



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O reconhecimento da família homoafetiva a partir das técnicas de reprodução assistida.

Silvia Lins Fonseca

Rio de Janeiro  
2011

SILVIA LINS FONSECA

O reconhecimento da família homoafetiva a partir das técnicas de reprodução assistida.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup> Katia Silva

Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof<sup>a</sup> Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2011

## O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA A PARTIR DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Silvia Lins Fonseca

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogada.

**Resumo:** O Conselho Federal de Medicina tem, constantemente, antecipado algumas tendências da sociedade brasileira. Não foi diferente quando da edição da Resolução 1957/2010, que, dentre outras inovações, permitiu a utilização de técnicas de reprodução assistida por homossexuais. Trata-se de questão polêmica, que evidencia o surgimento de um novo modelo familiar, até então, desprovido de proteção constitucional. O presente artigo tem como finalidade maior promover o debate acerca do tema, ressaltando a necessidade de uma legislação específica, que discipline o assunto.

**Palavras-chaves:** Reprodução Assistida. Família Homoafetiva.

**Sumário:** Introdução. 1. As técnicas de reprodução assistida. 2. Da família homoafetiva. 3. Alterações trazidas pela Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina. 4. A necessidade de uma legislação sobre o tema e o cenário jurisprudencial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a possibilidade da adoção de técnicas de reprodução assistida pelos homossexuais, apresentando uma nova concepção de família ao cenário social brasileiro. O objetivo do estudo não é apenas o esclarecimento acerca do tema, mas, sobretudo, a promoção de um debate, que se torna salutar, diante dos avanços e necessidades da sociedade.

Com a constitucionalização do Direito Civil após o advento da Carta Magna de 1988, as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe e, dentro dessa perspectiva, despertou-se um grande interesse no segmento das relações de parentesco. Ocorre que, em decorrência da evolução do mundo globalizado e da aquisição de novos valores introduzidos na sociedade contemporânea, as descobertas e inovações científicas passaram a trazer uma série de questionamentos ao mundo jurídico.

Dentro desse contexto, não restam dúvidas de que o Conselho Federal de Medicina tem antecipado algumas tendências da sociedade brasileira. Não foi diferente quando da edição da Resolução 1957/2010, que, dentre outras inovações, permitiu a utilização de técnicas de reprodução assistida por homossexuais. Trata-se de questão polêmica, que evidencia o surgimento de um novo modelo familiar, até então, desprovido de proteção constitucional.

Diante desse quadro, deve-se ressaltar que a problemática que gira em torno da adoção das técnicas de reprodução assistida pelos homossexuais é de tal amplitude e tão repleta de novas facetas, que as legislações existentes, os regulamentos e códigos de conduta estão longe de dar conta da situação e de suas implicações, tanto do ponto de vista ético-moral, quanto do legal. É exatamente nessa questão de, no mínimo, desconforto que se funda o interesse de desenvolver o presente artigo, enfatizando a necessidade de uma legislação específica acerca deste assunto.

Conclui-se que a exploração do presente tema é relevante não só por sua atualidade e polêmica, mas também porque atinge diretamente a vida em sociedade. Dessa forma, pretende-se, ao final, substituir as dificuldades dos legisladores e aplicadores da lei, diante da inexistência de previsão legal, ou, inadequação desta, pela busca de um sistema de normas, que assegure a realização total das potencialidades humanas e a preservação de sua dignidade.

## **1 - AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Somente será possível analisar as implicações sociais e legais do tema proposto, após se ter em mente conhecimentos, ainda que básicos, acerca das técnicas de reprodução assistida, sendo certo que não se tem pretensão de adentrar no campo científico da matéria em tela. Dessa forma, a diante, serão expostos dados fundamentais para a compreensão dos

procedimentos técnicos de reprodução assistida, com o único intuito de se permitir uma análise mais segura das questões a serem apreciadas no presente trabalho.

De acordo com a recente resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina – Resolução 1957/2010 – os homossexuais podem utilizar as técnicas de reprodução assistida, a exemplo da fertilização *in vitro*.

A reprodução assistida representa um conjunto de técnicas com o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas. É certo que, ao longo dos anos, houve um grande avanço no que diz respeito às novas técnicas de reprodução assistida e na discussão da bioética, surgindo situações, anteriormente inimagináveis, mas que, hoje, fazem parte do cenário social brasileiro, a exemplo da utilização das mencionadas técnicas pelos homossexuais.

A presente análise das técnicas de reprodução assistida não pode ser feita sem levar em consideração os princípios fundamentais que regem tal prática. Assim sendo, captando o espírito da última resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, pode-se afirmar que as técnicas de reprodução humana assistida podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente. Ademais, o consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores, sendo certo que os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

Uma importante ressalva feita na utilização dessas técnicas proíbe a sua aplicação com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo da criança que venha a nascer. Pode-

se, assim, afirmar que é vedada a fecundação de ovócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

Quanto ao número de embriões e ovócitos a serem transferidos para a receptora, regula-se que não pode ser superior a quatro e em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

Após a contextualização principiológica, faz-se necessária a análise das principais técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo, daquelas que poderão ser adotadas pelos casais homossexuais. De acordo com pesquisa realizada em site especializado<sup>1</sup>, as diferentes variantes técnicas da reprodução humana assistida se dividem em dois principais grupos:

1. As mais antigas e mais simples - nas quais a fecundação se dá dentro do corpo da mulher - são chamadas de Inseminação Artificial. Caso os gametas utilizados na reprodução assistida sejam do próprio casal, chamamos de inseminação homóloga; caso um ou ambos os gametas sejam obtidos a partir de doadores anônimos, chamamos de inseminação heteróloga.
2. E as técnicas mais modernas de RA - nas quais a fecundação se dá fora do corpo da mulher - que passam pelo procedimento de fertilização *in vitro* (FIV).

Deve-se ter em mente que a técnica da fertilização *in vitro* consiste em colher óvulos de uma mulher, para que os mesmos, depois de transformados em zigotos, sejam colocados dentro do útero da receptora. Quando tal implantação é feita com sucesso, há o surgimento de um embrião e a gravidez progride do mesmo modo que aquela naturalmente conseguida.

Existem diversas variantes técnicas da fertilização *in vitro* tais como o “GIFT”, o “TV-TEST”, o “ICSI” e o “IAIU”. As diferenças entre as mencionadas técnicas serão aqui descritas<sup>2</sup>:

GIFT – Técnica que consiste na transferência do gameta masculino e feminino diretamente na tuba uterina da mulher. Essa técnica encontra o apoio da Igreja Católica, quando os gametas utilizados são do próprio casal;

---

<sup>1</sup>CORRÊA, Mariana C. D. V.; COSTA, Cristiano. *Reprodução Assistida*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/>>. Acesso em: 07 mai. 2011.

<sup>2</sup>*Ibidem*, p.02.

TV-TEST – Técnica que transfere por via vaginal um embrião já formado, em estágio pré-nuclear, na altura das tubas uterinas;  
ICSI – É talvez a técnica mais conhecida popularmente, trata da realização de uma fertilização in vitro através da inoculação de um espermatozóide no interior de um ovócito, seguida da transferência via vaginal do embrião (pré-embrião) formado;  
O IAIU – Ocorre pela colocação via vaginal, de espermatozoides diretamente na altura da tuba uterina.

Outras técnicas complementares da reprodução assistida são: doação de óvulos, sêmen, embriões; congelamento de material biológico reprodutivo e de embriões; diagnóstico genético pré-implantatório, dentre outros.

No tocante à já citada Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, quando o casal homossexual for masculino, um dos parceiros poderá ceder o sêmen. O óvulo poderá vir de uma doadora desconhecida ou não. O mesmo vale para casais de mulheres, em que o óvulo poderá ser de uma delas e o sêmen de homem desconhecido, ou não. Os casais homossexuais, se assim desejarem, ainda poderão utilizar o embrião já congelado.

Não se pode deixar de mencionar que de acordo com a nova resolução do Conselho Federal de Medicina, a inseminação dos óvulos fertilizados deve ser feita em mulher parente do casal homossexual.

Insta salientar que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana assistida somente poderão utilizar técnicas para criarem a situação identificada como gestação de substituição, (conhecida, popularmente, como “barriga de aluguel”), diante de um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

Trata-se de questão polêmica, que traz consigo inúmeras problemáticas, que se encontram perfeitamente inseridas no contexto do tema ora em análise. Dessa forma, é de suma importância esclarecer que as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora ou doador genético, em um parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Ademais, a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Sem dúvida, as rápidas conquistas da ciência trazem incontáveis conseqüências, envolvendo valores religiosos, morais, culturais, éticos e políticos dos mais variados, além dos interesses econômicos sempre presentes, influenciando a vida de todos, seja de maneira positiva ou negativa.

Assim sendo, deve-se atentar para o fato de que na legislação pátria há tão somente garantias, direitos, deveres, sanções ou proibições que podem servir como base para o debate jurídico acerca da reprodução humana assistida. O novo Código Civil não tratou de tema tão atual e polêmico, resultante da evolução tecnológica do homem. Dessa forma, as controvérsias acerca de seus efeitos são crescentes e uma solução para tantos problemas ainda se encontra muito distante.

Uma vez que as técnicas de reprodução assistida se propagaram, rapidamente, por inúmeros países, várias situações, antes inimagináveis, foram surgindo e se sucedendo, não restando dúvidas da urgente necessidade de posicionamentos jurídicos acerca do tema.

O direito ao planejamento familiar, conforme assegurado no artigo 226, §7º, da Constituição da República Federativa do Brasil impõe ao Estado disponibilizar o recurso às técnicas de reprodução humana assistida para aqueles que desejam realizar o projeto parental. Não restam dúvidas de que para assegurar o disposto no citado preceito constitucional há a necessidade de legislação específica acerca do tema, garantindo-se, assim, o respeito aos princípios constitucionais, principalmente à dignidade da pessoa humana, assunto esse a ser tratado nos capítulos seguintes.

## **2 – DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA**

A presente explanação exige um estudo do processo histórico-evolutivo vivido pelo conceito de família, com vistas a possibilitar uma melhor compreensão sobre o tema.



Em primeiro lugar, deve-se atentar para o dinamismo do conceito de família, sendo certo que a figura do grupo familiar evoluiu conforme as inovações do meio em que estava inserida, de forma a se adaptar aos novos valores e costumes presentes em cada época e lugar.

Ao se considerar os diversos sistemas de formação familiar, no decorrer da história da civilização, pode-se constatar que a família apresentou diferentes formas de constituição, dentre as quais, se destacam os modelos da família matrimonial e da eudemonista, que merecem maior atenção neste estudo.

A família matrimonial resultou da concepção patriarcal de família, em que a mulher e os filhos se submetiam à autoridade do chefe da família. Trata-se de modelo familiar com forte influência do Direito Romano.

Dentro desse contexto, insta salientar os dizeres de Sílvio de Salvo Venosa<sup>3</sup>, que ao citar Ulpiano, famoso jurista romano, diz que esse jurista definia família como um grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outra, com a notória supremacia do chefe familiar.

Dessa forma, os reflexos da sociedade patriarcal ditavam os moldes do conceito de família, em que o homem era a figura principal, dotada de poder e autoridade sobre a mulher e os filhos.

Em contraposição a toda essa doutrina, hoje arcaica, encontra-se o conceito de família eudemonista, predominante nas sociedades atuais, em que a base familiar decorre da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, razão pela qual os juristas entendem por considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar.

Essa nova tendência prioriza o bem-estar, a boa convivência e a realização pessoal de seus integrantes; surge, assim, no panorama do direito brasileiro, um modelo de família voltado para o afeto e o desenvolvimento em prol de seus membros.

---

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.6, p.18.

Dessa forma, constata-se que a instituição familiar evoluiu ao longo dos tempos: passou por algumas fases e tomou diversos rumos de transformação, até culminar no modelo da família moderna, baseado, fundamentalmente, nos laços de afeto.

Segundo Maria Berenice Dias<sup>4</sup>: “difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito.” Mesmo diante dessa dificuldade, pode-se afirmar que a família tem sido identificada, através das relações de laço afetivo e moral, com o objetivo de apoio e auxílio mútuo.

A partir dessa breve contextualização histórico-social, a análise acerca da família homoafetiva se torna mais compreensível, mesmo diante dos olhos de uma sociedade em constante e incessante transmutação.

A família homoafetiva decorre da união de pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar. Apesar de a homossexualidade não ser novidade na humanidade, encontrada, inclusive, nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, verifica-se uma absoluta ausência de regulamentação, tanto em sede constitucional, quanto em sede infraconstitucional acerca do reconhecimento da família homoafetiva.

Esse descaso legislativo cria um campo fértil para infundáveis discussões jurídicas e sociais. Se de um lado Sílvio de Salvo Venosa<sup>5</sup> refuta a possibilidade de reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar, sendo apenas possível o reconhecimento de reflexos patrimoniais; de outro, Maria Berenice Dias<sup>6</sup> afirma que:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º,III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.40.

<sup>5</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: 2008, v. 6, p. 408-409.

<sup>6</sup> DIAS, *op. cit.*, p. 45.

A despeito de se tratar de tema muito controvertido, o reconhecimento da família homoafetiva tem sido defendido pela maior parte da doutrina, que admite que a família deva ser estudada sobre seus novos aspectos, de forma a obedecer aos princípios da afetividade, ostensibilidade e estabilidade.

Como anteriormente ressaltado, o legislador não regulou sequer a união entre homossexuais, muito menos, o reconhecimento da família por eles formada. Contudo, a despeito dessa omissão, não se pode deixar destacar o artigo 226 da Constituição Federal e o artigo 5º, da Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/2006), diante da repercussão desses dispositivos, no mundo jurídico.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representou uma considerável mudança para o Direito de Família, não só ao reconhecer proteção jurídica às diferentes formas de constituição familiar, a exemplo da família monoparental e da união estável (art. 226, §§ 3º e 4º da CRFB/88), com também ao determinar a igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º da CRFB/88), dentre outras alterações, não menos importantes, mas que não merecem relevo no estudo atual.

Estabelece a Constituição Federal, no *caput* do artigo 226, que família é uma instituição protegida pelo Estado, por ser a base formadora da sociedade. Deve-se, porém, estar atento, principalmente, para os parágrafos terceiro e quarto do citado dispositivo constitucional:

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento

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

A maior parte da doutrina entende que é expresse o descaso do Estado ao reconhecer como união estável somente aquela formada entre homem e mulher. No entanto, essa omissão

não pode ser interpretada como proibição, tendo em vista que em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual.

Ao adotar essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que o parágrafo 4º do artigo 226 da Constituição Federal, ao reconhecer a família monoparental, como modelo familiar digno de proteção constitucional, entendeu não ser necessária a presença de um homem e uma mulher para a constituição de uma entidade familiar.

Assim, mesmo diante da ausência de proteção constitucional expressa à relação homoafetiva como entidade familiar, o dispositivo por último mencionado permite uma interpretação em sintonia com o novo contexto social brasileiro, de forma a consagrar o entendimento de que o matrimônio, o sexo, ou a capacidade de procriar não são expressos como elementos fundadores da família capazes de justificar, ou não, a existência de um núcleo familiar.

Nesse diapasão, destaca-se também o artigo 5º da Lei Maria da Penha – Lei 11.340/06 – que representa um grande avanço do Direito Civil legislado, em relação ao reconhecimento da entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, veja:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Observa-se, da leitura desse artigo e respectivo parágrafo, que a situação legalmente englobada como âmbito familiar, por constituição de vontade expressa, reflete a perfeita aceitação interpretativa da inclusão de casais homossexuais, em especial, casais formados por

mulheres, (em que pese à controvérsia doutrinária, que ora não merece destaque), para fins de proteção contra a violência doméstica.

Isso ocorre diante da vontade expressa na referida lei penal, que traz consigo toda uma carga valorativa de cunho informal, que se afasta das regras da família tradicional, outrora composta, unicamente, mediante os pressupostos oficiais do casamento, mais especificamente a distinção de sexos.

Indubitável a constatação de que o inciso III, do artigo 5º, bem como seu parágrafo único, da Lei Maria da Penha, não deixaram brechas a permitir uma interpretação diferente da que trata de incluir na proteção jurídica do dispositivo legal em comento, a relação homoafetiva.

Todavia, o Direito não é composto de compartimentos estanques, pelo contrário, constitui um todo único, em que todas as diferentes áreas se comunicam e exercem influência umas sobre as outras.

Daí a necessidade de se operar uma interpretação sistemática, de forma a reconhecer que ainda existem diversos aspectos não regulamentados, mas que figuram na vivência coletiva, como é o caso das famílias homoafetivas, que parecem ter sido esquecidas pelo legislador, mas que, incontestavelmente, fazem parte do cenário social brasileiro.

### **3 - ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA RESOLUÇÃO 1957/2010, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

O Conselho Federal de Medicina tem constantemente antecipado algumas tendências ou vontades da sociedade. No Brasil, o mencionado conselho, através da Resolução nº. 1358/92, instituiu as primeiras normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução

assistida. Em 2010, essas diretrizes foram atualizadas pela Resolução nº. 1957/2010, que, dentre outras novidades, passou a permitir a utilização das técnicas de reprodução assistida, por homossexuais.

É cediço que, até o presente momento, não existe qualquer legislação atinente a regulamentar a utilização das técnicas de reprodução, por quem quer que seja, sendo certo que a ética deve ser analisada, em cada caso concreto, visto que, algo que pode ser o justo para uma situação pode não se aplicar corretamente a outra similar.

Na ausência de legislação específica sobre o presente tema, não se podem perder de vista, os valores da sociedade, conquistados ao longo dos anos, que não devem ser descartados pela humanidade, a exemplo do valor da vida, da liberdade e o da dignidade da pessoa humana. Conforme as diretrizes traçadas pelo próprio Conselho Federal de Medicina, as resoluções são atos normativos emanados não só pelo Conselho Federal, mas também pelos Conselhos Regionais de Medicina e regulam temas de competência privativa dessas entidades em suas áreas de alcance.

Dessa forma, as resoluções resultam do esforço dos órgãos supervisores, normatizadores, disciplinadores, fiscalizadores e julgadores da atividade profissional médica em todo o território nacional. Pode-se, assim, afirmar que o objetivo principal do Conselho Federal de Medicina ao editar suas resoluções é zelar pelo desempenho ético da medicina.

Não se pode negar que a recente Resolução 1957/2010 do CFM representa verdadeiro avanço, diante das mudanças em relação à normativa anterior. Insta salientar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar todas as alterações e discussões trazidas pela última resolução do CFM.

Deve-se focar, apenas, nas inovações acerca das pessoas capazes de serem receptoras das técnicas de reprodução assistida. Para tal, faz-se necessário comparar as redações das duas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, supracitadas, sobretudo acerca da inclusão de

um novo rol de pacientes que poderão ter acesso às técnicas de reprodução assistida, o que permite um acesso universal aos tratamentos de procriação.

Assim sendo, deve-se atentar para o seguinte quadro comparativo:

Resolução nº. 1358/1992 do CFM:	Resolução nº. 1957/2010 do CFM:
<p>Item II – “Usuários das técnicas de R.A.”</p> <p>1 – “<b>Toda mulher</b>, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de R.A., desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.”</p>	<p>Item II – “Pacientes das técnicas de R.A.”</p> <p>1 – “<b>Todas as pessoas capazes</b>, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de R.A. desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre os mesmos, de acordo com a legislação vigente.”</p>

Depreende-se da comparação acima exposta que, apesar da preservação topográfica, o assunto em tela foi tratado de forma completamente distinta por essas duas resoluções. Enquanto a Resolução de 1992 estabelecia que apenas as mulheres capazes pudessem ser receptoras das técnicas de reprodução assistida; a nova regulamentação, em vigor desde o dia 06 de janeiro de 2010, estendeu essa possibilidade a todas as pessoas capazes.

Dessa forma, a mais recente resolução do Conselho Federal de Medicina incluiu um novo rol de pacientes, possibilitando o acesso ao tratamento a outras realidades familiares, até então esquecidas pela resolução anterior.

Para efeito dos mencionados atos normativos, a capacidade prevista é aquela descrita no artigo 5º, do Código Civil, ou seja, quando completados dezoito anos de idade, o indivíduo fica habilitado à prática de todos os atos da vida civil, momento em que poderá, na forma do item 1, II, da Resolução 1957/2010, ser receptor das técnicas de reprodução assistida.

Fica claro que com a edição da Resolução 1957/2010, desde que tenham solicitado o procedimento e que sua indicação não se afaste dos limites dessa resolução, os casais que

mantem relações homoafetivas também poderão ter acesso às técnicas de reprodução assistida disponíveis, sem o risco de que haja questionamento ético em relação à decisão do profissional médico em realizar o procedimento.

O ato normativo que antes tratava desse assunto não fazia qualquer referência à possibilidade de ampliação do uso das mencionadas técnicas, de forma que somente casais estáveis ou "de fato" poderiam ser submetidos aos tratamentos. A não previsão acerca do acesso dessas técnicas pelos casais homoafetivos fazia com que a maioria dos profissionais se negasse a realizar os métodos de reprodução assistida em casais homossexuais.

É preciso atentar para o fato de que casais homossexuais femininos poderão recorrer ao uso de sêmen proveniente de um banco. O sêmen poderá ser utilizado tanto para a realização da inseminação intra-uterina (depósito do sêmen beneficiado em laboratório dentro da cavidade uterina) como para a fertilização *in vitro* (deposição de embriões obtidos pela fertilização em laboratório dos óvulos de uma das mulheres pelo sêmen de doador). A indicação da técnica respeitará indicação médica.

Já com relação aos casais homossexuais masculinos, o processo é mais complicado, uma vez que envolve a doação anônima de óvulos, assim como a necessidade de uma mulher para levar a gestação aos nove meses (útero de substituição - doação temporária do útero).

Não se pode deixar de mencionar que as normas para o útero de substituição não sofreram qualquer alteração e, na forma do item VII, 1, da Resolução 1957/2010 do CFM, determinam que as doadoras temporárias do útero terão que pertencer à família de um dos membros do casal, em um parentesco de até segundo grau, estando os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina.

As alterações trazidas pela resolução 1957/2010 geram muita polêmica, não só pelo fato de envolverem a questão da reprodução humana, mas, sobretudo, por permitirem o acesso aos métodos científicos a uma parcela da população que esteve sempre às margens da



sociedade. Os debates revestidos de grande teor religioso, moral e ético, fazem surgir o questionamento acerca do surgimento de um novo modelo familiar, através dessa alteração normativa, qual seja, a família homoafetiva.

Identifica-se, no entanto, que embora a resolução editada em 2010 tenha representado uma boa tentativa para corrigir lacunas que existiam na resolução anterior, ela ainda não é completa e se mostra incapaz de abranger todos os âmbitos de repercussão da reprodução assistida.

Ademais, não se trata de norma com poder vinculante, contexto dentro do qual se ressalta o entendimento daqueles que afirmam que a decisão na adoção das técnicas de reprodução assistida continua nas mãos do médico atuante, em cada caso concreto.

Contudo, já há uma sinalização do Poder Judiciário em alguns estados brasileiros, que, diante da permissão da adoção homoparental, tanto por casais femininos, quanto por masculinos, parece indicar que a posição do Conselho Federal de Medicina irá prevalecer e, em pouco tempo, será possível observar famílias homoafetivas formadas e referendadas, a partir desta inovação trazida pelo Órgão Federal de Medicina.

Vale destacar que, mais uma vez, a sociedade avançou com maior rapidez do que o Poder Legislativo brasileiro. As leis existentes não são suficientes para regulamentar as questões que envolvem a filiação homoafetiva. Os problemas que vão surgir com esta nova realidade, como a indefinição da filiação das crianças nascidas com a aplicação das técnicas em casais homossexuais, revelam a necessidade de uma lei que regule o tema, com o risco de que a marginalização deste grupo continue existindo e, agora, de forma agravada, diante da extensão dos efeitos aos seus filhos.

O caminho é árduo e permeado de preconceito. A busca de efetividade dos preceitos constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, consagrados pela Carta Magna de 1988 e, especialmente, o enfrentamento dos direitos civis de pessoas

homossexuais se apresenta como um dos temas mais relevantes e sedentos de discussão, no atual século XXI.

#### **4 – A NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA E O CENÁRIO JURISPRUDENCIAL**

A questão das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, a despeito de amplamente discutida pela sociedade em geral, ainda não foi prestigiada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com a ressalva feita no capítulo segundo, acerca da previsão expressa do artigo 5º da Lei Maria da Penha, que garantiu proteção aos casais homossexuais, sobretudo aos formados por mulheres, assunto sobre o qual a lei não deixou espaço para controvérsias; no que tange à família homoafetiva se verifica uma absoluta ausência de regulamentação seja em sede constitucional ou infraconstitucional.

Apesar de se estar diante de um momento histórico-social em que se constata a ampliação do conceito de família, notadamente, a partir da redação dos já citados parágrafos terceiro e quarto do artigo 226 da Constituição Federal, as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo ainda não receberam a devida atenção do legislador pátrio.

A proposta de emenda constitucional nº139/1995, com objetivo de promover o bem de todos sem preconceito de orientação sexual e o projeto da parceria civil, a que se refere o projeto de lei nº 1.151/1995, encontram-se, até hoje, no Congresso Nacional sem, sequer, terem sido apreciados.

Quando da edição do novel Código Civil, o legislador, mais uma vez, desperdiçou a oportunidade de atender ao clamor social, quando deixou de inserir em seu capítulo referente à proteção familiar a necessária regulamentação, que as uniões homoafetivas impõem.

É inegável o fato de a omissão legal, ora abordada, criar obstáculos ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e, conseqüentemente, impedi-la de obter os direitos e deveres pessoais e patrimoniais, que lhe são inerentes.

Todo esse descaso legislativo, que persistiu mesmo com a edição da Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, criou um panorama jurídico complexo, marcado pelo crescente número de demandas judiciais, em que o Poder Judiciário, funciona como verdadeiro legislador positivo acerca do tema.

Certo é que a ausência de lei não significa inexistência de direitos, por isso é que tem sido no âmbito do Judiciário que a união homoafetiva tem encontrado reconhecimento.

Embora as uniões homoafetivas encontrem inúmeros óbices que inviabilizam sua efetiva normatização, não se pode negar o avanço jurisprudencial no sentido de reconhecer direitos antes negados a essa minoria social.

É notório que, em um primeiro momento, os tribunais se limitaram a reconhecer apenas a concessão de direitos de cunho patrimonial, sem, no entanto, admitir como hipótese o *status* de família que as referidas uniões realmente possuem e merecem.

Durante anos prevaleceu, no cenário jurisprudencial brasileiro, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup> que conferia às uniões homoafetivas status de sociedade de fato, com fundamento no texto constitucional, que determinava, de forma expressa, que a união estável somente seria reconhecida entre o homem e a mulher.

À luz desse entendimento jurisprudencial foi retirada das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo toda a gama de direitos e efeitos jurídicos que existem no Direito de Família, a exemplo da adoção, partilha e alimentos.

---

<sup>7</sup> Brasil. STJ. Resp. 1997/0066124-5; Resp. 2002/0174503; Resp. 2005/0131665-6. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=res p%>](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=res p%>). Acesso em ago.2011.

Com o passar do tempo, a doutrina verificou que as jurisprudências sobre as relações entre pessoas do mesmo sexo evoluíram de forma muito semelhante às sobre as uniões reconhecidas entre pessoas de sexos diferentes que ocorriam independente de casamento civil.

Constata-se que essas últimas, por muito tempo, também foram tratadas como sociedades de fato, de modo que o reconhecimento como união estável e o tratamento jurídico de entidade familiar apenas ocorreu com as inovações trazidas pela Constituição de 1988 e pela regulamentação prevista nas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

A despeito da inexistência de legislação própria para dispor sobre a família homoafetiva e todos os seus contornos e efeitos, como a possibilidade da adoção das técnicas de reprodução assistida pelos homossexuais, objeto deste trabalho, não se pode ignorar a importância da jurisprudência em disciplinar questões inseridas nessa seara temática.

Em decisão recente, no mês de maio do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal assegurou aos casais homoafetivos os mesmos direitos das uniões estáveis.

Esse julgamento foi um marco não só para as uniões homoafetivas, mas também para o Direito como um todo, pois significou o reconhecimento constitucional das relações entre pessoas do mesmo sexo pela Corte máxima existente no Brasil.

Dessa forma, hoje, não pode persistir qualquer dúvida ou polêmica, pelo menos em relação a esse reconhecimento, dentro do Poder Judiciário, até porque, a decisão teve efeito vinculante para todos os órgãos judiciais.

Apenas a título de elucidação a respeito do mencionado julgado, a decisão do Supremo Tribunal Federal interpretou conforme à Constituição Federal o dispositivo do Código Civil de 2002, que regula a união estável, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida essa como sinônimo perfeito de “família”.

As relações homoafetivas, além de não possuírem amparo legal, por um longo tempo viveram às margens das decisões judiciais, de um Poder Judiciário que muito relutou até reconhecer o caráter familiar que tais relações possuem.

Dentro desse contexto, acredita-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal representou um grande avanço ao trazer as relações familiares para próximo do Direito, em atenção aos ideais da Constituição, de busca de igualdade e de não discriminação, na tentativa de trazê-los para o mundo fático das relações entre pessoas na sociedade.

Em que pese a inegável evolução jurisprudencial, marcada pelo citado julgamento, fato é que se o Judiciário não reconhecesse as uniões homoafetivas como entidades familiares, as relações dessa natureza não deixariam de existir e tal decisão levaria tão somente ao aumento de desigualdades e, conseqüentemente, injustiças em relação a esses indivíduos.

Mesmo diante dos significáveis avanços, não há que se falar em exercício efetivo da democracia, no âmbito das relações familiares homoafetivas. Sob a perspectiva de uma efetiva realização da democracia, o paradigma do Estado Democrático de Direito se insurge e exige mecanismos que possibilitem alcançar a garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O Direito é ciência que nasce para a sociedade, com o fim de regular suas relações e de melhor solucionar os conflitos que possam vir a existir. Logo, tem seu fim na busca do equilíbrio entre as situações vividas pelo homem no cotidiano e a feitura e aplicação das leis, sob pena de tornar-se obsoleto, incapaz de atender às necessidades do meio a que se destina, ou seja, da sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Os avanços da tecnologia têm causado grandes perplexidades na área das ciências sociais, notadamente na esfera jurídica, que não tem conseguido dar respostas satisfatórias aos

problemas surgidos em decorrência dos avanços nas ciências biológicas. É nesse contexto que se situam as novas técnicas de reprodução humana.

A disseminação da possibilidade do uso das técnicas de reprodução assistida é latente com o passar do tempo e ganha, assim, cada vez mais, caráter de normalidade. Dentro desse contexto, a Resolução nº. 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina permitiu que os homossexuais recorressem ao uso dessas técnicas e, conseqüentemente, formassem um novo modelo familiar.

A Ciência Jurídica deve refletir a fundo toda a problemática surgida em decorrência das novas técnicas de reprodução humana, de forma a criar uma legislação embasada em cânones éticos, decorrentes de uma discussão ampla com todos os setores da sociedade civil.

Assim sendo, diante de tema tão atual e carente de soluções, a inércia no trato da questão somente aumenta o abismo existente entre os novos avanços científicos e a sua regulamentação pelo Direito.

Mesmo diante da ausência normativa sobre o assunto em comento, a utilização das mencionadas técnicas pelos homossexuais deve ser respeitada, como forma de se assegurar a igualdade prevista no artigo 5º da Constituição Federal. É por acreditar na busca pela igualdade que se buscou contribuir para o esclarecimento e promover um debate acerca dessa temática.

Nesse sentido, pode-se afirmar que quanto mais discussões e abordagens convergirem para o tema em questão, maior será a colaboração para os estudiosos da matéria, de forma a fornecer consolidados subsídios àqueles que têm competência para legislar sobre o assunto.

Portanto, diante do cenário de evolução tecnológica e jurisprudencial não pode prevalecer a omissão legislativa, muito pelo contrário, o desenvolvimento de leis acerca do presente tema se faz, além de necessário, urgente, sob pena de se estar deixando perder o

respeito por valores muito caros à humanidade, ou, até mesmo, de se permitir a deturpação do sentido da própria existência humana.

Em última análise, é válido salientar a mutabilidade que caracteriza o Direito e as leis. Vale também, atentar para o fato de que o fator temporal e a mudança nos costumes são elementos que influenciam os valores presentes em cada civilização. O Direito deve acompanhar as transmutações ocorridas e, em favor delas, afastar o preconceito e criar leis compatíveis com os reais interesses e necessidades da sociedade.

## REFERÊNCIAS

CORRÊA, Mariana C. D. V.; COSTA, Cristiano. *Reprodução Assistida*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/>>. Acesso em: 07 mai. 2011.

DAMIÃO JUNIOR, Ricardo Ferreira. *Material Genético Humano – Aspectos jurídicos sobre sua disponibilização*. Rio de Janeiro: Juruá, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Portal Médico 2011. O site do Conselho Federal de Medicina. *Busca de resoluções*. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=CFM&limitstart=10](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=CFM&limitstart=10). Acesso em: 22 ago. 2011.

SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito “in vitro”*. Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.6.

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