

Ano III Nº 2
2011

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Társia Tallita de Moraes Farias Nakakura*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar a evolução social da família, evidenciando que o biologismo deixa de ser absoluto, passando a ser igualmente relevante o critério da afetividade e as consequências para as novas constituições familiares. Como ponto de partida para as reflexões deste trabalho, faz-se mister a compreensão histórica da composição familiar e os novos arranjos de família trazidos pela Constituição Federal de 1988, assim como o conceito jurídico de filiação e o enfraquecimento do biologismo como critério preponderante para a determinação da filiação. Verifica-se, ainda, que a repersonalização da família traz outras formas de arranjos familiares, uma delas é a união de pessoas do mesmo sexo, que têm procurado as técnicas de reprodução humana assistida como forma de procriação.

Palavras-chave: Repersonalização. Família. Filiação. Homoparentalidade. Reprodução humana assistida.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a família foi vista apenas como a reunião de pessoas que possuía o mesmo sangue, ou seja, para ser considerado membro de uma família deveria guardar com esta, laços consanguíneos ou então relação de conjugalidade, que era a existente entre o marido e a esposa. Admitia apenas a família constituída através de um casamento civil e os filhos legítimos advindos desta união, relegando à própria sorte as uniões estáveis, os concubinatos e a prole extramatrimonial.

* Advogada. Especialista em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões pela Escola Superior do Ministério Público- ESMP. e-mail: tarsiatallita@gmail.com

O Código Civil de 1916 reconhecia apenas a família instituída pelo matrimônio, ignorando todas as demais nuances que poderiam ocorrer, trazendo tratamento diferenciado aos filhos legítimos “concebidos na constância do casamento”, dos ilegítimos “concebidos à margem do casamento” (arts. 377 e 1605, § 1º, ambos do Código Civil de 1916). A família patriarcal denominada de tradicional ou nuclear, era composta de pai, mãe e filhos.

As pessoas eram unidas por questões patrimoniais, de acordo com os interesses em unir suas riquezas ou em perpetuar o sobrenome da família nas próximas gerações. Não havia, portanto, o fator sentimental inserido dentro das famílias. Não se tinha a preocupação no cuidar, no assistir, no amar, mas sim no quem manda e quem obedece, introduzido pelo patriarcalismo.

Verifica-se, entretanto, que o planejamento familiar talvez nunca tenha sido tratado adequadamente naquela época, visto que muitas famílias eram constituídas sem qualquer planejamento e sob a completa ignorância da responsabilidade no projeto parental.

Hoje, as famílias são constituídas alicerçadas no afeto. As pessoas se unem às outras quando se assemelham afetivamente, com o casamento ou não. Daí planejam os seus filhos como fruto do seu amor. A partir de então, cuidam, brincam, educam e conversam com seus filhos, o que jamais ocorria com as famílias do início do século passado.

Ressalta Grisard Filho (2007, p. 59) que ocorreu a superação do paradigma da família patriarcal, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana de casa um de seus membros, ocorrendo a maximização do afeto, permitindo que as uniões fossem feitas por desejos e laços de afetividade.

A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável formada por um homem e uma mulher e à família monoparental, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole.

Segundo o art. 226, § 5º da CF/88 verifica-se que se estabeleceu a cogestão na chefia da sociedade conjugal, o marido não a exerce mais isoladamente. O que ocorre atualmente é uma igualdade de direitos e deveres. Nenhum mais é chefe do outro. Veja-se: “Art. 226, § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Além disso, para que seja instituída a família, não é essencial que exista o vínculo biológico, pois esta se constitui do vínculo afetivo trazido pelas demais formas de família desenvolvidas pela sociedade.

As famílias originárias das uniões concubinárias, da união homossexual, e a família anaparental (composta por irmãos ou outros parentes em linha colateral, sem a presença de nenhum vínculo de ascendentes), ainda não têm guarida na lei, contudo, é uma realidade presente na sociedade brasileira.

A ampliação moderna do conceito de família adotado pela Constituição Federal de 1988, pela Lei do Concubinato e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) amplia os horizontes do conceito de paternidade e faz fulgurar a noção de filiação afetiva.

Nas palavras de Tepedino (2001, p. 349), “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos e religiosos dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros”.

Dessa feita, a família atual não pode ser tutelada em face dos direitos patrimoniais que decorrem das relações entre seus membros, posto que, como afirma Lôbo (2008), é vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

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

Há algum tempo, não se visualizaria a ideia de filiação biológica se não pela relação sexual. Entretanto, a situação hoje é diferente, sendo possível a procriação artificial com material genético do casal, ou não. Com isso, o Direito e as relações familiares têm uma nova questão a analisar e estudar.

1 O CONCEITO JURÍDICO DE FILIAÇÃO

Em artigo escrito ainda no ano de 1942, Orlando Gomes *apud* Boscaro, já observava que o eixo central da família estava deslocando-se do matrimônio para a filiação.

No entendimento de Boscaro:

após ampla consagração legislativa das hipóteses de dissolução do casamento e da disciplinação das uniões livres, deve-se reconhecer que o direito de família, que sempre foi calcado em normas consideradas de ordem pública (já que visavam a regulamentara constituição da família, tida como base do estado e calcada no matrimônio), passou a considerar os interesses pessoais dos membros dessa família, numa crescente privatização do tema, pois a felicidade e o bem-estar destes passaram a superar o interesse estatal na preservação da família calcada exclusivamente no matrimônio. (GOMES,1942 *apud* BOSCARO, 2002, p. 76)

Hodiernamente, existem três constituições de filiação: a biológica, a registral e a socioafetiva. Dessas formas advém diversos modos de se constituir uma família, como já tratado anteriormente.

Lôbo, afirma que filiação é:

A relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante a posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga [...] Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica ou não biológica. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade. (LOBO, 2008, p. 112)

A filiação biológica é a decorrente da forma natural da vida, ou seja, da efetiva participação de um homem e de uma mulher, através da relação sexual, ou apenas através do material genético do casal ou de um deles, sendo sempre decorrente de uma gravidez. É, portanto, caracterizada pela carga genética do pai/mãe presente no filho.

Nas palavras de Dias (2007, p. 338), há ainda a filiação registral, a qual ocorre quando devidamente lavrado o assento de nascimento de uma criança pelos

seus pais, tal ato é presumido como verídico e regido de publicidade. Esta parentalidade registral é um ato voluntário. Para sua concretização é necessário o comparecimento de ambos os pais no Cartório de Registro Civil, sendo inclusive o registro de nascimento um ato irrevogável, salvo nos casos previstos em lei, quando ocorrer erro por parte do pai em decorrência de dúvida com relação à paternidade da criança.

Já a filiação socioafetiva é fruto do amor, do afeto, mas não da consanguinidade. A relação de filiação não precisa decorrer de uma gravidez onde há a participação efetiva do pai e da mãe, mas sim tem que haver a identificação da criança como filho pelos seus pais, bem como a aceitação pela criança de que é filho de sua mãe e de seu pai.

Trata-se a paternidade socioafetiva de relação paterno-filial pautada no princípio da afetividade, princípio este que foi reconhecido, implicitamente pela Constituição Federal por meio da constante preocupação em se tutelar a dignidade da pessoa humana, bem como a previsão de modelos de família não baseados no casamento, mas, tão só, no afeto, tais como as uniões estáveis. Como modalidade de parentesco civil, é também pautada no princípio da solidariedade social, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3^a, I, CF/88) e deve influenciar até mesmo os relacionamentos familiares, tanto no aspecto patrimonial, como no aspecto psicológico, mediante direitos e garantias recíprocos que garantam o bem-estar e a convivência familiar.

Lôbo tece comentários sobre o estado de filiação:

A aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem. De modo geral a doutrina identifica o estado de filiação quando há o *tractus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). (LOBO, 2008, p. 212)

No que diz respeito ao estado de filiação nos casos de reprodução assistida heteróloga (onde não há identificação genética entre o filho e o pai), esta se desenvolve através de vinculação socioafetiva, pois apesar de o sêmen implantado na esposa não ser do marido, a criança que ali será gerada já tem seus

pais constituídos, e estes já possuem tal titularidade, prontos para dar amor, e todo o necessário, e por isso que quando vislumbrado tal tipo de inseminação a investigação não vem sendo permitida pelos tribunais.

A família contemporânea é identificada pelo vínculo afetivo que une as pessoas com objetivos de vida comuns, gerando o comprometimento recíproco. A família de hoje não mais se condiciona ao casamento, ao sexo e à procriação. O casamento deixou de ser a única forma de união afetiva, o contato sexual deixou de ser a única forma de procriar, e a procriação, por sua vez, não é a finalidade primordial da família.

2 FILIAÇÃO BIOLÓGICA *VERSUS* FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Situa-se no passado o pensamento de que a filiação biológica guarda superioridade em relação à socioafetiva. Porém, antes mesmo da Constituição de 1988, através da doutrina e da jurisprudência, a ciência do direito começou a interpretar e valorizar o afeto, atribuindo-se relevância aos laços afetivos em detrimento dos biológicos. O Direito passou a se interessar em tutelar as relações de afeto realmente existentes no lugar de se proteger as relações biológicas onde muitas vezes não havia qualquer identificação entre a criança e o seu genitor (pai ou mãe).

Os laços de afeto que fundamentam o princípio da afetividade, inserido na Constituição Federal de 1988, não derivam de origem sanguínea, e sim da convivência repleta de amor incondicional, respeito mútuo, carinho, e de solidariedade que é despendida por um pai ou uma mãe, que tem conhecimento não serem pais biológicos daquela pessoa. E apesar da grande maioria dos casos, a filiação derivar de uma relação biológica, a seu surgimento se dá a partir da construção cultural, social e afetiva da convivência familiar, sendo que a paternidade biológica não substitui a construção permanente dos laços afetivos.

Nesse raciocínio, o Tribunal do Rio Grande do Sul proferiu entendimento:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE COM PAI REGISTRAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA. Estabelecida a paternidade socioafetiva entre a autora/ investigante e o pai registral, descabe o reconhecimento da paternidade biológica, já que aquela deve prevalecer sobre esta. (RIO GRANDE DO SUL, Ap. Cível n.

Dessa mesma forma, Fachin tece comentário sobre a filiação socioafetiva:

A descendência genética é assim um dado; a filiação afetiva se constrói; é mais: uma distinção entre o virtual e o real. A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; é inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno-filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes. (FACHIN, 1996, p. 97)

E ainda, Madaleno, em seu artigo intitulado *Filhos do coração*, defende o fenômeno da desbiologização:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção for afeição. (MADALENO, 2004, p. 22)

Como se vê, o fator biológico vem perdendo espaço para o socioafetivo, uma vez que a criança cria laços de afeto, segurança e respeito com quem se dedica aos seus cuidados, não medindo esforços para a sua criação e educação, partilhando com ela uma relação de amor, assistência material, lazer e carinho, mútuos.

O reconhecimento do princípio da afetividade, juntamente com o reconhecimento da filiação socioafetiva, foi aprovado pelo STF, em três distintos enunciados:

Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim a noção de que há, também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

[...]

Enunciado 108: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. (I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2002, online)

Enunciados 256: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. (III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2004, online)

Depreende-se que atualmente o fenômeno da desbiologização está em destaque e já superou o caráter biológico das relações de filiação, merecendo todo o respeito e o reconhecimento pelos operadores do direito, pelo fato dessas relações socioafetivas se tratarem de verdadeiras entidades familiares.

4 A HOMOPARENTALIDADE E A FILIAÇÃO

Conforme apresentado anteriormente, a família constituída por casais homossexuais está inserida como arranjo familiar identificado de forma cada vez mais comum na nossa sociedade.

A nova forma de filiação trazida pela CF/88 que tem como alicerce o afeto e não mais o biologismo, e a valorização do campo familiar cercado pelo amor e pela dignidade de seus membros faz com que fique cada vez mais evidente a percepção de que as famílias homoafetivas são dignas de proteção e reconhecimento.

A sociedade e os legisladores não podem impedir que essas pessoas conduzam sua vida da forma que melhor lhes aprouver, cujo único objetivo é a busca da felicidade.

A própria CF/88 dispõe que é defeso qualquer tipo de discriminação à pessoa humana, devendo ser aplicada a igualdade entre as pessoas, e o direito à intimidade e a privacidade de cada indivíduo, direitos estes tidos como cláusulas pétreas.

No entanto, na dicção de Dias:

de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos-alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito. Não é mais possível deixar de arrostar a realidade do mundo de hoje. É necessário ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. (DIAS, 2011, *online*)

O que acontece, hoje, é um desrespeito exacerbado, um preconceito sem precedentes, que muitos que nem sabem porque tem, simplesmente acham mais “fácil” ser intolerantes.

Dentro deste viés, não se pode mais fechar os olhos para a realidade social de que existem sim famílias sendo constituídas pela homoafetividade e o Direito não pode desconhecer esta realidade.

No Brasil, ainda não há regulamentação da união homoafetiva. Contudo, a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador.

Em vista disto, no campo jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é vanguardista no reconhecimento as uniões homoafetivas como entidade familiar, concedendo, assim, direito sucessório de casais do mesmo sexo, direito de visita de filhos, partilha de bens, adoção, e outros mais, como se verá a seguir.

Assim, concordando com a tendência jurisprudencial sobre o assunto trazida pelo precursor TJRS, reflete-se acerca dos seus julgados relacionados à homoafetividade de relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (RIO GRANDE DO SUL, Ap. Cível n. 70012836755, Rel.: Maria Berenice Dias, 2005).

Caso paradigmático, que também levou-se a refletir, foi o decidido pela referida Desembargadora à concessão da regulamentação de visita em que duas mulheres mantiveram união homoafetiva por mais de doze anos e no oitavo ano da união resolveram ter um filho. O filho foi concebido por meio de fertilização *in vitro*, concretizada por meio de doação de esperma de um amigo do casal. Daí com a

ruptura da relação, o juiz julgou liminarmente sobre a regulamentação de visitas que fora confirmada pela Desembargadora em sede de agravo de instrumento:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, Agravo de Instrumento n. 70018249631, Rel.: Maria Berenice Dias, 2007).

É mister frisar que os Tribunais pátrios estão dando importantes contribuições para a tutela das uniões homoafetivas, estando preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

Pacificado pela jurisprudência do Rio Grande do Sul, a união homossexual é considerada união estável, conforme brilhantes decisões que vem consolidando o entendimento de proteção e reconhecimento desta relação, apesar da restrição de gênero contida na Constituição Federal e no Código Civil.

Ainda nesses termos, no dia 10 de março de 2011, o juiz da 26ª Vara Cível-Família de Maceió, Wladimir Paes de Lira, proferiu decisão reconhecendo a união homossexual entre duas mulheres, afirmando que “se duas pessoas do mesmo sexo resolvem estabelecer uma sociedade afetiva, não podem ser discriminadas, assim como, não pode o Estado negar guarida jurídica a tal relação, quando a Constituição não faz restrição”. Em sua decisão, o juiz defendeu o entendimento de que a caracterização da entidade familiar não está mais vinculada a uma especificidade legislativa, e sim à ocorrência de requisitos que de fato identificam uma família: afetividade, estabilidade e publicidade – sendo a demonstração pública de que uma pessoa apresenta-se como integrante do núcleo familiar. (ASSOCIAÇÃO ALAGOANA DE MAGISTRADOS, 2011, online)

Dessa forma, sendo reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, os efeitos inerentes à relações de família são completamente satisfeitos.

Com isso, os questionamentos e discussões acerca das técnicas de reprodução humana assistida que eram referidas a casais heterossexuais, hoje são perfeitamente plausíveis no contexto da homoafetividade.

As técnicas de reprodução assistida estão sendo aplicadas com mais frequência por famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Em 2009, um casal homoafetivo feminino, Adriana e Munira, recorreu à técnica de reprodução assistida e tiveram filhos gêmeos. A técnica foi empregada em Adriana que engravidou através do óvulo doado por sua companheira, por meio da fertilização *in vitro*.

Mais uma vez a pergunta. Quem é a mãe? Não cabe outra resposta: ambas são as genitoras. O só fato de ter Adriana carregado os filhos no seu ventre, não a autoriza a registrá-lo somente em seu nome. Aliás, a Justiça já vem admitindo que, em caso de gestação por substituição, o registro seja feito em nome de quem forneceu o material genético. De outro lado, nada justifica impedir que no registro de nascimento conste também o nome de Munira. O exame de DNA comprova ser ela a mãe biológica. (DIAS, 2011, *online*)

E foi exatamente esse o entendimento do magistrado: o juiz da 6ª Vara de Família e Sucessões de Santo Amaro, na zona sul de São Paulo, concedeu o registro das duas mães e dos quatro avós maternos nas certidões de nascimento das crianças. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Processo nº: 0203349-12.2009.8.26.0002. Juiz: Dr. Fabio Eduardo Basso. Publicado em: 30 de dezembro de 2010, *online*)

O Conselho Federal de Medicina, publicou no dia 06 de janeiro de 2011, a Resolução 1.957/2010, que permite que as técnicas de reprodução humana assistida sejam empregadas também por casais homossexuais que pretendem ter filhos, fato este não permitido pela resolução anterior do Conselho de Medicina, que vigorou por 18 anos (Resolução 1.358/92), determinando que somente casais heterossexuais podiam recorrer a essa técnica.(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, *online*)

As discussões acerca da procriação artificial realizada por casais homossexuais são as mesmas relativas à adoção. Alguns alegam que existem prejuízos para a criança adotada por homossexuais, tendo em vista que estas perdem o referencial de pai e mãe.

Contudo, pesquisas realizadas pela Associação Americana de psicologia

indicam:

não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento 'psicológico das crianças'. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e 'não demonstrou comportamentos egodestrutivos prejudiciais à comunidade.' Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, egoconfiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais." (WALD; REYNOLDS, 1992 *apud* MATOS, 2011, *online*)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro César Asfor, concede homologação de sentença estrangeira de adoção para constar o nome dos dois pais no assento de nascimento da criança concebida a partir de inseminação artificial heteróloga, com a utilização de óvulos doados por uma mulher não identificada, de acordo com as regras norte-americanas. Pelo ineditismo da decisão, passa-se a transcrevê-la:

SENTENÇA ESTRANGEIRA Nº 4.525 - US (2009/0077159-0)
DECISÃO

J. H., brasileiro, e D. L. M., norte-americano, qualificados na inicial, formulam pedido de homologação da sentença estrangeira proferida pelo Juízo Federal do Condado de Cook, Estado de Illinois, E.U.A., que, em 6 de janeiro de 2009, concedeu ao segundo requerente a adoção de A. E. H., nascida nos E.U.A. e filha biológica do primeiro requerente. A menor está sob a custódia dos requerentes, os quais vivem em união homoafetiva, nos Estados Unidos da América, há nove anos. A concepção da criança foi originada a partir de uma inseminação artificial heteróloga, com a utilização de óvulos doados por uma mulher não identificada, de acordo com as regras norte-americanas, que foram combinados com o material genético de J. H., o qual, por isso, é o pai biológico da menor e detém sobre ela o poder familiar.

Pleiteiam os requerentes a homologação da sentença de adoção, a fim de que conste, no assento de nascimento da menor A. E. H., a condição de ser filha de ambos, sem ser declarada a condição de cada qual como pai ou mãe.

O Ministério Público Federal, em parecer às fls. 37-39, manifestou-se favoravelmente ao deferimento do pedido e ressaltou que "a jurisprudência brasileira tem sido favorável, conforme ilustra o precedente firmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível n. 70013801592:

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."

[...]

Posto isso, homologo o título judicial estrangeiro. (STJ, SE 4.525 – US (2009/0077159-0), Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2010, grifo nosso)

Não se deve considerar a orientação sexual como elemento depreciativo da conduta do sujeito, uma vez que tal fator é determinante de sua personalidade. Do mesmo modo, há o respaldo de outros campos do saber onde se afirma não haver prejuízos à personalidade das crianças em razão de sua convivência com homossexuais. No mesmo caminho, os avanços da ciência estão a informar um novo horizonte de conhecimento sobre a temática, colocando-a em outro patamar de compreensão. (MATOS, 2011, *online*)

Infere-se, portanto, que o único inconveniente encontrado por crianças criadas por pessoas homossexuais é o preconceito que ainda permeia a sociedade. Desvencilhando-se disso, a família homoparental viverá como sempre quis: feliz.

5 CONCLUSÃO

Com a evolução do instituto da família e sua transição do caráter patrimonial para o afetivo, chamado de despatrimonialização ou repersonalização do direito de família, o afeto alcança proporção e importância até antes desconhecidas. O afeto, o amor e o companheirismo é o que devem reger as relações familiares e não mais o patrimônio, fato este já ultrapassado.

Demonstra-se que o biologismo não é mais importante do que as relações constituídas pelo afeto entre os seus membros.

Dessa forma, esta repersonalização da família faz com que arranjos familiares, constituidores de uma nova realidade social, clamem por uma tutela jurídica ante a necessidade da constituição de suas famílias, tendo as técnicas de reprodução artificial como único meio de procriação.

Discute-se aspectos controvertidos decorrentes da utilização das técnicas

de reprodução humana assistida, destacando a transformação que as mesmas acarretaram no conceito de concepção, manipulação da vida, procriação, paternidade e maternidade e os vários dilemas éticos e jurídicos que se configuram em consequência.

A união homoafetiva constitui um fato e merece proteção do Estado. O § 3º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, ao exigir a diversidade de sexo, para a configurar a união estável, está sendo desconexo com a realidade, ferindo, portando a dignidade humana. Não é poder do Estado desenhar o perfil da família, ao contrário, seu dever é protegê-la.

O argumento da inaptidão para procriar não encontra respaldo jurídico. A capacidade procriativa não é elemento da família, pois se o fosse a união entre duas pessoas inférteis não seria considerada uma relação familiar, uma vez que igualmente não possuem aptidão física para a procriação. Ante o desenvolvimento da ciência, mesmo a falta de capacidade de procriação, na união entre pessoas do mesmo sexo, está superada com a utilização da reprodução assistida.

Desta feita, verificou-se que a procura das técnicas de reprodução humana por casais homossexuais para a constituição de família se mostra cada vez mais frequente e que essa “nova” filiação calcada no afeto faz com que seja necessário o reconhecimento da homoparentalidade.

LA RE PERSONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA Y EL USO DE TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA POR PAREJAS HOMOSEXUALES

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar la evolución social de la familia, donde muestra que el biologismo deja de ser absoluto y el criterio de la afectividad y sus consecuencias pasan a ser igualmente relevantes para las nuevas constituciones familiares. Como punto de partida para las reflexiones de este trabajo, es menester: la comprensión histórica de la composición familiar, los nuevos puntos de familia traídos por la Constitución Federal de 1988, así como también el concepto jurídico de filiación y la caída del biologismo. Estos temas quedan como criterio

preponderante para la determinación de la filiación. Se debe tener en cuenta también que a causa de la re personalización de la familia, aunque haya otras formas de arreglos familiares, se buscan técnicas de reproducción humana asistida como forma de procreación. Es el caso de unión de personas del mismo sexo.

Palabras clave: Re personalización. Familia. Filiación. Homosexuales. Reproducción humana asistida

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO ALAGOANA DE MAGISTRADOS. **Juiz da Vara de Família reconhece união de casal homossexual. Alagoas em tempo real.** Alagoas 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.alagoastempo.com.br/noticias/alagoas/1743/juiz-reconhece-uniao-de-casal-homossexual-entre-duas-mulheres.html>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Revista brasileira de direito de família.** Jul. 1999.

BOSCARO, Marcio Antônio. **Direito de filiação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Presidência da República. Casa Civil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2011.

_____. **Lei nº 3.071**, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1916. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 30 nov. 2011.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2011.

_____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 30 nov. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Brasília, DF, 2010. Disponível em:<
http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em:
25 jan. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **As relações homoafetivas frente a Constituição Federal**. Disponível em: www.mariaberencedias.com.br.. Acesso em 22 mar. 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

_____. **Milagre da ciência**. Disponível em: <http://www.mbdias.com.br>.. Acesso em 21/03/2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GRISARD FILHO, Waldir. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Filhos do coração**. *In*: Revista Brasileira de direito de família, n. 23. Porto Alegre: Síntese, Abr/Mai 2004.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Filiação e Homossexualidade**. Disponível em:
<<http://www.direitohomoafetivo.com.br>>. Acesso em 24 mar. 2011

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ap. Cível n. 70012836755**. 7ª Câmara Cível. União Homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. Negado Provimento ao Apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA). Rel.: Maria Berenice Dias. Julgado em: 21 de dezembro 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de**

Instrumento n. 70018249631. 7ª Câmara Cível. Filiação Homoparental. Direito de Visitas. (SEGREDO DE JUSTIÇA). Rel.: Maria Berenice Dias. Julgado em: 11 de abril de 2007.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº: 0203349-12.2009.8.26.0002.** Foro Regional II - Santo Amaro 6ª vara da família e sucessões, Juiz: Dr. Fabio Eduardo Basso. Publicado em: 30 de dezembro de 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JORNADA DA DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília. **Jornadas de direito Civil I, III e IV – Enunciados aprovados.** Brasília: CJF, 2007. Disponível em: <
<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>> .
Acesso em: 30 nov. 2011.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 3., 2004, Brasília. **Jornadas de direito Civil I, III e IV – Enunciados aprovados.** Brasília: CJF, 2007. Disponível em: <
<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>> .
Acesso em: 30 nov. 2011.