

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Eloy Pereira Lemos Junior; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-744-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 20 a 24 de junho de 2023, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais II” pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos que compõem esta obra reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Daniela Menengoti Ribeiro

Universidade Cesumar

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Vivian de Almeida Gregori Torres

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

O EXERCÍCIO DO DIREITO DA HOMOPARENTALIDADE E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EXERCISE OF THE RIGHT OF HOMOPARENTALITY AND ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES IN THE LIGHT OF TRANSCONSTITUTIONALISM AS A WAY OF GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS

**Rita de Cassia Barros de Menezes
Gabriela de Menezes Santos
Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias**

Resumo

O presente trabalho tem o escopo de analisar a possibilidade da prática de reprodução assistida por casais homoafetivos. Para isso, observa os avanços nos modelos de entidades familiares, desde a patriarcal até a família eudemonista, que surge no século XXI, como modelo de família alicerçada no princípio do afeto e da busca da felicidade. Discute o planejamento familiar, assegurado pela Constituição Federal, aos casais heterossexuais e adotando critérios hermenêuticos à luz dos direitos fundamentais, estende este direito também aos casais homoafetivos, posto que já possui a união estável e o casamento reconhecidos juridicamente. Por meio de uma análise transconstitucionalista, isto é, o entrelaçamento de diversas ordens jurídicas, da Constituição Federal, Código Civil e da Resolução 2.320/22 do CFM conclui que a utilização de técnicas de inseminação artificial, amplamente garantida aos casais heterossexuais, atualmente também é aplicável aos casais homoafetivos, incluindo-se a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, garantindo-lhes o direito de terem seus filhos biológicos, como forma de atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Homoafetividade, Transconstitucionalismo, Reprodução assistida, Direitos fundamentais, Planejamento familiar

Abstract/Resumen/Résumé

The present work has the scope of analyzing the possibility of the practice of assisted reproduction by homoaffective couples. For this, it observes the advances in models of family entities, from the patriarchal to the eudemonistic family, which emerges in the 21st century, as a model of family based on the principle of affection and the pursuit of happiness. It discusses family planning, guaranteed by the Federal Constitution, to heterosexual couples and adopting hermeneutic criteria. In the light of fundamental rights, this right also extends to homoaffective couples, since they already have a stable union and marriage recognized by law. Through a transconstitucionalist analysis, that is, the interweaving of different legal systems, the Federal Constitution, the Civil Code and CFM Resolution 2.320/22, it concludes

that the use of artificial insemination techniques, widely guaranteed to heterosexual couples, is currently also applicable to same-sex couples, including shared pregnancy in a same-sex female union, guaranteeing them the right to have their biological children, as a way of complying with the principle of human dignity and fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Homoaffectivity, Transconstitutionalism, Assisted reproduction, Fundamental rights, Family planning

1. INTODUÇÃO

O tipo de família constituído pelo modelo patriarcal, ou seja, o homem detentor do pátrio poder, como o provedor, foi o modelo que serviu de fundamento e estrutura para a formação da família durante muitos anos. Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, essa situação, que já vinha sofrendo alterações pela legislação infraconstitucional, assume de vez um novo paradigma, dando-se lugar à novas entidades familiares.

A partir dos preceitos democráticos e liberais da Constituição Federal, pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da Liberdade e direitos fundamentais, novos modelos de entidades familiares surgiram e passaram a ocupar um lugar de destaque na sociedade contemporânea, assegurando cada vez mais os direitos a elas inerentes, entre eles o direito à filiação homoparental.

Assim, o presente trabalho através de uma análise do transconstitucionalismo, ou seja, o entrelaçamento de diversas ordens jurídicas, tais como a Constituição Federal, o Código Civil e a Resolução 2.320/22 do CFM pretende demonstrar que a utilização de técnicas de inseminação artificial, pode ser aplicável aos casais homoafetivos, garantindo-lhes o direito de terem seus filhos biológicos, como forma de efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. NOVOS TEMPOS, NOVAS PERSPECTIVAS FAMILIARES

Durante muito tempo a família teve o homem como o chefe da família, aquele a quem cabiam todas as decisões, tanto em relação à administração do patrimônio, como em relação à criação e educação dos filhos. Assim, este modelo encontrava amparo na lei, ou seja, o Código Civil de 1916, que por sua vez, entrou em vigor em uma sociedade patriarcal, tradicional, machista e influenciada pelas ideias da igreja católica, legalmente constituída pelo matrimônio, trazendo em seu artigo 233 que” o marido é o chefe da sociedade conjugal”.

Neste mesmo sentido, o homem era solenemente tratado como provedor, defensor de sua prole e de sua esposa, e a esta por sua vez cabia o papel de cuidar da casa e da família. Este papel da mulher também era solenemente determinado no artigo 240 do mesmo Diploma Legal; “A mulher assume pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”.

O Estatuto da mulher casada (Lei 4.121) promulgado em 1.962 trouxe um importante avanço referente à igualdade da mulher nas relações conjugais, uma vez que a mesma deixou de ter incapacidade jurídica em relação ao marido.

Mas o momento histórico que trouxe amplas modificações ao modelo de família até então existente, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que principalmente por meio do artigo 226 trouxe a igualdade entre cônjuges e entre membros da família, uma vez que os filhos passaram a ter igualdade de direitos, independentes de serem concebidos pelo casamento ou por outras formas de famílias, a exemplo daquelas formadas pela união estável entre homem e mulher ou a monoparental, aquela formada só por um dos pais e seus filhos.

Todas estas entidades familiares passaram então a serem abraçadas pela sociedade brasileira e neste contexto histórico, a família que até então era exclusivamente de interesse do direito privado, passou a ser de interesse público também, tendo a proteção do Estado, efetivando-se então, a Constitucionalização do direito de família.

No pensamento de Gustavo Tepedino: Essa é uma característica do chamado Estado Social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um Estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade (TEPEDINO, 2022, p.21).

O Código Civil de 2002 recebeu “*in totum*” todas as relações familiares previstas no texto constitucional, tornado a família mais moderna e em conformidade com a própria aclamação social, que necessitava de normas que reconhecessem os arranjos familiares que surgiam.

O Direito como ciência humana, que determina as normas de conduta dos cidadãos de uma sociedade, tem como função principal adequar as leis às necessidades da sociedade, sob pena de tornar-se letra morta, devendo evoluir e regulamentar novas situações existentes. A respeito da evolução do Direito como processo de adaptação social, podemos citar o entendimento de Paulo Nader:

A relação entre a sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência. (NADER, 2022, p.19)

Diante desta perspectiva do Direito, a família passa a ser identificada pelos laços afetivos entre seus membros, e não mais interesses patrimoniais ou sociais como antigamente. Diante desta nova realidade, é o afeto que passa a ser reconhecido e surge como princípio básico

do direito de família, conforme destaca Diniz: “Princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar” (DINIZ, 2022, p. 38).

Durante muitos anos (1916/1977) o que constituiu e manteve a família foi o casamento, daí que a mesma só era legitimada a partir de sua celebração, não se reconhecendo qualquer outra união que não fosse a constituída pelo enlace matrimonial.

O casamento por sua vez, era indissolúvel, e como forma de obrigar os casais a continuarem juntos, o divórcio só chegou ao ordenamento jurídico brasileiro em 1977, por meio da Lei 6.516, ou seja, 61 anos após a promulgação do Código Civil de 1916, e ainda assim trazendo uma série de restrições, a exemplo do lapso temporal para a sua concessão, a dificuldade que se impunha à dissolução do casamento durante muito tempo serviu de alicerce para evitar-se o fim do matrimônio, e conseqüentemente a dilapidação da família brasileira.

Mas com a Constituição Federal de 1988, democrática e cidadã, a sociedade continuou evoluindo, novas formas de família foram surgindo e foram sendo recepcionadas de forma menos discriminatória pela sociedade e pela lei, inclusive livres das amarras do casamento, surgindo, dentre outros, o modelo de família homoafetiva, que passou a ser vista com menos restrições pela sociedade brasileira. Conforme destacado por Dias:

Desde o século passado, meados da década de 60 e início dos anos 70, houve o aumento da visibilidade de diversas formas de expressão da sexualidade. O movimento da liberação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto social como individual, das relações homoafetivas (DIAS, 2009, 42)

É neste contexto social, tomando como exemplo os casais homoafetivos, que surge, a família eudemonista, ou seja, aquela que tem como alicerce a busca da felicidade, do amor e da solidariedade, ou seja, um modelo inovador que atende ao anseio dos indivíduos da sociedade pela busca do prazer, da alegria, daquilo que lhe faz bem, fundamentada no princípio do afeto e direitos fundamentais. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento humano (DIAS, 2009, p.54)

Os casais homoafetivos, que sempre sofreram com a negação de direitos e com a discriminação social, paulatinamente foram adquirindo espaço e conquistando novos direitos, a exemplo da inclusão como dependentes previdenciários, da divisão do patrimônio adquirido

pelo esforço comum, da adoção conjunta, entre outros, mas uma principal conquista ainda estava por vir: o reconhecimento legal como entidade familiar.

Esta talvez, uma das principais conquistas dos casais homoafetivos só chegou ao ordenamento jurídico brasileiro através da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal de 05.05.2011, que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos, direito este que até então só era concedido a casais heterossexuais.

A partir do reconhecimento da união estável homoafetiva, por meio da Súmula Vinculante proclamada pelo STF, responsável pela uniformização das decisões em todo o País, tornaram-se mais céleres as decisões que envolvem as entidades familiares homoafetivas, alicerçada nos laços afetivos, pois o efeito vinculante garante a não ocorrência de decisões contrárias ao reconhecimento da união estável por homossexuais.

A partir daí, mais um direito concernente a esta entidade familiar passou a ser também tutelado pelo Estado, uma vez que os casais homoafetivos, com o reconhecimento da união estável passam a ter garantidos todos os direitos concernentes a uma entidade familiar. Assim se reconhece não só a união estável homoafetiva, como a possibilidade de casamento, através da resolução 175/13 do CNJ que garante a habilitação do casamento homoafetivo nos cartórios.

Assim, pode-se dizer que atualmente a união de casais homoafetivos já é um direito consolidado e incontroverso, devendo-se reconhecer os diversos direitos que surgem deste tipo de relação, como direitos patrimoniais, previdenciários, e o direito ao exercício do livre planejamento familiar.

3. O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Com o direito de se casarem e constituírem uma família legalmente protegida, os casais homoafetivos passam a enfrentar outro problema carente de regulamentação: o direito de tornarem-se pais ou mães biológicos, direito este, que está diretamente ligado ao planejamento familiar.

O planejamento familiar é um direito constitucional de todo cidadão, garantido pelo artigo 226, parágrafo 7º da Carta Magna:

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 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 (LIMA, 2000, p.53)

Esse instituto é um direito do casal, unido pelo casamento ou união estável, que não admite interferência coercitiva de quem quer que seja e é disciplinado pela Lei 9.263/1996, que no art. 2º, diz que: “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”.

O Código Civil de 2002 tem igual posicionamento quando diz em seu artigo 1513: “Que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, intervir na comunhão de vida instituída pela família”. O mesmo diploma legal, ainda no artigo 1565, parágrafo 2º aduz que: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

Desta forma, cumpre ao Estado proporcionar todos os métodos contraceptivos ou políticas públicas inerentes à concepção, mas não intervir no modo e na quantidade de filhos que o casal deverá ter, pois isso é uma prerrogativa privada de cada cidadão.

Diante de tal situação, se conclui que é dever do Estado conceder a qualquer cidadão condições necessárias para que os mesmos possam realizar o planejamento familiar, como forma de proporcionar uma vida digna a seus integrantes, independente da orientação sexual. Vera Lucia da Silva Sapko alerta para a dificuldade de concretização desse direito pelos casais homoafetivos:

De todas as discriminações de que são vítimas gays, lésbicas, travestis e transexuais, a negativa de reconhecimento do direito de ter filhos, sejam adotivos ou oriundos da utilização de técnicas de reprodução assistida, é a mais cruel. Inviabiliza a realização do projeto pessoal como seres humanos, de terem famílias e filhos a quem dar amor e transmitir o que aprenderam ao longo da vida (SAPKO, 2004, p.140)

O direito ao projeto parental dos casais homoafetivos, por sua vez, não encontra na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Código Civil qualquer dispositivo restritivo ou proibitivo. Nesse sentido, Dias:

A filiação socioafetiva sobrepõe-se a qualquer outro vínculo, que biológico, quer legal. Negar a possibilidade de reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e de punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber (DIAS, 2022, p.447).

Nesta seara, pode-se concluir que é possível concretizar tal direito pela via das técnicas da reprodução medicamente assistida. Ainda segundo Dias:

Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (DIAS, 2022, p.187).

Embora o Direito tenha evoluído em relação aos casais homoafetivos, percebe-se que a discriminação parte principalmente da sociedade que ainda está arraigada a valores morais tradicionais e seculares que sempre tiveram como modelo “perfeito” de família, aquela composta por pai, mãe e filhos, sendo assim, qualquer modelo novo que venha a surgir, por mais que tenha o amparo legal, ainda encontra resistência social, daí que apesar do reconhecimento como casal, quando a família passa a agregar então os filhos, novamente se depara com a muralha do preconceito secular que sempre dificultou estas famílias de viverem livremente como qualquer família composta por pais heterossexuais.

O preconceito, que envolve este tipo de filiação e que se posiciona contrário a naturalização da família homoafetiva, utiliza como fundamento uma “proteção” a estes filhos, que poderiam ser prejudicados social e psicologicamente, quando, na realidade, o problema não está na criança que será criada por um casal gay, mas sim na sociedade em aceitá-la com naturalidade.

Vários estudos já demonstraram que os filhos de casais homossexuais não apresentam qualquer distúrbio psicológico, ao contrário, revelam que “a criação e educação de crianças por casais gays não causa perda psicológica nos filhos – a função psíquica materna e paterna pode ser exercida por duas pessoas do mesmo sexo”¹.

Uma vez que os filhos de casais homoafetivos não demonstram qualquer prejuízo à sua formação, seja ela física ou psíquica, mais um motivo para que o Direito abarque também os filhos havidos por inseminação artificial destes casais. Nesse sentido, Giselda Hironaka:

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal (HIRONAKA,2001, p.8)

¹ Artigo intitulado “**Pesquisa mostra que filhos de pais gays não sofrem prejuízos psicológicos**”, publicado no site R7 notícias em 28/04/2011.

Segundo a jurista francesa Marcela Iacub, em obra publicada em 1999, a liberdade de procriar está pautada em três pilares:—o primeiro é a liberdade pela via natural. Assim, para casais heterossexuais, não há restrição à procriação, enquanto forem férteis poderão ter filhos, não se questionando se esta procriação resultará em eventuais prejuízos aos filhos que estarão por nascer, nem levando em conta o princípio do melhor interesse da criança defendido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo aspecto refere-se ao princípio da verdade biológica, onde a paternidade é vinculada ao exame de DNA, ou seja, a verdade em relação a paternidade é fundamentada em fatores genéticos, biológicos, e não em outros aspectos mais abrangentes que envolvem a paternidade, como os laços afetivos entre o pai e o filho, o DNA identifica o genitor, o ascendente genético e não o pai, este dentro dos princípios do direito de Família apresenta características muito mais abrangentes, resultantes do amor, da convivência com o filho, daí a distinção entre genitor, identificado pelo DNA e pai, caracterizado por outros fatores mais abrangentes.

Por fim, o terceiro aspecto que fundamenta a liberdade procriativa, refere-se a um comparativo entre as competências procriativas e as competências parentais, ou seja, as técnicas de reprodução assistida que garantem a procriação a determinadas pessoas, não são acessíveis a todos, uma vez que é o Estado quem regulamenta estes métodos de inseminação artificial, procurando imitar a procriação natural, ou seja, descaracterizando a “artificialidade” decorrente destas práticas, uma vez que impõe uma série de restrições as práticas de inseminação artificial, levando crer que estas crianças foram fecundadas de um ato sexual e não de uma prática de inseminação tecnicamente assistida.

Diante do entendimento da jurista, estes três pilares, que fundamentam a paternidade atualmente, são merecedores de críticas e, portanto, podem ser revistos, ou seja, não devem ser os únicos critérios de identificação da paternidade, uma vez que este conceito dentro do contexto social moderno deve agregar outros valores, principalmente o do afeto, o que desta forma, não impede os casais homoafetivos de tornarem-se pais ou mães.

Outro aspecto que merece relevância é o fato de que os Tribunais brasileiros, atualmente, reconhecerem a adoção por casais homoafetivos, bastando que o casal declare a união estável, para terem o direito de tornarem-se pais ou mães de crianças órfãs ou que tiveram os pais destituídos do poder familiar.

Então porque no caso da adoção, onde nenhum dos dois pais ou mães tem laços biológicos com a criança, não há uma resistência do Estado, mas no caso da prática de

inseminação artificial, onde pode ocorrer que um ou outro venha a ter ascendência biológica com o filho, ainda se encontra resistência?

Diante desta questão fica muito claro que a naturalização e reconhecimento da família homoafetiva é muito mais um problema social do que legal, pois no caso da adoção, esta é utilizada como uma forma de resolver um “problema” já existente, ou seja, a criança já existe, está abandonada ou em situação de risco, portanto, um problema que bate às portas do Estado. Diante desta situação, a adoção “ainda que” por casais homoafetivos é uma solução do problema e a garantia de que a referida criança irá desenvolver-se no seio de uma família, tirando este ônus do Estado.

Quando a filiação de uma criança desejada, programada por casais homoafetivos origina-se na reprodução assistida, leva-se em conta o fato de que o “problema” ainda não existe e, portanto, pode ser evitado, ou seja, é mais uma questão de interesse social e cultural abarcados pelo Estado que se posiciona e interfere no planejamento familiar de forma discriminatória em relação aos casais homoafetivos, do que uma questão de proteção ao interesse da criança, ferindo os preceitos constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade.

Então, se é possível a adoção, também deve ser possível a prática de inseminação artificial por casais homoafetivos, fundamentando-se nos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade.

4. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

No seio da atual sociedade globalizada, as concepções acerca de cultura, política, valores etc., se tornam cada vez mais interligadas e afetam igualmente os direitos humanos e sua efetividade pelo mundo. Nesse sentido, é notório que, cada vez mais, as percepções clássicas de soberania assim como os interesses de cada governo, muitas vezes, acabam por refutar os interesses do próprio Estado.

Embora tal circunstância propicie desafios em inúmeros aspectos, é inegável afirmar que juízes de diferentes Tribunais têm tido uma visão além de suas fronteiras, com o escopo de buscar novos argumentos para fundamentar as suas decisões, e, é neste contexto de globalização que o processo transnacional de diálogo entre Cortes vem sendo evidenciado. Corroborando com este entendimento, Marcelo Neves entende que esse entrelaçamento entre as Cortes implica uma “relação transversal permanente” entre as distintas ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns (NEVES, 2014, p.201-232).

Desse modo, esta relação transversal fornece meios para que seja possível a análise minuciosa das influências nas ordens locais, ao passo que haja as incorporações e modelos para o desenvolvimento, assim como a aplicação e execução dos preceitos transnacionais, em um processo dinâmico, como no caso das técnicas de reprodução assistida, em específico a inseminação artificial, o qual vem sendo discutida por diversas Cortes, e com diferentes posicionamentos. Neves explica que:

O conceito de Constituições transversais refere-se ao entrelaçamento entre o direito e a política ou, no caso das "Constituições civis" da sociedade mundial, um outro sistema social. A questão reside na relação entre sistemas funcionais, concentrando-se nos limites e possibilidades de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercâmbio criativo. Isso implica externalização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primariamente com base em códigos binários de comunicação diferentes. (NEVES, 2009, p.115)

Em outras palavras, o transconstitucionalismo é um termo que está atrelado à existência de conflitos jurídicos, os quais devem ser solucionados pelas distintas ordens jurídicas, não ocorrendo uma hierarquia entre estas, e, muito menos uma imposição de norma jurídica sobre a outra, ou seja, esses conflitos são comuns a todas elas. Nesse sentido, Bauman entende que:

A integração e a divisão; a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação. [...] Os chamados processos globalizantes redundam na redistribuição de privilégios e carências, de riqueza e pobreza, de recursos e impotência, de poder e ausência de poder, de liberdade e restrição. Testemunhamos hoje um processo de reestratificação mundial, no qual se constrói uma nova hierarquia sociocultural em escala planetária (BAUMAN, 1999, p.76-77)

É incontestável que a globalização foi um fenômeno responsável por integrar as várias áreas em escala mundial, envolvendo as Cortes e Tribunais com posicionamentos distintos. Desse modo, na análise do tema sobre as técnicas de reprodução assistida, Portugal publicou a Lei nº 32/06, o qual em seu art. 6º afirma que:

Artigo 6º. Beneficiários

1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, **sendo de sexo diferente**, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

Nota-se, portanto, que Portugal ainda adota uma postura retrógrada frente aos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, o qual somente serão beneficiários os indivíduos de sexo diferente, excluindo expressamente os casais de mesmo sexo. Porém, com o advento da Lei nº 9/2010, e a consequente legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo tinha a perspectiva do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida por casais de mesmo sexo, o qual em uma chamada do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, a interpretação foi em sentido oposto, prevalecendo a proibição expressa a estes indivíduos.

Em contrapartida, na Espanha, houve um avanço quanto a existência deste reconhecimento jurídico e social, posto que com a publicação da Lei 14/2006, foi permitido aos indivíduos, maiores de idade e com plena capacidade, serem usuários das técnicas de reprodução assistida, independentemente de sua orientação sexual.

Importante tratar a importância do reconhecimento da reprodução como um direito fundamental e quando levado ao direito comparado, nota-se que, infelizmente, ocorre um falso progresso social. Prova disto é o preconceito existente nas próprias legislações de países europeus, a exemplo de Portugal, que limita o acesso às técnicas de reprodução assistida aos casais de mesmo sexo e, consequentemente fere a o valor máximo que é a dignidade da pessoa humana. Sarlet conceitua dignidade como:

(...) o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p.124)

Nessa mesma esteira de pensamentos, é inconteste que o princípio da dignidade da pessoa humana está em permanente reconstrução, devido ao fato de se relacionar diretamente com diversos aspectos das relações sociais, que sofrem constantes mudanças com a evolução da sociedade.

Nesta perspectiva, a dignidade da pessoa humana não deve ser vista como algo engessado, motivo pelo qual os diversos Tribunais, graças ao fenômeno da globalização, devem buscar novos argumentos quanto ao acesso às técnicas de reprodução assistida para fundamentar as suas decisões, assegurando aos casais de mesmo sexo os mesmos direitos concedidos a um casal heterossexual, de forma igualitária e sem discriminação.

4. A HOMOPARENATLIDADE CONCRETIZADA PELAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Analisando, primeiramente a Carta Maior em seu artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Desta forma, negar direitos ao indivíduo em razão de sua orientação sexual é uma forma de confrontar o que preceitua a Constituição Federal, é negar o direito a igualdade e a liberdade por ela disposto. Ao analisar o artigo 227, §6º da Carta Magna, subentende-se que não deve haver qualquer distinção quanto à origem da filiação, seja ela resultante de casais homo ou heterossexuais. Tal entendimento vem sendo instrumentalizado pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, já que não existe no Brasil, uma lei que regulamente a prática de inseminação artificial.

Através da Resolução 2294/2021 do CFM, nos princípios gerais da referida Resolução, no item II, 2, há autorização de uso desta técnica por casais homoafetivos, quando preceitua que: “É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros” (Res. CFM, 2294/2021, Seção I, n. 4 e Seção VII, n. 3.1 a 3;6).

A referida resolução, no item II, 2, determina que: “É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”. Desta forma, não restam dúvidas que a reprodução assistida por casais homoafetivos não encontra resistência legal para que seja efetivada.

Atualmente a Resolução 2.320/2022 do CFM, que revogou a anterior, manteve também a possibilidade de prática de inseminação artificial pelos casais homoafetivos, conforme pode se verificar:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

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 reprodução assistida, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2. **É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina.** Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira” (*grifo nosso*) (Res. CFM, 2320/2022, Seção I, pg. 107).

Assim, em uma sociedade contemporânea, através de diversos fatores como as decisões favoráveis de diversos tribunais, dos princípios constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da liberdade, da ausência de proibição expressa, e da autorização pelo Conselho Federal de Medicina, pode-se dizer que é possível a prática de inseminação artificial por casais homoafetivos, ainda que não seja um direito reconhecidamente previsto em lei.

5. CONCLUSÃO

A luta pelo reconhecimento dos direitos de casais homoafetivos, que se arrasta por longos anos, abriu muitos caminhos e resultou na conquista e no reconhecimento de uma série de direitos até então a eles negados. Mas ainda há muito que se discutir, uma vez que o reconhecimento desses direitos implica, antes de tudo, em abrir a “cortina do preconceito” social e enxerga-los como seres humanos iguais a qualquer outro, independentemente de sua orientação sexual.

O reconhecimento dos direitos de casais homossexuais, na realidade, é muito mais complexo porque envolve uma série de valores e interesses implícitos, como o posicionamento de diversas religiões e interesses de políticos, que não querem comprometer os votos que lhes são dados por eleitores que integram uma sociedade composta, na grande maioria, por indivíduos preconceituosos.

Mas mesmo assim, é possível a concretização desse direito à luz do transconstitucionalismo, o qual os conflitos entre decisões e entendimentos distintos que podem ser solucionados pelas distintas ordens jurídicas, não ocorrendo uma hierarquia entre estas, e, muito menos uma imposição de norma jurídica sobre a outra. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal por meio de decisões inovadoras de outras cortes e tribunais, que se coadunam com os preceitos constitucionais, cada vez mais vem ampliando os direitos dos casais homoafetivos e dando-lhes os mesmos direitos inerentes aos casais heterossexuais.

Não obstante os avanços do Direito no que se refere aos casais homoafetivos, garantindo-lhes a formação da vida em comum por meio de uma união legalmente protegida pelo Estado, ainda há muito que se avançar para que estas famílias sejam vistas na sociedade como um modelo aceito, sem qualquer discriminação.

No que tange ao direito de terem filhos, esta discriminação é muito mais embasada no ponto de vista social, cultural e religioso do que jurídico, até porque, ao interpretarmos o ordenamento jurídico brasileiro, verificamos que este não a proíbe, pois não há na Constituição,

ou no Código Civil, qualquer dispositivo legal que proíba o planejamento familiar por casais homoafetivos, como também não há expressamente permitida a concessão deste direito somente a casais heterossexuais.

Portanto, se não há proibição, é somente uma questão de hermenêutica jurídica para chegar-se à conclusão de que a prática de inseminação artificial por casais homoafetivos não deve encontrar qualquer impedimento legal, até porque o próprio Conselho Federal de Medicina ao autorizar esta prática, corrobora a tese de que não oferece nenhum risco para filhos gerados por este tipo de técnica, devendo essa possibilidade ser reconhecida legalmente como forma de garantia dos seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**. Prefacio de Sergio Ferraz. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1999, p. 76-77.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.294, de 27 de maio de 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73. Diário Oficial da União [Internet]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 11 abr 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Diário Oficial da União [Internet]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 11 abr 2023.

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida (CNPMA). **“Declaração Interpretativa sobre o Acesso às Técnicas de PMA e a Entrada em Vigor da Lei n. 9/2010,”** de 31 de maio, 2010. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Declaracoes.aspx>. Acesso em 23 de março de 2023.

CORRÊA, Marilena Cordeiro D.V. **Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: Ed UERJ, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preceito & a justiça**, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 15ª edição. Ed. Juspodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**. 39ª edição. Ed. Saraiva, 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. In: Revista Brasileira de Direito de Família - N.º 1 - Editora Síntese, 2001.

IACUB, Marcela. **Homoparentalité et ordre procréatif**. BORRILLO, Daniel; FASSIN, Eric. In: _____. *Au-delà du PaCS: L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

Ley nº 14/2006 de 26 de mayo de 2006. Diário da República, 1ª Série A - Nº 105 | 31 de maio de 2010, Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>. Acesso em: 23 de março 2023.

LIMA, Diomar Bezerra. **Artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual**, nº 05, página 53, junho de 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 44ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2022.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões**. In: Lua Nova, São Paulo, 93, 2014, p. 201-232.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RAPOSO, Vera Lucia. **“Dá-me licença que tenha filhos?”: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**. revista direito GV. São Paulo. v. 15 n. 2. e1915.

R7. **Pesquisa mostra que filhos de pais gays não sofrem prejuízos psicológicos**. Atualizado em: 28 de abr. de 2011. Acesso em: 22 de maio de 2013. Disponível em

<http://noticias.r7.com/saude/noticias/pesquisa-mostra-que-filhos-de-pais-gays-nao-sofrem-prejuizos-psicologicos-20110428.html>>. Acesso em: 03 abril 2023.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito a paternidade e maternidade dos homossexuais, sua viabilização pela adoção e reprodução assistida.** Ed. Juruá, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pag. 124

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil: direito de família.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil interpretado.** Ed. Atlas, 2010.

VERMELHO. **Casal de Lésbicas Espanholas têm Filha Biológica.** Disponível em: http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=10&id_noticia=113520. Acesso em 04 abril de 2023.