados por lei, pelo que, conforme preceitua a doutrinadora Flávia Piovesan, tal direito “tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos”²⁰

A dita autora complementa seu entendimento aduzindo que “a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo”, uma vez que somente se consolidaram nos anos noventa, quando instrumentos internacionais foram editados com a finalidade de proteger tais direitos, fazendo, pois, nítida referência à Declaração e o Programa de Ação sobre população e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e à Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995.²¹

Por todo o acima exposto, é clarividente que as famílias

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

²¹ Apenas a título elucidativo, faz-se imperioso consignar que o Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento traz em seus estudos a definição de saúde reprodutiva de acordo com os preceitos da Organização Mundial de Saúde, observando expressamente que “[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”, assim “[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei”.

monoparentais e homoafetivas têm garantido, tanto nacional como internacionalmente, o direito ao livre planejamento de sua procriação, seja ela procedida naturalmente ou por técnicas médicas auxiliares, não sendo admissível discriminar pessoas ou apontar quais tipos de famílias podem ou não receber a proteção que foi constitucionalmente tutelada em favor de todos.

É neste contexto que nos traz enorme preocupação o fato de o Brasil não ter sequer legislado sobre a matéria, a instalar toda espécie de obscuridade e incertezas, além de fomentar a insegurança jurídica dos casais homossexuais e das pessoas solteiras, que diante de certos preconceitos ainda verificados na sociedade, não se enquadrariam no padrão de família supostamente “adequado” e poderiam, inclusive por negativa médica, ter seu direito ao planejamento familiar afastado e subjugado.

DA DEFESA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. O DIREITO À BIPARENTALIDADE COMO FORMA DE PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA FUTURA CRIANÇA.

Como demonstrado nas linhas acima, o princípio da autonomia reprodutiva de cada cidadão vem ganhando cada vez mais destaque no cenário jurídico, seja ele interno ou internacional, a exigir que cada Estado garanta aos seus cidadãos respeito e igualdade no trato para auxiliá-los medicamente a planejarem suas famílias e, conseqüentemente, disponibilizar para todos o uso das técnicas de reprodução humana assistida, independentemente da opção sexual que a pessoa sustente ou de ela estar ou não casada.

Ocorre que não há como tratar da reprodução humana sem se preocupar com os direitos da futura criança, que está por nascer, pois este ser também merece proteção constitucional e necessita da tutela estatal para ter sua integridade moral, psicológica e física sempre garantida.

Diante da defesa dos interesses deste menor é que a comunidade jurídica mundial se questiona sobre até que ponto a autonomia reprodutiva e o direito ao planejamento familiar podem ser exercidos de maneira ilimitada, sem qualquer restrição que vise proteger o futuro bebê. Mais do que isso, muitos estudiosos temem que a formação irrestrita de famílias que se compõem necessariamente sem a figura de um pai e de uma mãe possa afetar a formação da criança gerada por técnicas de reprodução humana assistida.

Neste sentido, Rose Melo Vencelau Meireles observa que "acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai, é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar a sua dignidade. A criança tem direito à biparentalidade".

Condenando especificamente a formação planejada das famílias monoparentais, Guilherme Calmon da Gama aduz que:

Não há como reconhecer, em regra, o direito à reprodução em relação à pessoa sozinha, levando em conta especialmente o princípio do melhor interesse da (futura) criança que, privada do pai ou da mãe, se sujeitaria à estrutura familiar parcial, tornando-a desigual em relação às demais pessoas desde o momento da concepção. Tal regra, no entanto, não deve ser absoluta, especialmente à luz da ordem civil constitucional instaurada em 1988 no direito brasileiro. A lei nº 9263/96, no seu artigo 3º, autoriza a monoparentalidade na reprodução assistida, desde que observados, no caso concreto, os princípios constitucionais relacionados ao planejamento familiar e à assistência do Poder Público, além da própria esterilidade da pessoa.²²

Já em relação às famílias homossexuais, nas quais ocorre necessariamente a ausência de uma das figuras parentais, pois, por óbvio, a criança por nascer somente terá a oportunidade de ter dois pais ou duas mães, e jamais um pai e uma mãe, a preocupação da sociedade, de forma geral (preconceito social), re-

²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

flete-se também na suposta desigualdade que o menor será submetido desde a sua gestação, pois nunca será como as demais crianças, que fazem parte de famílias “triangularizadas”, o que, por si só, feriria a primazia do melhor interesse da criança.

A este respeito, faz-se primordial esclarecer que, conforme explicado por Ana Carla Harmatiuk Matos²³, o conceito jurídico do Melhor Interesse da Criança deve ser adequado de acordo com a realidade social, visto que é um termo indeterminado e amplamente vago.

Neste compasso, cabe ao operador do Direito interpretar e harmonizar o termo trazido do direito Norte Americano *best interest of the child*, termo este que tem por característica uma alta possibilidade valorativa, mas uma baixíssima precisão de aplicabilidade. Por tal motivo, vê-se claramente que esta forma legislativa, que opta por termos indeterminados e vagos, traz grande periculosidade em seu conteúdo, especialmente quando implantado em uma sociedade predominantemente preconceituosa como é a brasileira.

Com efeito, para definir o superior interesse da criança e do adolescente, o intérprete da lei coloca suas impressões pessoais, suas experiências de vida e suas opiniões quanto à suposta adequação de alguém nascer a partir das técnicas de reprodução humana assistida por ter sido fruto do planejamento familiar de uma pessoa sozinha ou de um casal homoafetivo.

Ocorre que, ter simplesmente um pai e uma mãe não é o suficiente para garantir o melhor interesse da criança. Muito mais do que fazer parte de uma família “triangularizada”, o menor tem sua integridade física, psíquica e moral resguardadas quando recebe afeto, cuidados e atenção de uma ou várias pessoas que o assumam como seu dependente, que se dedique a proporcionar-lhe uma boa educação, com oportunidades ade-

²³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e Homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e Dignidade Humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

quadas de definição de sua personalidade, respeitando seus limites e seus anseios, independentemente da opção sexual que sustente ou de ter ao seu lado outro alguém para exercer sua vocação familiar.

O interesse real do menor não está adstrito ao convívio familiar pura e simplesmente, mas ao convívio familiar sadio, contínuo e juridicamente amparado e reconhecido.

É neste sentido que os tribunais pátrios²⁴ têm garantido o direito das pessoas sozinhas e dos casais homoafetivos de adotarem uma criança, vislumbrando-se sempre o primordial interesse do menor, o que inclusive está autorizado e definido no Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵

Assim sendo, não há dúvidas de que uma vez permitida a adoção, não haveria qualquer razão plausível para não dar o mesmo tratamento à reprodução humana assistida dos casais homossexuais ou de uma pessoa solteira, uma vez que a ausência de biparentalidade, por si só, não gera qualquer prejuízo ao desenvolvimento da criança planejada.

²⁴ APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. (Apelação Cível nº 70013801592 – TJRS – 7ª Câmara Cível – Relator Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Julgamento em 06 de Abril de 2006.)

²⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

SOLUÇÃO PARA O APARENTE CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DOS PRETENSOS PAIS E OS INTERESSES DAS FUTURAS CRIANÇAS.

Nos termos acima expostos, vê-se que é necessário ponderar os direitos constitucionais em tela, quais sejam, o melhor interesse do menor e o direito ao livre planejamento familiar das famílias monoparentais e homoafetivas, que a partir das técnicas de reprodução humana assistida podem programar o nascimentos de seus filhos.

Aludidos direito podem, aparentemente, direcionarem-se em sentidos contrários, visto que muitos são os estudiosos e doutrinadores que interpretam como sendo temerário às crianças já nascerem em lares nos quais jamais lhes será proporcionado o direito de conviver, ou ao menos conhecer, um pai e uma mãe, concomitantemente, pelo que, diante da impossibilidade de ter acesso à biparentalidade, tais crianças teriam um suposto prejuízo em sua formação psíquica, física e moral.

Todavia, este conflito pode ser facilmente vencido, pois é evidente a confluência entre os fundamentos constitucionais em voga quando o planejamento familiar se dá a partir do exercício de uma parentalidade responsável, o que vincula definitivamente a autonomia reprodutiva ao melhor interesse do menor.

Com efeito, é sim necessário fazer certa ponderação quanto ao livre exercício da autonomia reprodutiva, não podendo ser ela exercida de maneira ilimitada, pois existem outros interesses em jogo, especialmente aqueles que dizem respeito ao desenvolvimento sadio da futura criança, que exige proteção integral do Estado.

Ocorre que, por outro lado, como já explicitado em linhas anteriores neste trabalho acadêmico, não é a opção sexual nem o estado civil da pessoa que pretende ser pai/mãe que garantirá o convívio familiar saudável, mas sim o comprometimento

deste indivíduo em desvelar a esta futura criança os afetos e cuidados próprios da vocação parental, responsabilizando-se, indistintamente, por sua criação, educação e felicidade, garantindo-lhe condições mínimas de conviver em sociedade e de desenvolver sua personalidade.

Assim, a ponderação entre os interesses do menor e dos pretensos pais está justamente na concretização responsável do projeto parental, não se resumindo ao desejo íntimo de ter um filho, mas no compromisso diariamente externado por esta pessoa no sentido de se responsabilizar em garantir a saúde mental, física e psíquica da futura criança, pelo que a inicial ausência de um outro pai/ uma outra mãe fica sumariamente suprida, até mesmo pela figura dos demais entes familiares, como avós, tios, padrinhos, etc, uma vez que o bebê nascido por técnicas de reprodução humana assistida foi inegavelmente muito desejado e esperado por toda família.

Deste modo, não se pode utilizar a suposta proteção ao melhor interesse da futura criança para afastar a possibilidade do planejamento familiar das pessoas sozinhas ou dos homossexuais, pois já não há mais dúvidas de que o real interesse do menor não está em ter a biparentalidade assegurada, mas sim de receber afeto e cuidados capazes de lhe proporcionarem um desenvolvimento digno, e as tentativas de se fazer crer o contrário nada mais são que a expressão mais pura do preconceito daqueles que ainda lutam pela manutenção de um modelo de família heterossexual, matrimonializada e patriarcalizada, a excluir os grupos sociais minoritários, dentre eles os homossexuais, os transexuais e os solteiros.

A ABORDAGEM DO “MELHOR INTERESSE DO MENOR” PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANAS – “CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS Vs. CHILE” E SUA APLICABILIDADE PARA ANÁLISE DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR DAS FAMÍLIAS

HOMOAFETIVAS E MONOPARENTAIS.

É tema discutido no mundo todo o suposto perigo que o menor correria por conviver em um núcleo familiar formado por um casal homossexual ou por apenas um dos progenitores, diante da impossibilidade de acesso à biparentalidade heterossexual. Por mais absurdo que possa parecer, os Ordenamentos Jurídicos de vários Estados democráticos de direito ainda consideram temerário o menor não poder contar com as figuras de um pai e uma mãe em seus lares.

Um exemplo bárbaro e altamente discriminatório foi verificado no Chile, onde uma mãe foi privada da guarda e do convívio familiar com suas três filhas menores por ter estabelecido uma união marital homoafetiva após ter se divorciado do pai das crianças. Esta passagem jurídica é conhecida mundialmente como o “caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, julgado em 2012.

Com efeito, a Sra. Karen Atala Riffo e o Sr. Ricardo Jaime López Allendes casaram-se em 29 de março de 1993 e tiveram três filhas: M., V. e R., nascidas, respectivamente, em 1994, 1998 e 1999. Em 2002, quando da separação do casal, ficou estabelecido um acordo no sentido de que a guarda das crianças seria exercida pela Sra. Atala, cuja residência se manteria na cidade Villarrica, sendo certo que o pai das garotas teria o direito de visitas respeitado, podendo ter a companhia das menores aos finais de semana, em sua residência em Temuco.

Ocorre que, após o divórcio, a Sra. Atala Riffo passou a viver maritalmente com a Sra. Emma de Ramón e a partir de novembro de 2002 o casal decidiu viver sob o mesmo teto, tendo, por óbvio, a companhia das três filhas menores da Sra. Atala. Julgando tal situação danosa para suas filhas, o pai propôs uma demanda de custódia junto ao Juizado de Menores de Villarrica, aduzindo que o ambiente familiar se tornara prejudi-

cial ao desenvolvimento emocional das crianças, em razão de a mãe ter estabelecido um relacionamento homoafetivo.

A despeito de ter sido conferida liminarmente ao pai a guarda provisória das menores em maio de 2003, a sentença foi proferida no sentido de julgar improcedente o feito, sob o fundamento de que a opção sexual da genitora ré não representaria impedimento algum para o desenvolvimento da maternidade responsável, especialmente considerando-se que o homossexualismo não é uma doença.

Não se conformando com a mencionada decisão de 1º grau, o progenitor das menores interpôs recurso de apelação para o Tribunal, em novembro de 2003, aduzindo, substancialmente, que a sentença teria provocado uma mudança radical na vida das garotas, que já estavam habituadas a conviverem com o pai e a receberem as visitas da mãe. Todavia, a Corte de Apelações de Temuco, em 30 de março de 2004, confirmou a sentença por seus próprios fundamentos.

Mais uma vez irresignado com a decisão emanada do órgão judiciário, o progenitor das menores interpôs queixa junto à Suprema Corte de Justiça do Chile, que, ao apreciar o pedido, em 31 de maio de 2004, entendeu por bem dar a guarda definitiva ao recorrente. Para fundamentar sua decisão, o tribunal máximo do Chile aduziu que a regra segundo a qual os filhos devem ficar sob a guarda da mãe não é absoluta, comportando relativização no caso concreto. Neste contexto, o Tribunal ressaltou no acórdão que a orientação sexual materna poderia expor as filhas à discriminação e lhes causar confusão psicológica, pelo que a melhor solução seria mantê-las sob os cuidados paternos, no âmbito de uma família tradicional.

A mãe das menores levou o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que reconheceu ter a Justiça Chilena violado diversas normas do Pacto de São José da Costa Rica.²⁶

²⁶ Importante colacionar abaixo trechos da decisão emanada da Corte Interamericana

de Direitos Humanos, nos quais foram feitas interessantes e salutares observações quanto à impossibilidade de discriminação de pessoas diante de suas opções sexuais, especialmente quando tal opção é usada como pretexto para excluí-la do convívio familiar com suas próprias filhas. Vejamos:

“En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

(...) No se puede discriminar por orientación sexual.

(...) La presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

(...) El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso.

(...) Este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

(...) Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

(...) Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

(...) En este sentido, *el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.*

(...) *En la Convención Americana* no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. *Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*

(...) El Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)

(...) Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del

Com efeito, a Corte Interamericana foi incisiva em apontar a transgressão cometida pelo acórdão chileno no sentido de ferir de morte os *princípios da igualdade e da não discriminação*, dispostos no artigo 1.1 do Pacto de São José da Costa Rica, isso porque a expressão “outra condição social”, expressa na mencionada disposição, protege a orientação sexual e a identidade de gênero. Por esta razão, a corte internacional asseitou que a presunção de tratamento social discriminatório não poderia ser utilizada como fundamento para a restrição de direitos. Se a sociedade é intolerante, não cabe ao Estado sê-lo, razão por que só lhe resta adotar medidas para combater o preconceito em razão da orientação sexual.

E a CIDH foi além, observou que a presunção de dano psicológico supostamente causado às menores em virtude da opção sexual sustentada pela sua genitora não passou de uma análise superficial e abstrata da Suprema Corte Chilena, pois não houve a apresentação de nenhuma prova concreta de um dano real experimentado pelas meninas.

Para finalizar sua análise, a corte internacional aduziu, outrossim, que o acórdão chileno infringiu o Pacto de São José da Costa Rica quando pretensamente protegeu uma suposta família tradicional, garantindo a guarda das menores ao progenitor heterossexual e negando-a ao progenitor homossexual. Com efeito, o mencionado Pacto não adota um conceito estanque de família, tampouco a vincula ao matrimônio, motivo pelo qual não assistiria razão à Suprema Corte do Chile tentar impor um conceito limitado e estereotipado de família ao garantir a guarda das menores ao pai, pois somente ele poderia proporci-

interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica *no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las niñas* y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala.

onar-lhe uma “família estruturada normalmente e respeitada na sociedade”.

Neste compasso, todas as famílias, independentemente de serem formadas por pessoas heterossexuais, homossexuais, transexuais ou transgêneros, merecem o respeito da sociedade, seja ela chilena ou mundial.

Embasada, pois, na minuciosa análise acima verificada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos agiu dentro de sua competência para traçar ditames puramente reparatórios, já que não pode reformar qualquer decisão emanada dos órgãos judiciais dos Estados a ela vinculados, diante da autonomia destes.

A sentença proferida pela corte internacional se deu no sentido de estabelecer um conjunto de obrigações a serem cumpridas pelo Chile, quais sejam: *i*) prestar assistência médica e acesso psicológico ou psiquiátrico e imediata, adequada e eficaz, através de suas instituições especializadas públicas de saúde às vítimas que o solicitem; *ii*) publicar o resumo do julgamento, por uma vez, no Diário Oficial e em jornal de circulação nacional, divulgando o inteiro teor no site oficial; *iii*) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional para os fatos do presente caso; *iv*) continuar a implementar, dentro de um prazo razoável, programas permanentes e cursos de educação e formação para os funcionários públicos regionais e nacional e, particularmente, para servidores de todas as áreas e escalões do Judiciário; *v*) pagar determinadas quantias a título de compensação por danos materiais e morais e reembolso de custos e despesas, conforme o caso.

Como acima observado, tal caso não se refere à formação de uma família a partir das técnicas de reprodução humana assistida, mas aprecia precisamente a matéria abordada neste estudo acadêmico, qual seja, o suposto conflito entre o melhor interesse do menor e o direito ao exercício da parentalidade garantido a qualquer pessoa humana.

Com efeito, a relevância do mencionado caso está justamente na análise sobre o que de fato significa “atender ao melhor interesse do menor”, uma vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi incisiva em ponderar que a simples opção sexual diferenciada dos progenitores em nada impede o exercício pleno da parentalidade responsável.

Neste contexto, a sentença da corte internacional teve como foco a análise do real interesse do menor, observando-se que este princípio jamais pode ser utilizado como pretexto para perpetuar a discriminação entre pessoas ou para restringir direitos, especialmente direitos relacionados com o exercício pleno da dignidade humana, seja ela referente à livre formação das famílias ou ao respeito à opção sexual de todo cidadão. Neste viés, faz-se relevante colacionar abaixo trechos orientadores do entendimento humanitário e igualitário da matéria ora abordada. Vejamos:

“En abstracto, el “interés superior del niño” es un fin legítimo, *pero la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido* como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona.

(...) El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tución o custodia.

(...) Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño.

(...) para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la

alegada posibilidad de discriminación social.”²⁷

Nesta senda, indubitável que o cenário jurídico internacional repudia qualquer forma de discriminação baseada no errôneo fundamento de que a ausência de biparentalidade heterossexual, por si só, traria prejuízo para o desenvolvimento sadio de uma criança, o que deporia contra a primazia do melhor interesse do menor.

Assim, o que se observa é a crescente tendência dos Ordenamentos Jurídicos dos Estados em geral – influenciados substancialmente pelos entendimentos emanados das Cortes Internacionais – no sentido de aceitarem e legitimarem as diversas formações de famílias possíveis, especialmente reforçando o direito de todo cidadão ao livre planejamento familiar e ao exercício pleno da parentalidade, uma vez que a opção sexual ou a vocação para o casamento, por si só, não são suficientes para restringirem direitos ou fazerem diferenciação de pessoas.

DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DA MATÉRIA NO BRASIL

Conforme explicitado acima, não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer legislação que regule a utilização das técnicas de reprodução humana assistida como forma de planejamento familiar das pessoas sozinhas e das famílias homoafetivas.

No momento, o Brasil conta apenas com uma regulamentação do Conselho Federal de Medicina (autarquia federal responsável por fiscalizar as práticas médicas), que trata da matéria da reprodução humana assistida com o intuito de disciplinar e orientar a profissão médica. A Resolução n. 2.013, de 2013,

²⁷ Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o caso *Atala Riffo VS Niñas* – disponibilizado em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atarariffo.pdf>, acessado em 16.04.2014.

do CFM não é uma lei, por tanto não pode ser imposta para os cidadãos brasileiros.

É importante consignar que a referida Resolução traz em seu bojo dispositivo que prevê expressamente a possibilidade das técnicas de reprodução humana assistida serem utilizadas por “toda pessoa capaz”, qual seja, o artigo 1º, abaixo transcrito. Todavia, logo em seguida, dá-se permissão aos médicos para se negarem a aplicar tais técnicas de procriação artificial nos casais homossexuais e nas pessoas solteiras, caso esta postura seja contrária à “consciência” do profissional da saúde.

Resolução n. 2.013, de 2013, do CFM:

“II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

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

Neste compasso, o que se observa é que a Resolução Médica em apreço permite e coaduna com a discriminação de pessoas, pois exclui, injustificadamente, os homossexuais e as pessoas solteiras do amparo médico para reprodução planejada.

Mais do que isso, como dito acima, tal Resolução não tem poder vinculativo ou normativo, não podendo se opor ao quanto já determinado em Lei Complementar que trata exclusivamente da Reprodução Humana Assistida, que é a lei n° 9263/96. Vejamos:

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

Neste compasso, faz-se salutar suprimir da mencionada

Resolução Médica o conteúdo de caráter discriminatório verificado neste trabalho acadêmico, pelo que, sugere-se a seguinte redação para o artigo 1^a, da Resolução 2013/2013, do CFM:

Resolução n. 2.013, de 2013, do CFM:

“II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, *NÃO SENDO PERMITIDO AO MÉDICO NEGAR ATENDIMENTO A QUEM QUER QUE SEJA.*

Cabe ainda lembrar, por oportuno, que no Congresso Nacional Brasileiro tramitam vários projetos de lei ordinária para regulamentar a matéria, todavia, por inércia do Poder Legislativo, o país já aguarda por mais de 2 (duas) décadas a promulgação de uma lei.

Neste contexto, parece-nos mais adequado que, enquanto não se define a opção político-legislativa que melhor agrade aos parlamentares pátrios, “a maneira mais razoável e não discriminatória de fundamentar a elegibilidade às técnicas reprodutivas seria deslocá-las do campo da saúde e aproximá-las do campo dos direitos fundamentais, em especial do direito ao planejamento familiar”²⁸

Com efeito, o brasileiro não pode esperar mais (2) duas décadas para ver reconhecido juridicamente o seu direito de ter um filho, independentemente da sua opção sexual ou de sua vocação para o casamento. Neste mesmo sentido, Débora Diniz já se posicionou observando que “um homem sozinho, uma mulher lésbica, uma travesti ou uma pessoa intersexo, qualquer uma delas pode ter seu desejo de filhos realizado com o auxílio

²⁸ _____. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaios: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

das técnicas médicas”²⁹

Neste sentido, é preciso legislar de forma clara e direta sobre a impossibilidade de se perfazer qualquer discriminação entre as pessoas que queiram planejar o nascimento de seus filhos, fazendo-o através das técnicas de reprodução humana assistida. Além disso, é preciso deixar ainda mais evidente que o melhor interesse da criança a ser gerada artificialmente está em ter condições familiares sadias para desenvolver com plenitude sua personalidade, o que depende apenas do exercício responsável da parentalidade e nunca da “triangularização” de um núcleo familiar que conte, necessariamente, com um pai, uma mãe e um filho.

Pensando-se, pois, na harmonização entre o direito constitucional do livre planejamento familiar e o direito fundamental da primazia do melhor interesse da criança é que se sugere a alteração do Art. 226, da Constituição Federal Brasileira, por meio de uma ementa constitucional, fazendo-se constar a seguinte redação:

Art. 226 da Constituição Federal Brasileira - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, *AINDA QUE A PARENTALIDADE SE DÊ DE FORMA PROGRAMADA, COM O AUXÍLIO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA APLICADAS AO HOMEM/MULHER SOLTEIRO (A), VIÚVO (A) OU DIVORCIADO (A).*

DA MESMA FORMA, SÃO ENTIDADES FAMILIARES OS NÚCLEOS AFETIVOS, MATRIMONIALIZADOS OU NÃO, FORMADOS POR HOMOSSEXUAIS, TRANSEXUAIS OU TRANSGÊNEROS.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão *DA PESSOA HUMANA*, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por

²⁹ DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jan. 2011.

parte de instituições oficiais ou privadas, *ESPECIALMENTE GARANTINDO A TODO E QUALQUER CIDADÃO, INDEPENDENTEMENTE DE SUA OPÇÃO SEXUAL OU SUA APTIDÃO PARA O MATRIMÔNIO, O AUXÍLIO MÉDICO NECESSÁRIO PARA PROCRICIAR-SE, AINDA QUE ARTIFICIALMENTE.*

Neste contexto, estas simples e tímidas alterações legislativas-constitucionais seriam um grande passo para regulamentação da elegibilidade das pessoas que podem contar com o auxílio médico para procriação e, apesar de parecerem inócuas, trariam segurança jurídica e exterminariam inúmeras discussões sobre o assunto, promovendo a pacificação social e garantindo mais estabilidade nos relacionamentos entre pais e filhos advindos do projeto parental dos casais homossexuais e das pessoas solteiras.

É de extrema importância tais alterações, pois não cabe ao Estado, tampouco ao médico, eleger os indivíduos supostamente legitimados a se reproduzirem artificialmente, especialmente quando a negatória se firma exclusivamente na opção sexual ou no estado civil dos pretendentes pais/mães.

É papel e dever do Direito, em especial quando refletido na Constituição Federal de um Estado democrático, equiparar os seres humanos e garantir a todos dignidade, respeito e reconhecimento de direitos, pelo que ao sopesar os valores envolvidos e os interesses de pais e filhos, este trabalho acadêmico harmonizou a direito ao planejamento familiar e o melhor interesse do menor ao vincular a autonomia reprodutiva ao exercício da parentalidade responsável, a exaltar o convívio familiar sadio e sólido e a eliminar o preconceito social que rodeia as questões homoafetivas e monoparentais no país.

CONCLUSÃO

Como detalhadamente explicitado nas linhas anteriores, o Direito de Família tem passado por inúmeras transformações,

especialmente depois do advento das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, que propiciaram uma verdadeira revolução procriacional e jurídica, capaz de redefinir conceitos e equiparar direitos.

Ocorre que, diante destas novas famílias e da possibilidade de reprodução artificial, muito se discute quanto às limitações que supostamente deveriam ser impostas ao direito de procriar, especialmente quando certos grupos sociais minoritários pretendem formar famílias que destoariam do padrão socialmente aceito.

Em proteção a um hipotético direito do menor, que deve ter primazia em face dos demais interesses jurídicos em jogo, estudiosos e juristas defendem a ideia de que apenas casais heterossexuais deveriam ser beneficiados pelas técnicas de reprodução humana assistida, vez que quaisquer outras possíveis formações de família tolheriam o indispensável acesso da criança à “triangularização” familiar, ou seja, ao direito de ter a biparentalidade preservada, o que permitiria o convívio com um pai e uma mãe, concomitantemente.

Provocado, pois, pelo fictício conflito de interesses dos pretensos pais e dos menores, o presente artigo acadêmico dedicou-se a traçar a harmonização entre os princípios constitucionais aparentemente contraditórios, quais sejam: o melhor interesse do menor em face do livre planejamento familiar das famílias monoparentais e homoafetivas.

Com efeito, no decorrer do levantamento bibliográfico empreendido neste trabalho, pôde-se perceber que o melhor interesse do menor não está, pura e simplesmente, em ter garantido seu acesso à biparentalidade, mas sim em conviver em um lar onde ele receba cuidados, atenção e carinho, razão pela qual o que garante o crescimento saudável de uma criança é o comprometimento daquelas pessoas que se responsabilizam pela sua educação, pela formação de seu caráter e pela sua felicidade.

Em contrapartida, o ato procriacional, por ser um direito fundamental do ser humano, apenas pode (e deve) sofrer restrições quando há justificado perigo para o desenvolvimento sadio e digno de uma futura criança. Ocorre que, conforme detalhadamente explicitado no corpo deste artigo, a opção sexual ou a vocação para o casamento não são condições capazes de determinar que tipo de pais/mães as pessoas podem ser.

Ser um bom pai e uma boa mãe implica muito mais em desvelar cuidados e afetos ao filho, tornar-se um referencial na vida da criança, proporcionando-lhe segurança e conforto, do que garantir a ela um lar em que coexistam a figura de uma mulher e de um homem.

Observa-se, ainda, que, concomitantemente com o avanço biotecnológico detalhado neste trabalho, foi se criando uma enorme lacuna jurídica, pois o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou tal progresso e simplesmente tem se omitindo quanto à necessidade de legislar sobre os aspectos jurídicos da reprodução humana assistida.

Neste diapasão, a relevância deste estudo acadêmico está justamente em alertar para os perigos existentes na omissão legislativa sobre o tema, pelo que, sugeriu-se aqui algumas simples e tímidas alterações legislativas, por meio de uma emenda constitucional ao artigo 226, da Constituição Federal, com a finalidade de especificar na Carta Magna a formação programada das famílias monoparentais e homoafetivas e seu direito fundamental de ter acesso à procriação artificial, como já é garantido aos casais heterossexuais.

Vê-se que, apesar de parecerem inócuas, tais alterações legais trariam segurança jurídica e exterminariam inúmeras discussões sobre o assunto, promovendo a pacificação social e garantindo mais estabilidade nos relacionamentos entre pais e filhos, especialmente para as famílias que não se enquadram no padrão social heterossexual, matrimonializada e patrimonializada.

Assim, ao elaborar o presente artigo, pretendeu-se traçar parâmetros científicos e sólidos para garantir, jurídica e socialmente, o exercício pleno da parentalidade, independentemente da opção sexual ou da conjugalidade do pretense pai ou da pretensa mãe, uma vez que o direito de reproduzir-se, ainda que com ajuda médica especializada, é uma das formas mais concretas e diretas do ser humano atingir a plenitude da sua dignidade.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAHÃO, Ingrith Gomes. A Família monoparental formada por mães sozinhas por opção através da utilização de técnicas de inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Cadernos de Estudos Jurídicos*, v. 7 n. 7, Belo Horizonte PUC-MG, dez., 2004.
- ACÓRDÃO – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, acessado em 09 de Abril de 2014).
- ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.
- ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; SOUZA, Allan Rocha de. A Constituição e a regulamentação da reprodução assistida. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 296-317. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 19 set. 2011.

- APELAÇÃO CÍVEL nº 70013801592 – TJRS – 7ª Câmara Cível – Relator Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Julgamento em 06 de Abril de 2006.
- ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994.
- BARBOSA, Águida Arruda. Direito de Família/; livro didático/ Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira: design institucional Carmem Maria Cipriani Pandini, Karla Leonora, Dahse Nunes, Flavia Lumi Matuzzawa – Palhoça: UnisulVirtual, 2005
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- _____. Monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 31, n. 83, setembro/dezembro, 1998.
- BRAZ, Marlene; SCHRAMM, Fermin Roland. O ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a Bioética. In: *Revista Brasileira de Bioética*. v. 1., n. 2., Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2005.

- _____. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASA-BONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite *et all.* *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.
- _____. Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004b.
- _____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.
- CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Caderno CRH*, v. 18, n. 43, Salvador, jan./abr., 2005.
- CORRÊA, Marilena C. D. V. Bioética e reprodução assistida. Infertilidade, produção e uso de embriões humanos. In: LOYOLA, Maria Andréa (Organizadora). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: LetrasLivres, 2005.
- _____. *Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.
- DINIZ, Debora. Desejo de filhos. *Folha de São Paulo*, São

- Paulo, 28 jan. 2011.
- _____. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2009.
- _____. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaio: Bioética*. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006a.
- _____. Tecnologias reprodutivas no debate legislativo. In: *MultiCiência (UNICAMP)*, n. 6, maio, 2006b.
- _____; BUGLIONE, Samantha (eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002.
- ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.
- FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida - Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LEWICKI, Bruno. O Homem Construtível: Responsabilidade e Reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula (Orgs.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões dos Poder Judiciário. In: *Seminário "Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade*. Belo Horizonte, de 14

- a 17 de maio de 1988.
- MATOS, Ana Carla Hermatiuk. “Novas” entidades familiares. In: _____ (Org). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NOGUEIRA, Jenny Magnani. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. _____ . A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.
- QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do direito brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002.
- RAFFUL, Ana Cristina. "A Reprodução Artificial e os direitos de personalidade.", Ed. Themis, SP, 2000.
- RESOLUÇÃO 2013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Afeto, Ética,*

- Família e o Novo Código Civil*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o caso Atala Riffo VS Niñas – disponibilizado em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atalariffo.pdf>, acessado em 16.04.2014.
- _____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas, 2006.
- VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (org.). *Bi-óética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: LetrasLivres, 2005.
- ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.
- WALD, Arnoldo. O novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002.