

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

YAN DOUGLAS ALVES TELES

**FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: O DIREITO À HOMOPARENTALIDADE
ATRAVÉS DA ADOÇÃO E DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

**FRANCA
2022**

YAN DOUGLAS ALVES TELES

**FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: O DIREITO À HOMOPARENTALIDADE
ATRAVÉS DA ADOÇÃO E DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais,
Universidade Estadual Paulista “Júlio de
Mesquita Filho”, como pré-requisito para a
obtenção do Título de Bacharel em Direito

Orientadora: Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Coorientadora: Me. Maiara Motta

**FRANCA
2022**

T269f

Teles, Yan Douglas Alves

Famílias homoafetivas: o direito à homoparentalidade através da adoção e da reprodução assistida / Yan Douglas Alves Teles. -- Franca, 2022

99 f. : fotos

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca

Orientadora: Kelly Cristina Canela

Coorientadora: Maiara Motta

1. Homoparentalidade. 2. União homoafetiva. 3. Adoção. 4. Reprodução assistida. 5. Biodireito. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

YAN DOUGLAS ALVES TELES

**FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: O DIREITO À HOMOPARENTALIDADE
ATRAVÉS DA ADOÇÃO E DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCHS – Unesp Franca

Me. Maiara Motta

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCHS – Unesp Franca

Marina Bonissato Frattari

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – FCHS – Unesp Franca

Franca, 22 de junho de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Kelly por ser o norte da minha vida, a bússola que sempre me orienta para a direção correta, por me demonstrar diariamente o significado de amor incondicional e por colocar meus sonhos e minhas vontades no topo da sua lista de prioridades sempre. Agradeço meu pai Douglas por ser o maior exemplo de determinação, força, compromisso e responsabilidade que eu poderia ter, por me amparar, me proteger e ser meu braço direito na vida. Ao meu irmão Enzo por ter chegado em minha vida e ter me ensinado a dividir, a pensar no próximo e a ser justo, mesmo com tão pouca idade ele é capaz de ensinar tanta coisa. Você vive me dizendo que é orgulhoso de mim mas a verdade é que eu que tenho muito orgulho de você, te amo e estarei com você por toda a vida. Vocês três são o motivo para eu ter chegado até aqui.

Agradeço à minha avó Lelita por ser meu aconchego, minha mãe com açúcar, a pessoa que me tem o maior carinho e amor do mundo, a mulher mais forte e determinada que eu conheço e que não poupa esforços para me ver feliz. Agradeço ao meu avô Odilon por ser um ser tão amável e doce, por ser meu padrinho, sempre me receber com cantorias e com os braços abertos. Ao meu avô José por ser sempre presente e atencioso em minha vida e à minha avó Maria que, apesar de estar em outro plano, tenho certeza que vigia e zela por mim.

Agradeço à República Creu por ser minha casa e minha família em Franca, em especial ao Bruno, Carla, Dalila, Henrique, Nathália e Wesley, por terem me recebido, me acolhido, estarem presentes em todos os momentos, terem me feito evoluir, crescer e amadurecer muito. Vivi momentos maravilhosos com vocês e jamais me esquecerei. Levarei a amizade de vocês para sempre. Agradeço também aos que me permitiram a experiência de ser veterano e que me presentearam com um laço de amizade e carinho verdadeiro: Lucas, Beatriz, Milena, Maicon e José.

Agradeço às minhas amigas Beatriz, Hellen e Rafaela por serem minhas confidentes, estarem presentes comigo durante os cinco anos da graduação mesmo com quase quatrocentos quilômetros de distância entre nós, por não terem deixado o afastamento diminuir nosso vínculo e por serem amigas leais que estão comigo nos momentos bons ou ruins, pessoas que eu sei que posso sempre contar, seja para desabafar, chorar, rir, dançar, viajar ou simplesmente comer uma coxinha no parque.

Agradeço ao meu amigo Bruno por ser um verdadeiro irmão, se fazer presente em minha vida, me acompanhar nas minhas conquistas e por sempre torcer por mim. Às minhas

amigas Giovanna e Isabella por estarem comigo há tanto tempo e pela nossa amizade permanecer igual, com o mesmo carinho, não importa a distância ou tempo sem nos vermos.

À minha prima Carol por ser minha gêmea de outra mãe, por nutrir por mim um amor puro e profundo que eu sei que nunca irá se apagar. Aos meus primos Lucas, Felipe, Pâmela, Larissa, Leonardo, Laís, Luan e Giulia por serem meus primeiros amigos, pela infância maravilhosa que passamos juntos e por termos cultivado nosso laço até os dias de hoje.

Agradeço à minha amiga Lara por ser minha dupla em Franca, a pessoa que esteve presente comigo do primeiro ao último dia da minha graduação, que sorriu, chorou, vibrou, passou pelos melhores e piores momentos comigo. Tenho certeza que nós tivemos uma conexão de almas e que nossa relação será para a vida. À minha amiga Isadora por, transbordar carinho e amor a todo momento, por ter me demonstrado o verdadeiro significado de amizade, por me fazer sentir uma alegria genuína sempre que a vejo, por ser minha parceira, me apoiar e torcer por mim sempre. Ao César por ser um amigo tão sensível e carinhoso comigo em todos os momentos, à Luísa por ser minha parceira de marketing, por ter estado comigo em momentos de muita tensão e também de muita felicidade. Ao Leonardo Castigioni, Pedro Henrique, Ana Carolina, Maria Eduarda, Leonardo Rosa, Alexandra, Ananda, Kelly, Vinícius, Maria Antônia, Bárbara, Débora, Fabiana por terem feito da Turma XXXIV de Direito uma verdadeira casa para mim, onde achei pessoas incríveis, que me proporcionaram momentos inesquecíveis e que ocuparam, cada uma, um espacinho no meu coração.

À Comissão da Turma XXXIV por ter me ensinado tanto, me feito progredir, me fortalecido e por terem me permitido contribuir fazendo uma atividade que eu gosto e que me faz bem, por terem sido além de parceiros de comissão, verdadeiros amigos. A nossa formatura foi a concretização do sonho que construímos juntos desde 2017.

A minha professora de francês Valéria por ter me apresentado à língua e à cultura francesa durante três anos, me permitido sonhar e enxergar novas possibilidades para o meu futuro e por ser uma grande amiga, além de professora. Agradeço também às colegas que me acompanharam nessa caminhada: Sofia, Giovanna, Maria, Bruna e Amanda.

À minha psicóloga Samanta por ter me recebido em um momento tão difícil que foi o início da pandemia e por possibilitar que eu me reerguesse, mudasse minha visão sobre mim mesmo, me enxergasse com mais amor próprio e por me encorajar a ver a vida com outros olhos.

À EMEB Dr. Valeriano Gomes do Nascimento CAIC, por ter sido minha primeira experiência profissional, ter me permitido evoluir como profissional e como pessoa, em especial agradeço minha supervisora Márcia e minha colega Angela. Agradeço à Secretaria de Estado da Saúde DRS VIII por ter me apresentado ao mundo jurídico, em especial à minha supervisora Sirlene, por ter me dado a oportunidade de amadurecer nossa relação e permitir que eu aprendesse tanto, mesmo em tão pouco tempo.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo por ter feito com que eu finalmente me encontrasse no Direito, e percebesse a minha vocação de ajudar quem precisa e entender que tenho capacidade para fazer aquilo que eu quiser. Aprendi muito nesse lugar e admiro demais essa instituição. Agradeço em especial à minha supervisora Dra. Joyce pelo apoio e por orientar sempre na melhor direção.

À minha orientadora, Profa. Dra. Kelly Cristina Canela, que aceitou me orientar neste trabalho e pelas brilhantes aulas que ministrou durante a graduação, e por ter feito com que eu me encantasse pelo Direito das Famílias. Agradeço à minha coorientadora Me. Maiara Motta por todo o apoio e atenção despendidos.

Por fim, agradeço à UNESP Franca, local que me permitiu que eu me tornasse quem eu realmente sou. Tenho a certeza que vivi os cinco melhores anos da minha vida nesse local, nessa cidade e cercado dessas pessoas maravilhosas. Definitivamente, ninguém é feliz sozinho e eu tenho o privilégio e a sorte de dizer que vivo cercado de todas essas pessoas incríveis citadas acima.

“Amar e mudar as coisas me interessa mais”.

Belchior

TELES, Yan Douglas Alves. **Famílias homoafetivas: o direito à homoparentalidade através da adoção e da reprodução assistida**. 2022. 99 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2022.

RESUMO

A família é entidade basilar da sociedade e merece proteção especial do Estado, com fundamento na Constituição Federal. A união entre pessoas do mesmo sexo passou por muitos obstáculos até ser reconhecida hoje como uma entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1988 foi promulgada de modo a estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil. Os princípios constitucionais implícitos e explícitos começaram a exercer forte influência na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo em âmbito familiar, onde o afeto se tornou princípio norteador. O direito à paternidade homoafetiva enfrentou muito preconceito da sociedade, do Poder Judiciário e ainda enfrenta o duro descaso do Poder Legislativo. Foi feito um estudo do histórico da família nas constituições brasileiras, assim como foram analisados os pontos expostos pela doutrina que motivaram o reconhecimento das famílias homoafetivas e, consequentemente, o direito dos casais homoafetivos de terem filhos pelo instituto da adoção e da reprodução assistida. Os princípios constitucionais aplicáveis à família foram estudados e relacionados com o direito à homoparentalidade. A adoção homoparental e as famílias homoparentais ectogenéticas foram analisadas quanto aos seus históricos, formatos, direitos e desafios atuais. Para atender à finalidade de tais perquirições, fora utilizada a metodologia bibliográfica-dedutiva, com o uso de material doutrinário, decisões judiciais, atos normativos, resoluções e pesquisa bibliográfica, de modo a fomentar as ideias suscitadas. Por fim, foi realizada uma análise fática dos dados obtidos com o intuito de demonstrar a incidência das teorias nos casos concretos.

Palavras-chave: Homoparentalidade; Família homoafetiva; Adoção; Reprodução assistida; União homoafetiva; Inseminação artificial; Gestação por substituição; Filiação socioafetiva. Afetividade; Homossexualidade.

TELES, Yan Douglas Alves. **Famílias homoafetivas: o direito à homoparentalidade através da adoção e da reprodução assistida**. 2022. 99 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2022.

ABSTRACT

Family is the foundation of society and deserves special protection from the state, according to Brazil's Constitution. Same-sex union has gone through a lot of obstacles until being acknowledged nowadays as a form of family by Brazilian's Supreme Court. The Constitution of the Federative Republic of Brazil 1998 was approved in order to establish a legal democratic state founded on the principle of the dignity of the human person. The explicit and implicit principles of the Constitution have begun to exert a strong influence on the realization of fundamental rights, especially in the family environment, where affection became a guiding principle. The right for gay people to have children has faced a lot of prejudice from society, the Judicial Power and still suffers with the negligence of the Legislative Power. The family history was researched under the perspective of the Brazilian's Constitutions as well as it was analyzed the points exposed by the doctrine that motivated the recognition of homoffective families and, consequently, the right of same-sex couples to have children through the institute of adoption and assisted reproduction. The principles of the Constitution applicable to family were studied and related to the right of homoparentality. The homoparental adoption and the ectogenetics homoparental families were analyzed by their histories, formats, rights and current challenges. To serve the purpose of such inquiries, doctrinal information, court decisions, normative acts and bibliographic research were utilized to foment the evoked ideas. Finally, a factual analysis of the obtained data was realized in order to demonstrate the incidence of the theories in the actual case.

Keywords: Homoparentality; Homoffective families; Adoption; Assisted reproduction; Same-sex union; Artificial insemination; Surrogacy; Socio-affective parenting; Affectivity; Homosexuality.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - A orientação sexual dos brasileiros.....	29
Figura 2 - Diferentes parentalidades.....	41
Figura 3 - Panorama da adoção no Brasil.....	52

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 FAMÍLIA: UNIÕES HOMOAFETIVAS E HOMOPARENTALIDADE.....	16
2.1 Conceito de família.....	16
2.2 A família nas Constituições brasileiras	19
2.3 A interpretação do artigo 226 da CRFB/88	22
2.4 Família no Código Civil de 2002.....	24
2.5 O reconhecimento das uniões homoafetivas.....	25
2.6 Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias.....	30
2.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	32
2.6.2 Princípio da liberdade.....	33
2.6.3 Princípio da igualdade.....	34
2.6.4 Princípio da afetividade.....	35
2.6.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	36
2.6.6 Princípio do pluralismo das entidades familiares.....	37
2.7 Homoparentalidade.....	38
2.7.1 Monoparentalidade.....	39
2.7.2 Biparentalidade homoafetiva.....	40
3 ADOÇÃO.....	43
3.1 Contexto histórico.....	43
3.2 Adoção homoparental.....	45
3.2.1 Adoção unilateral.....	47
3.2.2 Adoção conjunta.....	50
3.3 Argumentos favoráveis à adoção homoparental.....	54
3.4 Adoção homoparental e registro público.....	57
3.5 Decisões judiciais acerca da adoção homoparental.....	59
3.6. A adoção homoparental por uma perspectiva social	61

4 HOMOPARENTALIDADE ECTOGENÉTICA.....	63
4.1 Conceito geral de reprodução assistida.....	63
4.2 Reprodução assistida homóloga e reprodução assistida homóloga post mortem.....	67
4.3 Reprodução assistida heteróloga.....	71
4.4 Gestação por substituição.....	77
4.5 Bioética e biodireito: avanços e desafios.....	83
 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 85
 REFERÊNCIAS.....	 89

1 INTRODUÇÃO

A família, base da sociedade, é uma instituição tão antiga quanto o direito e que remonta aos primórdios da humanidade. Pode-se dizer que não existe sociedade sem família e não existe civilização sem o direito (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 3). O estudo das famílias foi, durante muitos anos, diretamente atrelado ao casamento, de forma que os vínculos adquiridos dentro do matrimônio eram tidos como legítimos, e os de fora, ilegítimos. A família até então era exclusivamente heterossexual, patriarcal e matrimonial, e tinha como base a defesa do patrimônio e a proteção dos vínculos consanguíneos. Na forma que expõe Paulo Lôbo: “A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua superação, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988” (LÔBO, 2022, p. 17).

No Brasil, o conceito de família evoluiu muito até chegar à Constituição Federal de 1988, que inovou trazendo ao ordenamento jurídico uma nova ordem de valores, centralizado na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. O artigo 266, §§3º e 4º da Constituição Federal traz que a família é a base da sociedade e possui especial tutela do Estado. Há, enfim, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, e o reconhecimento da família monoparental, constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes.

O princípio da afetividade é norteador do atual Direito das Famílias, que se distancia cada vez mais da concepção de família estreitamente ligada ao laço sanguíneo e de viés patrimonialista, e defende o reconhecimento do vínculo familiar fundado no amor, no afeto e no cuidado recíproco. Desta forma, leciona Maria Berenice Dias:

o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado (DIAS, 2020 apud SANTOS, 2021, n.p.).

A homossexualidade também é um fenômeno que remonta das épocas mais distantes da humanidade, moldando-se sempre à realidade histórica em que está presente, chegando a ser parte de rituais religiosos e lida como forma de passagem de conhecimento. O primeiro casal homoafetivo que se tem registro seria Khnumhotep e Niankhkhnum, dois egípcios que viveram por volta de 2.400 a.C. (ESTEFAM, 2016, p. 80). Na Antiga Grécia, a

homossexualidade era aceita e respeitada, na Roma antiga era tolerada e praticada em algumas ocasiões. Com a ascensão dos dogmas judaicos e dos códigos sociais que enxergavam a sexualidade apenas como uma finalidade de procriação, a homossexualidade passou a ser rechaçada, proibida e punida, muitas vezes até com a pena de morte (CHAVES, 2015, p. 53-61).

Essa discriminação fez com que indivíduos homossexuais fossem invisibilizados, marginalizados e desconsiderados como sujeitos de direitos durante um longo tempo. No século XX, mudanças passaram a ocorrer em volta do globo, principalmente a partir dos anos 60 e 70. As posturas negativas passaram a ser rebatidas e as atitudes segregatórias quanto aos homossexuais passaram a ser vistas como violentas e obscurantistas, não devendo ser admitidas. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “os homossexuais formam atualmente um grupo coerente, ainda marginal, mas que tomou consciência de sua própria identidade. Reivindicam seus direitos contra uma sociedade dominante que ainda não os aceitam” (DIAS, 2006, p. 30).

Família homoafetiva é a família conjugal constituída por pessoas do mesmo sexo, seja por meio da união estável ou por casamento. Até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, em 05/05/2011, os tribunais estaduais tinham posições oscilantes sobre o reconhecimento dessa formação familiar. Baseando-se na inexistência de textos normativos que regulassem as uniões entre pessoas do mesmo sexo, constantemente o Judiciário cometia toda sorte de injustiça com essa parcela da sociedade que, não raras vezes, tinha seu processo extinto por impossibilidade jurídica do pedido (CHAVES, 2015, p. 202). As uniões entre homossexuais já foram consideradas como sociedades de fato e julgadas pelo direito obrigacional, não vistas como forma de família. Tais dúvidas foram sanadas após a histórica decisão do STF que, baseando-se nos princípios constitucionais e direitos fundamentais (analisados com mais afinco no capítulo 2 deste trabalho), reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável, entidade familiar reconhecida e protegida pelo Estado (TEPEDINO, 2020, p. 66).

Família homoparental é a decorrente da parentalidade, sendo essa, paternidade ou maternidade, exercida por casal homoafetivo, decorrente de adoção, reprodução assistida, útero de substituição (barriga solidária) ou demais formas de reprodução assistida. A família homoparental pode estar contida (pai ou mãe homossexual e filho), ou ser decorrente da família conjugal homoafetiva, e também decorrente da coparentalidade (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 35). Em vista da infertilidade natural que acomete casais homoafetivos, estes têm que se socorrer, habitualmente, de métodos diferentes do natural para exercer seu direito de

reprodução e parentalidade. Este trabalho traz como foco a adoção e as técnicas de reprodução assistida.

A adoção é um dos institutos mais antigos da história, estando presente na maioria das civilizações. Segundo Tânia de Silva Pereira, a ação de adotar ocorria entre os povos antigos como uma forma de se perpetuar o culto doméstico, em vista do medo de extinção da espécie (PEREIRA, 2019 apud GOMES, 2021, p. 66). Hodiernamente, as noções quanto ao instituto passaram a privilegiar os princípios do melhor interesse da criança, da afetividade e da paternidade responsável, de forma que a adoção é considerada uma modalidade de filiação construída no amor (DIAS, 2020 apud GOMES, 2021, p. 70). A CRFB/88 legitimou as famílias monoparentais, de modo que o indivíduo homossexual já tinha possibilidade de ser pai ou mãe desde a promulgação da Carta. A adoção conjunta do casal, no entanto, esbarrou durante anos no requisito do casamento e da união estável, que só foram reconhecidos uniformemente e admitidos para casais homoafetivos a partir de 2011.

A utilização da reprodução assistida representa uma demanda crescente, que se estabelece em vista dos avanços técnico-científicos dos últimos anos, que permitiram o nascimento de crianças sem a prática de nenhum ato sexual. As técnicas de reprodução assistida vieram como uma opção a mais para o pleno exercício do direito de livre planejamento familiar e são realizados de forma homóloga ou heteróloga, respectivamente, quando se utiliza o próprio material genético do casal ou quando é necessária a doação de gametas de terceiros (GOMES, 2021, p. 85). Ainda se inclui nessa toada a gestação por substituição, cessão temporária de útero popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. A codificação privada não tratou propriamente dos procedimentos e técnicas de reprodução assistida, prevendo somente que a sua realização tem a capacidade de gerar presunção de paternidade em relação ao marido da mulher que a planejou. A presunção se estende aos casos de união estável também, de acordo com o Enunciado nº 570, aprovado na VI Jornada de Direito Civil.

Sobre a regulação dos procedimentos, esta se dá pelo Conselho Federal de Medicina, que editou em 15 de dezembro de 2010 a resolução nº 1.957, alterando a antiga resolução nº 1.358/1992, utilizada por quase vinte anos e que restou insuficiente diante dos avanços médicos e sociais. Posteriormente, muitas normas deontológicas surgiram, como em 2013 (Resolução nº 2.013), que trouxe incontáveis aperfeiçoamentos à matéria, como a inclusão dos casais homoafetivos e pessoas solteiras no rol de pessoas autorizadas a utilizar das técnicas. Houve, ainda, resoluções nos anos de 2015, 2017 e 2021, sendo esta a mais atual. No entanto, é importante perceber que nenhuma dessas disposições têm caráter de lei, são apenas

normas deontológicas que existem para suprir a demanda causada pela omissão legislativa (TARTUCE, 2021, n.p.).

Ainda existem muitas lacunas e obscuridades relativas aos direitos das famílias homoparentais, uma vez que a constante mutação da sociedade e a evolução da bioética e do biodireito fazem com que casos novos cheguem ao judiciário todos os dias, trazendo desafios jurídicos cada vez mais relevantes. Nas palavras de Pedro Henrique Feliciano:

A multiplicidade das formas de família permite que as pessoas de orientação homossexual possam expressar sua existência na sociedade e o desejo de formar famílias parentais. As decisões judiciais que reconheceram a família homoafetiva foram o primeiro passo, uma vez que estabelecem uma chancela de valor simbólico a esses sujeitos. As barreiras que ainda persistem no campo social, e que não podem ser transpassadas por vias unicamente jurídicas, permanecem como obstáculos ao direito de igualdade dessas famílias, para que possam ser, como todas as outras, iguais na possibilidade de estabelecer sua forma única de ser e existir (FELICIANO, 2020, p. 205).

Quanto à metodologia a ser empregada para a realização dessa pesquisa científica, cabe informar que ela será elaborada a partir do método dedutivo, que “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente lógica” (GIL, 2008, p. 9), de modo a estabelecer o liame entre os casos de homoparentalidade trazidos pela mídia e pela jurisprudência e qual foi o critério de legitimidade que os reconheceu, com base nos estudos da doutrina e da pesquisa científica.

Com o objetivo de auxiliar na definição de objetivos e levantar informações sobre o assunto objeto de estudo, empregar-se-á pesquisa bibliográfica, doutrinária, documental, em artigos científicos e jornalísticos, na legislação brasileira, resoluções do CFM, provimentos do CNJ e enunciados das Jornadas de Direito Civil, aprovados pelo Conselho da Justiça Federal, de modo que seja possível verificar como o ordenamento jurídico brasileiro tem apreciado os casos relativos aos direitos das famílias homoafetivas e homoparentais, sobretudo desde a promulgação da CRFB/88, e quais são as demandas crescentes referente ao assunto. Além disso, será realizada a coleta e levantamento de dados, qualitativa e quantitativamente, por meio dos órgãos oficiais brasileiros, como o CNJ e o IBGE, além de dados coletados por pesquisas em universidades, do Brasil e do exterior, publicadas em revistas e jornais científicos.

Por fim, efetuou-se levantamento por meio de técnica de pesquisa jurisprudencial qualitativa junto aos sites oficiais do Superior Tribunal de Justiça (<https://processo.stj.jus.br/SCON/>) e do Supremo Tribunal Federal

(<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>), como meio de expor os julgados relativos ao reconhecimento das entidades familiares homoafetivas, e o exercício do direito delas à parentalidade pelo instituto da adoção e pelas técnicas de reprodução assistida. Justifica-se a escolha destes Tribunais considerando a relevância que eles possuem na temática relacionada ao Direito das Famílias, pelas suas decisões repercutirem nos demais tribunais e na sociedade como um todo e pela posição ativista dos mesmos, no tocante ao reconhecimento dos direitos da população LGBTI, sobretudo diante da lacuna legislativa que assombra essa parcela da sociedade. Foi feito o levantamento das decisões de 2011 até dezembro de 2021. A data de início se justifica pela histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A busca se deu junto ao repositório eletrônico jurisprudencial do STJ e do STF, utilizando-se das palavras-chave: homossexual; mesmo sexo; união homoafetiva; união estável homossexual; família homoafetiva; homoparentalidade; adoção homoparental; adoção homoafetiva; adoção unilateral; adoção conjunta; reprodução assistida; inseminação artificial; heteróloga; homóloga; gestação por substituição; barriga de aluguel. Após o levantamento, os dados foram filtrados, descartando os resultados que não se relacionavam com o foco deste estudo.

2 FAMÍLIA: UNIÕES HOMOAFETIVAS E HOMOPARENTALIDADE

2.1 Conceito de família

Tanto a história do Direito quanto a história do Direito das Famílias se misturam com a própria história da humanidade, tendo em vista que a civilização só existe graças ao Direito. Surge o Direito, então, para propiciar a convivência social, limitando e colocando regras nesse convívio. É possível afirmar que o Direito é uma requintada forma de controlar as pulsões. O Direito das Famílias remonta desde sempre também, visto que não há sociedade sem família, observando que a organização jurídica escrita é a que provém de um período mais recente. Conforme afirmam Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin:

A família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, desde as mais primitivas até as mais contemporâneas. Mas seu conceito transcende sua própria historicidade. Para entendê-la hoje é preciso revisitar alguns conceitos para que possamos pensar melhor sua organização jurídica, e para onde ela aponta neste século XXI (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 3).

No que tange ao patriarcalismo, não existiam grandes dúvidas na hora de se definir o que é família. Grandes juristas do século XX, como Clóvis Beviláqua, traziam a definição de família no seguinte sentido:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie (BEVILÁQUA, 1903 apud PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 3).

Orlando Gomes dizia que: “somente o grupo oriundo do casamento deve ser denominado família, por ser o único que apresenta os caracteres de moralidade e estabilidade necessários ao preenchimento de sua função social” (GOMES, 1968 apud PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 3).

As famílias sempre foram estudadas pelo Direito através do instituto do casamento, que as tornavam legítimas ou ilegítimas perante os parâmetros de legalidade impostos pelo Estado ou até mesmo pela Igreja. Pela história, um grande número de juristas misturou o conceito de família com o do casamento. Até mesmo hodiernamente, no Século XXI, quando se fala em constituir família, o casamento é a primeira coisa que vem na cabeça de uma grande maioria de pessoas, mesmo já sendo conhecido que se trata de algo muito mais abrangente (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 3).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XVI, §3º, estabeleceu: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da

sociedade e do Estado” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). No ano de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 17, expôs os elementos conceituais do período: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

De um jeito ou de outro, a ideia de família é algo tão antigo quanto o tempo e se prolonga aos cantos mais remotos do mundo, de forma a tentar demarcar seus limites para estabelecer direitos. A família é um instituto de reinvenção constante, razão pela qual ela excede sua própria historicidade. A cada instante, novos modelos parentais e conjugais se moldam, encarando de frente obstáculos morais e culturais. Há variação constante entre a concepção da família como um organismo mais amplo ou mais reduzido. Em praticamente todos os países ocidentais o modelo familiar herdou-se da família romana como o padrão de organização institucional (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 4).

Segundo o estudo do jurista Clóvis Beviláqua, a figura mais ampliada de família tem como origem a gens dos romanos, e a figura mais reduzida relaciona-se a genos dos gregos. Apesar disso, foram os romanos que estabeleceram a organização familiar como se conhece no mundo ocidental hoje em dia, e o ordenamento jurídico brasileiro se pautou neles como referência básica, num modelo centrado no patriarcalismo, ainda que esteja se alterando aos poucos (BEVILÁQUA, 1951, p. 56).

A família para o Direito brasileiro sempre foi vista como uma união de pais e filhos, pais estes que se uniram através do casamento, ordenado pelo Estado. A Constituição Cidadã de 1988 diversificou esse sentido, vez que legitimou expressamente “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, assim como a união estável entre homem e mulher (BRASIL, 1988, art. 226). Isso foi o veículo de uma evolução no conceito de família, que se abriu, rumando a um conceito mais real e plural (TEPEDINO, 2020, p. 4). De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin:

A história do Direito de Família é uma história de exclusões. Filhos e famílias fora do casamento eram excluídos da proteção do Estado e recebiam o selo da ilegitimidade. Filhos e famílias fora do casamento sempre existiram, desde o Brasil colônia, mas não se podia reconhecê-los, tinham que ser ignorados pelo aparato jurídico. Tudo isto em nome da moral e bons costumes. Portanto, a moral sexual e religiosa sempre foi, e continua sendo, um dos fios condutores da regulamentação dessas relações jurídicas (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 4).

Paulo Lôbo compila a história do Direito das Famílias no Brasil, de modo a dividi-lo em três períodos: 1) Da colônia ao Império – 1500 a 1889 – Direito das Famílias de viés canônico, com forte influência da igreja católica; 2) Da Proclamação da República (1889) até

a Constituição Cidadã – redução paulatina do modelo exclusivamente patriarcal; 3) De 1988 até os dias de hoje – Direito das Famílias plural, diverso, que prestigia a igualdade e a solidariedade. Apenas no último período citado foi que surgiram novos valores jurídicos para o Direito das Famílias, em especial o afeto, que evoluiu ao patamar de princípio norteador das relações familiares (LÔBO, 2021, p. 19).

Promulgada a Constituição Federal de 1988, se dá o início de notáveis mudanças no sistema jurídico brasileiro, considerando que a família é reconhecida não somente pela formação de relações de âmbito material e extrapatrimonial, mas solidificando a ideia da família ser o núcleo que forma a sociedade, de onde surge todos os outros laços afetivos, a transmissão da cultura, das tradições, da linguagem, traduzindo-se num importante significado jurídico, social e psicológico (MÜLLER, 2017, n.p.). Sobre o tema, dissertam Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 38): “A família é sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as suas maiores angústias, frustrações, traumas e medos”.

Vai de encontro com o pensamento dos doutrinadores supracitados a ideia de que a influência familiar é substancialmente relevante, considerando que, em parte, os problemas atuais de grande parcela de indivíduos têm origem no passado, na formação familiar, problemas que, inclusive, podem condicionar as escolhas e organizações afetivas dessas pessoas.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 1º, traz que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituída pelo Estado Democrático de Direito, destaca como seus principais fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.

Por esse novo viés emergiu a Constituição da República como uma carta de princípios na definição de Maria Berenice Dias (2015, p. 39 apud MÜLLER, 2017), que diz que os princípios não mais servem somente de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, sem possuírem força normativa. Subiram ao patamar de indispensáveis, de modo a agregar eficácia imediata ao sistema positivo, segundo a autora, deixando para trás o estado virtual e de dependência. Desse modo, complementa Dias (2015, p. 40 apud MÜLLER, 2017):

Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas. A Constituição no que respeita às relações estritamente familiares imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família [...].

Na forma que expõe a Constituição Federal (BRASIL, 1988), no caput do artigo 226, se estabelece que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração; 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei; § 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; § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio; § 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; § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Clara é a magnitude atribuída à família, considerada como o pilar principal de toda a sociedade, impondo ao Estado, por força constitucional, em suas três esferas: federal, estadual e municipal, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho, a “cuidarem de, prioritariamente, estabelecer, como metas inafastáveis, sérias políticas públicas de apoio aos membros da família, especialmente a criança, o adolescente e o idoso” (2012, p.40).

Outro marco importante para o Direito das Famílias no Brasil foi a criação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em 1997, entidade que congrega os juristas e doutrinadores contemporâneos do Direito das Famílias, e que traz novos valores, princípios e paradigmas para a organização jurídica familiar. O célebre jurista mineiro João Baptista Villela afirma que: “O amor está para o Direito de Família, assim como a vontade está para o Direito das Obrigações” (VILLELA, 1979 apud PEREIRA, 2020, p. 5). Esta afirmação pode trazer a ideia definidora do Direito das Famílias contemporâneo

2.2 A família nas Constituições brasileiras

A família, base da sociedade, é uma célula que antecede o próprio Direito. A dinamicidade de suas formações é visível e acompanha a evolução social acarretando em mudanças que afetam diretamente o mundo jurídico. Por essa razão, o assunto deve receber cuidado específico por parte do Estado. As Constituições Brasileiras, cada uma em seu modo, trataram da família nas mais diversas formas possíveis, desde a Constituição Imperial até a Constituição de 1988, objetivando verificar a regulamentação de direitos, sua efetividade e evolução (CASTANHO, 2012, p. 181).

A igualdade das famílias, princípio constitucional de grande importância contemporânea, se distancia bastante do modelo autoritário anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que integram a família são alguns dos fundamentos estampados nos artigos 226 a 230 da CRFB/88 e que trouxeram grande mudança paradigmática ao assunto.

As constituições brasileiras são espelhos dos momentos históricos que o país viveu, em relação às famílias, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. As Constituições de 1824 e 1891 são visivelmente liberais e individualistas, de modo a nem mesmo tratar das relações familiares. Há um único dispositivo na Constituição de 1891 (art. 72, §4º) com o seguinte enunciado: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. A exclusividade do casamento civil se deu pelo desejo dos republicanos de concretizar a política de secularização da vida privada, controlada até então pela igreja e pelo direito canônico (LÔBO, 2021, p. 14).

Por outro lado, as Constituições do Estado social brasileiro, de período democrático ou autocrático, expressaram em seus textos normas relativas às famílias. A Constituição democrática de 1934 traz em um capítulo inteiro disposições a respeito da família, trazendo pela primeira vez referência expressa à proteção especial do Estado, disposição que vem a ser repetida nas demais constituições. Na Constituição autocrática de 1937 é colocada a educação dos filhos como dever dos pais, os filhos naturais se igualam aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças abandonadas pelos genitores. A Constituição Federal de 1946 estimulou o grande número de filhos e garantiu o amparo às mães, crianças e adolescentes (LÔBO, 2021, p. 15).

Estabelecido no século XX, o Estado social configura-se por adentrar nas relações particulares e pelo domínio estatal nos poderes econômicos, de modo a objetivar a proteção dos mais carentes. A sua característica mais marcante é a solidariedade e a promoção da justiça social. A família também é alcançada pelo intervencionismo na medida em que há a redução dos poderes domésticos (poderes marital e paternal), e uma maior igualdade de direito entre seus membros. Sobre a família na Constituição de 1946, narra Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf:

A Constituição de 18 de setembro 1946, elaborada na fase pós-ditatorial do Estado-Novo, e surgida numa fase na qual mais se acentuaram as ideias e princípios de natureza econômico-social que vinham modificando a estrutura jurídico-política do mundo ante o surto de reformas e progressos que assinalaram a idade contemporânea de direito, configurou uma evolução jurídica que já iniciara seu traçado básico nas Constituições de 1934 e de 1937. Recuperou com decisão o princípio federativo, as liberdades e garantias individuais, reiterando seu

compromisso com a tradição liberal. No que tange à proteção da família, renovou os direitos a ela concedidos, adicionando a vocação hereditária de brasileiros em relação a bens deixados por estrangeiros no País (MALUF; MALUF, 2021, p. 63).

A Emenda nº 1, de 1969, conservou a indissolubilidade do matrimônio, o que se alterou com a Lei do Divórcio de 1977, que determinou que o casamento poderia ser dissolvido após passados três anos de separação judicial, conforme dispõe o seu art. 175, §1º. Posteriormente, a Emenda nº 2 de 1977 autorizou o divórcio direto, para separações de fato por mais de cinco anos.

A Constituição do Estado social de 1988 foi a que se referiu de maneira mais direta e abrangente sobre as relações familiares e a que mais as libertou. A CRFB/1988 expressa que a família é a base da sociedade, e é aí onde há a principal limitadora do Estado. As famílias não podem ser atacadas, discriminadas ou desprotegidas pelo Estado, eis que assim o Estado estaria atacando a própria base da sociedade. Nas palavras de Miguel Reale, “a expressão Estado Democrático de Direito traduz uma opção para a democracia social, na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, sem prejuízo do papel criador atribuído aos indivíduos” (REALE, 2005, p. 43).

E, ainda, elucida Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf:

A Constituição Federal de 1988 refletiu a ânsia da sociedade brasileira pela normalização do Estado Democrático de Direito, baseando-se na experiência constitucional europeia, em que o predomínio do social encontra evidência, uma vez que ocupa papel de destaque o respeito aos valores mais elevados da natureza humana.[...] Assim, a Carta de 1988 introduziu uma radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla, em decorrência de sua origem no direito natural, com reflexos no âmbito civil e penal (MALUF; MALUF, 2021, p. 65).

Caio Mário da Silva Pereira adverte que o novo sistema de interpretação do Direito das Famílias destaca os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, que se colocam em patamar superior aos interesses particulares, de modo a primar pela constitucionalização do Direito Civil. Segundo o autor, simultaneamente, enquanto os direitos fundamentais passaram a ser dotados do mesmo sentido nas relações públicas e privadas, os princípios constitucionais ficaram sobrepostos à posição anteriormente adotada pelos Princípios Gerais do Direito (PEREIRA, 2005 apud LÔBO, 2022, p. 35).

A Constituição Cidadã consagrou em seu texto a proteção à família (artigo 226), esta formada pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (§§1º e 2º), pela união estável entre o homem e a mulher, que deve ter sua conversão em casamento facilitada (§3º) e pela família monoparental, entidade familiar formada por qualquer dos genitores e seus filhos

(§4º). A Magna Carta ampliou o reconhecimento de entidade familiar, alterando a visão tradicional que legitimava apenas a família proveniente do casamento. Sedimentou a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (§5º), e também a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio, estabelecendo a forma direta passados dois anos de separação de fato, e a conversão da separação judicial em divórcio após um ano de ruptura da união (§6º). Em 2010, a Emenda Constitucional nº 66 alterou o parágrafo sexto do dispositivo supracitado, possibilitando o divórcio direto, sem a necessidade de que se transcorra um prazo de tempo para a dissolução do vínculo.

A CRFB/88 ainda estabeleceu que, embasado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é de livre arbítrio do casal o seu planejamento familiar, sendo que o Estado deve fornecer os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (§7º), responsabilizou ao Estado assegurar assistência à família na pessoa de cada integrante, de forma a buscar métodos que desencorajam a violência no âmbito das relações familiares. Foi expressa ainda ao garantir o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CRFB/88, artigo 3º, IV), e impôs a igualdade entre os filhos, sem importar se foram havidos dentro ou fora de relação conjugal ou por adoção, sendo vedadas quaisquer discriminações em matéria de filiação (art. 227, §6º) (MALUF; MALUF, 2021, p. 65).

2.3 A interpretação do artigo 226 da CRFB/88

A Constituição Federal de 1988 é formada, além de demais espécies normativas, de vários princípios jurídicos. Segundo Mendes, Coelho e Branco (2009 apud SOUTO et al, 2021, p. 53), os princípios podem ser caracterizados por serem mais abstratos em relação às normas, por sua aproximação da ideia de direito e por sua natureza normogenética, o que quer dizer que são a base das regras. Sendo assim, a CRFB/88 traz consigo princípios e regras que devem ser aplicados no Direito das Famílias e executados também em prol das famílias homoafetivas. O art. 226 da CRFB/88 traz que “[...] a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Nos parágrafos que seguem, o artigo explica o conceito de “entidade familiar” que, de acordo com Paulo Lôbo (2021, p. 37), independente do seu formato, se caracterizam pela afetividade, estabilidade e ostensibilidade, explicadas da seguinte forma:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. (LÔBO, 2021, p. 37).

Exemplificativamente, a previsão expressa da família monoparental na Constituição (art. 226, §4º) traria maior proteção para essa formação familiar, sem que as demais famílias perdessem a sua proteção, até porque o texto do artigo não traz um rol taxativo, e sim exemplificativo, de modo a não esgotar as formas de convívio e de entidades familiares que devem ser tuteladas pelo Estado. Assim, verificados os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade em qualquer configuração familiar, deve esta ser protegida (DIAS, M. B. 2021, p. 587).

O caput do art. 226 não discrimina proteção direta a qualquer espécie de família, como acontecia na Constituição Federal de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que previam a proteção do Estado apenas para a família “constituída pelo casamento”. Retirando essa expressão, quis o Poder Constituinte revelar a sua vontade de englobar as diversas formas de família. Pelo fato de ser uma norma abrangente, a exclusão de qualquer entidade familiar só poderia ser considerada se estivesse expressamente prevista na CRFB/88, já que não pode haver interpretação excludente pela supressão. Assim sendo, “[...] a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos” (LÔBO, 2004, p. 6 apud SOUTO et al, 2021, p. 54).

Outro motivo para compreender o artigo 226 como uma norma abrangente é a transformação do seu objeto. O § 8º do referido dispositivo traz que, “[...] o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988). O objeto tutelado então não é a família como um valor autônomo, e sim, os membros integrantes da família. As antigas constituições visavam deslegitimar as formas de família que não se enquadravam no modelo fixo do casamento, e essa “família” tutelada era vista como um bem em si mesmo, uma instituição que deveria ser exaltada. Logo, o caput do artigo 226 é, por consequência, cláusula geral de inclusão, de forma que não é permitida a exclusão de qualquer entidade que preencha os critérios de família.

Outro argumento para considerar o artigo 226 da CRFB/88 como uma cláusula de inclusão é o texto do seu §4º, pelo qual “[...] entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988). O termo “também” possui caráter de inclusão, o que demonstra que os tipos de entidade familiar explicitados nos parágrafos do artigo são exemplificativos. A ideia de “família” presente no caput do art. 226 é indeterminada e abrangente, de forma que demais espécies de famílias não

elencadas expressamente no dispositivo, chamadas de implícitas, também merecem proteção do Estado. As entidades familiares não expressas no corpo do texto constitucional são tipos implícitos incluídos pela abrangência do conceito, por ser ele amplo e indeterminado, “[...] depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade” (BRASIL, 1988, artigo 226). A família homoafetiva seria então somente mais uma espécie implícita de entidade familiar abarcada pelo conceito de família do art. 226 da CRFB/88. Trazendo como exemplo, é como as sementes de uma fruta, que mesmo não estando explícitas, imediatamente visíveis, continuam sendo parte da fruta, as famílias homoafetivas, embora não estejam explícitas ou expressas no rol exemplificativo do art. 226, ainda são entidade familiar, “uma semente da fruta família” (SOUTO et al, 2021, p. 54). O pensamento vai de encontro com a reflexão de Paulo Lôbo:

A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família - que dispõe de um conceito plural — a entidade familiar homoafetiva. E, na inexistência de regra restritiva, é de ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar. Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família (LÔBO, 2021, p. 39).

Ainda, sem se considerar todos os fundamentos trazidos, os direitos fundamentais resguardam a existência jurídica e a tutela estatal da família homoafetiva. O art. 5º da CRFB/88 expõe os direitos e garantias fundamentais; dentre eles, considera-se a liberdade, a igualdade, a inviolabilidade da vida privada e a dignidade da pessoa humana como razões que legitimam as famílias homoafetivas como entidades familiares de natureza constitucional: “Art. 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” (BRASIL, 1988). Nota-se, nesse dispositivo, a menção expressa da Constituição dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade.

2.4 Família no Código Civil de 2002

Com a vigência da CRFB/88 o horizonte futuro no que tange à família tinha tudo para ser multifacetado e plural. A diversidade foi anexada juridicamente e axiologicamente no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre, porém, que o Código Civil de 2002 seguiu o exemplo do antigo diploma de 1916 e não ousou. O Código que seguiu a Constituição Cidadã manteve em seu texto os elementos da família patriarcal e matrimonializada. Marianna Chaves afirma que: “Há quem aponte que houve uma displicência do legislador que se limitou

a copiar os dispositivos do código anterior” (CHAVES, 2015, p. 134). Sobre o assunto, aponta César Fiúza: “Não se nega que o Código Civil atual nasceu de costas para seu tempo, sendo muito mais sensato e célere ter-se efetuado uma reforma paulatina do Código de 1916, à semelhança do que se fez com o Código de Processo Civil” (FIÚZA, 2006 apud COSTA, 2011, p. 333).

Há de se analisar que houve a inclusão tímida da união estável ao longo dos dispositivos, no entanto, não há menção expressa das famílias monoparentais. As famílias homoafetivas inexistem no seu texto. As determinações da Lei Maior foram respeitadas em relação a não discriminação de filhos e o termo “pátrio poder” foi trocado para “poder familiar”, no entanto, Denise Damo Comel afirma que houve a falta de “uma atualização de fundo, conceitual e principiológica” (COMEL, 2003, p. 52-53).

A lei nº 11.698 de 2008 trouxe uma modificação para o Código Civil brasileiro, nos seus artigos 1.583 e 1.584. Com a lei, a guarda compartilhada se tornou padrão, de modo que a guarda unilateral deve ser considerada como *ultima ratio*, devendo ser justificada com o princípio do melhor interesse da criança (CHAVES, 2015, p. 245).

O atual Código Civil reconhece de maneira expressa apenas o parentesco natural ou civil, na forma do texto presente no artigo 1.593, sem mencionar sobre o afeto, a base do vínculo parental: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002). No entanto, a expressão “outra origem” permite uma interpretação mais ampla da norma.

2.5 O reconhecimento das uniões homoafetivas

Pela história, a família sempre foi vista como a relação entre um homem e uma mulher, formada pelos “sagrados laços do matrimônio”. Tal perspectiva é enraizada a ponto da Constituição de 1988, ao versar sobre a proteção especial à família e ao casamento, nada dizer sobre a diversidade sexual do par (CRFB, art. 226, §1º). Igualmente, o Código Civil de 2002, ao tratar de maneira reiterada sobre o casamento, sua validade e eficácia e impedimentos, nada diz sobre a necessidade do casal ser constituído de pessoas de sexos opostos (CC arts. 1.511 a 1.570).

Logo, ausentes impedimentos constitucionais ou infraconstitucionais, não há óbice jurídico ao casamento homoafetivo, tendo em vista a virada jurisprudencial que deu nova interpretação ao §5º do art. 226 da CRFB/88. A origem da homossexualidade e da transexualidade é desconhecida, assim como a origem de muitas orientações e comportamentos naturais do ser humano. A busca por uma origem pouco importa ao Direito

pois não há necessidade de cura ou remédio para a homossexualidade, tendo, inclusive, a Classificação Internacional das Doenças (CID 11) retirado os transtornos de identidade de gênero do capítulo de doenças mentais, passando a chamar de incongruência de gênero, inserto no capítulo de saúde sexual. Da forma que disserta Maria Berenice Dias:

A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. São simplesmente - nada mais, nada menos — do que outras formas de viver, diversa do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo da exclusão social (2021, p. 629).

De acordo com a perspectiva de Giselda Hironaka: “as verdades inteiras são perigosas exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído de molde a não permitir reorganizações, remodelações, rearranjos” (apud DIAS, M. B. 2021, p. 630). Considera-se mais seguro não alterar as coisas ou as ideias, uma vez que tudo que apresenta um formato aparentemente imutável costuma aparentar ser mais "correto". É daí que se origina a ideia de segurança jurídica, modelo de convicções, como um denominador comum de repetição, paradigmático e imutável. Tal pensamento é o impeditivo de se pensar no novo ou em algo que se adequa ao seu tempo. Da forma que assevera Maria Berenice Dias:

Em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. A igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais foi uma das causas de marginalização da entidade familiar que constituem. Só que agora, conforme regulamentação do Conselho Federal de Medicina, homossexuais podem ter filhos, fazendo uso das técnicas de reprodução assistida (2021, p. 630).

Os parlamentares e representantes do Poder Legislativo, temendo desagradar seu eleitorado, negligenciam sua função legiferante e preferem não aprovar leis que tratem sobre os direitos das minorias vítimas de discriminação e preconceito. Não há outra razão plausível que justifique a exclusão da pauta das uniões homossexuais no ordenamento jurídico por tanto tempo.

Em 2019, visando assegurar a aplicação plena do art. 5º, XLI e XLII da CRFB/88, por maioria, o STF julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, que reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar leis que criminalizem os atos de LGBTfobia e, subsidiariamente, equiparou os atos de homofobia aos de racismo, com a aplicação das sanções previstas na Lei nº 7.716/1989. Com isso, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 672/2019 que

busca modificar a Lei do Racismo, incluindo nela os crimes de discriminação por razão de orientação sexual e identidade de gênero. Ainda, existe o Projeto de Lei do Senado nº 515/2017, pretendendo alterar a Lei nº 7.716/1989 e o Código Penal para que sejam definidos os crimes de preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Porém, as últimas ações relacionadas a ambos os projetos foram em 2019, demonstrando mais uma vez a desídia e descaso (já declarado inconstitucional) do Poder Legislativo com as causas LGBTI (OLIVEIRA; CASTRO, 2021, p. 55). “No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito” (DIAS, M. B. 2021, p. 630).

Tem o Estado a função de mediador dos conflitos sociais, logo, é sua incumbência analisar a transformação da sociedade, com o objetivo de pacificação pelo amoldamento ao novo contexto apresentado pela sociedade contemporânea, por meio do Direito. O ato de deixar de reconhecer as novas formas de famílias que existem na atualidade é um retrocesso e um desrespeito à Constituição Cidadã e ao Direito das Famílias, que atualmente se pauta na inclusão e no afeto. Muito embora não haja de forma específica uma regulamentação que reconheça as famílias homoafetivas, deve-se interpretar a legislação de maneira inclusiva, uma vez que não há normas proibitivas (LÔBO, 2021, p. 41). Ainda afirmam os juristas, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 427-509) que: “[...] o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito de Família é imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais”.

Salienta-se que, a falta de legislação regulamentadora dessa união não é um impeditivo para sua existência, eis que as normas do artigo 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. A união homoafetiva possui proteção constitucional, por sua própria natureza. As regras da união estável são aplicáveis por analogia às uniões homoafetivas, por força do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, pelo fato de ser a entidade familiar que mais se assemelha à estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, e que possui as mesmas características de lealdade, respeito, assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República - PGR, em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, proposta pelo governo do Rio de Janeiro, por conta das duas ações abordarem o mesmo tema central, este sendo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pretendiam as ações, em seus pedidos, a legitimação dessa entidade familiar baseando-se na interpretação do art. 1.723 do Código

Civil, conforme a Constituição, para que fossem atendidos os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), da igualdade (art. 5º, caput, CRFB/88), da vedação de discriminação odiosa (art. 3º, V, CRFB/88), da liberdade (art. 5º, caput, CRFB/88) e da proteção à segurança jurídica (art. 5º, caput, CRFB/88). Esse julgamento marcou uma conquista inédita para as uniões homoafetivas e para o Direito das Famílias, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal ensejou o reconhecimento constitucional das relações entre pessoas do mesmo sexo pela Corte máxima do Brasil, eliminando qualquer divergência de interpretação ou polêmica que pudesse existir dentro do Poder Judiciário, até porque, a decisão teve eficácia geral e efeito vinculante para todos os órgãos judiciais e administração pública. Sobre a histórica decisão, assevera Marianna Chaves:

O julgamento do STF em 2011 sobre as uniões homoafetivas constituiu uma verdadeira ruptura de paradigmas, de consagração da igualdade, do pluralismo, da diversidade, da liberdade. Nunca é demais relembrar que a decisão da ADI 4277 e da ADPF 132 possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Ali, naquele dia, naquele momento, a Corte Maior do Brasil reconheceu – de forma unânime – as uniões homoafetivas como entidades familiares, em uma decisão que vincula todos os aplicadores das leis e operadores do Direito, assim com o legislador infraconstitucional. Naquele dia, toda e qualquer ideia de que uma união homoafetiva poderia não conformar uma entidade familiar foi dissipada (CHAVES, 2015, n.p.).

Na prática, essas decisões fizeram com que a união homoafetiva deixasse de ser classificada como uma entidade familiar autônoma, de modo a transferir a ela, por analogia, os direitos aplicáveis à união estável. Após tais julgamentos, ao invés de união homoafetiva, há casamento ou união estável, podendo ser tanto de casais heterossexuais quanto de casais homossexuais. Não há casamento ou união estável com efeitos jurídicos diferentes ou especiais em razão da sexualidade dos cônjuges, sendo os direitos e deveres jurídicos decorrentes do casamento ou da união estável iguais para o casal hetero ou homoafetivo, na relação entre os cônjuges ou companheiros e entre os pais e filhos. Isso resguarda o acesso a muitos direitos familiares, especialmente quanto aos filhos, ao regime de bens, aos alimentos e à sucessão hereditária (LÔBO, 2021, p. 41).

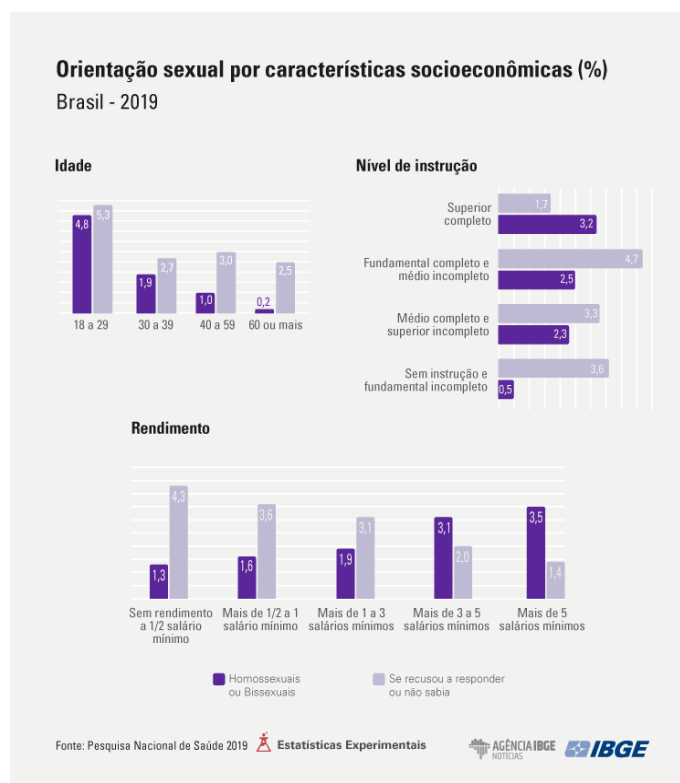
O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou, pela primeira vez, em 25 de maio de 2022, o percentual relativo à orientação sexual da população brasileira. Os dados divulgados pelo IBGE foram coletados em 2019 pela Pesquisa Nacional de Saúde (PNS). Aproximadamente 2,9 milhões de pessoas se declararam homossexuais ou bissexuais no país, e 94,8% se declararam heterossexuais. 3,6 milhões de pessoas (que representam 2,3% do total dos entrevistados) não quiseram ou souberam responder. Percebe-se que o número de pessoas que se recusaram ou não souberam responder é superior ao número de pessoas

abertamente gays e bissexuais. Da forma que expõe a coordenadora da pesquisa, Maria Lucia Vieira:

O número de pessoas que não quiseram responder pode estar relacionado ao receio do entrevistado de se autoidentificar como homossexual ou bissexual e informar para outra pessoa sua orientação sexual. Diversos fatores podem interferir na verbalização da orientação sexual, como o contexto cultural, morar em cidades pequenas, o contexto familiar, se sentir inseguro para falar sobre o tema com uma pessoa estranha, a desconfiança com o uso da informação, a indefinição quanto a sua orientação sexual, a não compreensão dos termos homossexual e bissexual, entre outros (VIEIRA, 2022 apud BARROS, 2022, n.p.).

Ainda, de acordo com a pesquisa, o maior número de pessoas que se declararam homossexuais possuem de 18 a 29 anos (4,8%) e o menor número de pessoas abertamente gays ou bissexuais são idosos de mais de 60 anos (0,2%). Ainda, os homossexuais assumidos costumam possuir nível superior completo (3,2%) e ter uma renda mensal de mais de cinco salários mínimos (3,5%). Os dados da pesquisa sugerem que a auto aceitação de brasileiros com sua própria orientação sexual é crescente, mas ainda baixa, e que indivíduos de classes sociais mais privilegiadas possuem mais condições de assumir plenamente sua sexualidade com menos temor quanto à homofobia e ao preconceito (BARROS, 2022, n.p.). A Figura 1 ilustra os dados apresentados:

Figura 1 - Orientação sexual dos brasileiros



Fonte: (IBGE).

O combate à discriminação contra os LGBTI e a tutela dos seus direitos não devem ser entendidos como a criação de novos direitos, e sim sob a visão da aplicação dos direitos humanos a todos, sem disparidade. É necessária uma aplicação prática dos princípios fundamentais atrelados aos direitos humanos: a igualdade, o respeito à intimidade, à liberdade de todos os cidadãos. É necessária a promoção de políticas públicas na área da educação, que incentivem o respeito às diferenças desde a escola, e nas áreas da segurança e da saúde, para que os indivíduos LGBTI, tão expostos à violência de todos os tipos, possam ter sua integridade física e psicológica protegidas.

2.6 Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias

O Direito das Famílias está cada vez mais se afastando de concepções tradicionais e fechadas, de modo a enxergar a convivência familiar com uma visão mais ampla, com uma perspectiva eudemonista, mais solidária e igualitária, já que um dos deveres da legislação é o de acompanhar a variedade das formações familiares e o respeito à dignidade da pessoa humana. Cada entidade familiar tem o direito de se organizar pela sua livre vontade, movida, principalmente, pelo afeto de seus membros, mesmo que saiam da estabilidade da “família padrão”.

Os artigos 226 a 229 da CRFB/88 mostram que o cerne da tutela constitucional não é mais o matrimônio (como era antes considerado) e sim, as relações familiares, de uma forma mais abrangente, de modo a tutelar antes de tudo a dignidade dos membros da família. Logo, a Constituição Federal de 1988 transformou a “família-instituição” em “família-instrumento”, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, sendo um núcleo de fulcral importância para a preservação das estruturas psíquicas dos sujeitos, o que se relaciona com a “garantia de convívio com aqueles que lhe representam afeto” (FRAGA, 2005, p. 45 apud OLIVEIRA, 2008, n.p.).

De acordo com a visão positivista clássica, a última referência do ordenamento jurídico tinha que ser uma norma fundamental abstrata, moldada pelo pensamento jurídico fictício. Essa visão do Direito se originou no século XX, justificada por Hans Kelsen pelo desfalecimento da firmeza jurídica causada pelo fortalecimento da jurisprudência de interesses e da Escola de Direito Livre. A única forma de remediar isso seria através da interpretação lógica das regras normativas *a priori*, o que garantiria que o Direito ficasse mantido em um terreno lógico bastante rigoroso. Esse campo era chamado de Ciência do Direito, em termos kelsenianos (WERNER, 2021, n.p.).

Considerando que o positivismo formal nega as lacunas existentes no ordenamento jurídico, todas as causas que não estiverem perfeitamente expressas no sistema são afastadas e ignoradas, acarretando num verdadeiro afastamento da realidade. A falha desse modelo excessivamente formal fez com que surgisse na doutrina uma necessidade de um novo sistema, que enxergasse os valores materiais que pedem uma interpretação justa da norma constitucional, visando a resolução de questões da realidade de fato, não predispostas no texto normativo (WERNER, 2021, n.p.).

Os princípios constitucionais positivos são caracterizados por princípios traduzidos em normas da Constituição ou que dela diretamente se inferem (SILVA, 2008, p. 92 apud PENNO, 2010, p. 477). Luciana Faísca Nahas elucida que a normatização constitucional se diferencia entre princípios e regras. Enquanto os princípios necessitam de critérios e serem analisados no caso concreto, além de precisarem ter uma mediação aplicadora, as regras aplicam-se de imediato e diretamente (2008 apud PENNO, 2010, p. 477). Nesse cenário, afirma José Gomes Canotilho: “que os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais” (CANOTILHO, 2003, p. 243-245). José Afonso da Silva elucida que:

Os princípios políticos-constitucionais são aqueles decorrentes de decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são normas-princípios. Por outro lado, os princípios jurídico-constitucionais são os informadores da ordem jurídica nacional, decorrem, portanto, de certas normas constitucionais e, não raramente, constituem desdobramentos ou princípios derivados dos princípios fundamentais (SILVA, 2008, p. 93 apud PENNO, 2010, p. 477).

Existe uma ligação entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, eis que os princípios são o axioma de todo um sistema, enquanto os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas. Sheila Maria Penno ainda afirma que é necessário se fazer uma análise sobre esses princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e os relacionados à família – proteção da família e proteção à criança (adotando) –, interpretados diante da premissa “afetividade” (PENNO, 2010, p. 478). Daniela Bodago de Oliveira afirma que, referente aos princípios, deve ser analisado de antemão o princípio da dignidade da pessoa humana pelo fato deste princípio representar um núcleo de valores, é capaz de conferir uma unidade teleológica a todos os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais (OLIVEIRA, 2008).

2.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana não é apreciada como uma criação constitucional, considerando que se trata de um dado já existente a toda tentativa especulativa, bem como o próprio ser humano. As Cartas Magnas brasileiras e portuguesas, reconhecendo sua importância, adicionaram ela como um dos fundamentos das repúblicas citadas. Afirma Marianna Chaves que:

para aclarar o significado da dignidade da pessoa humana, assevera a doutrina portuguesa que se trata do reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República, em virtude de ocorrências históricas de tentativa de extermínio do ser humano, tais como: genocídios étnicos, escravidão, inquisição, nazismo, entre outras (CHAVES, 2015, p. 76).

Deve-se discorrer, a princípio, que logo no primeiro artigo da CRFB/88 é dito que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, é um Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Logo, percebe-se que muito além de um princípio norteador da ordem jurídica brasileira, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Canotilho afirma que uma República fundada na dignidade da pessoa humana “toma em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, 2003 apud PENNO, 2010, p. 479).

Na temática em questão, o princípio tem relevância como princípio informador das relações entre as pessoas que compõem a sociedade, assim como ao Estado, sendo ele o responsável pela ordem jurídica. Entende-se que, o fato de não colocar a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais do cidadão, expressos no extenso rol do art. 5º da CRFB/88, mas considerá-lo um dos fundamentos da República, torna claro a meta constitucional de demonstrar o princípio como uma finalidade da sociedade. Definir o princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa difícil, ante ao seu significado abstrato e amplo, mas chegou-se a um consenso de que o princípio considera o homem um “ser em si mesmo” e não como um “instrumento para um fim” (PENNO, 2010, p. 481).

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto como um limite para a atuação do Estado, que não pode invadi-lo, e como uma obrigação prestacional do mesmo, que tem a obrigação de assegurar que todo cidadão tenha sua dignidade honrada perante a sociedade. Na estruturação da individualidade de cada pessoa, a sexualidade representa uma medida basilar da formação subjetiva da personalidade humana (CHAVES, 2015. p.79). A

problemática emerge, principalmente em relação à homossexualidade, levando-se em consideração o “caráter heterossexista e mesmo homofóbico que caracteriza quase a totalidade das complexas sociedades contemporâneas” (RIOS, 2001 apud CHAVES, 2015, p. 79).

Através do seu voto no histórico julgamento da ADI nº 4.277 que legitimou e reconheceu os direitos da união estável homoafetiva, o Ministro relator Ayres Britto fez diversas vezes menção direta ao princípio da dignidade da pessoa humana nos seus fundamentos:

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da **“dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal.** De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. [...] IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do **princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011, grifo nosso).

Assim, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana e de outros narrados a seguir, direitos igualitários precisam ser outorgados aos homossexuais, como o de contrair matrimônio, o direito à parentalidade e o direito de assumir de forma livre sua orientação sexual sem o medo de discriminação e exclusão social (CHAVES, 2015, p. 81).

2.6.2 Princípio da liberdade

Pode-se considerar que o princípio da liberdade individual se traduz, nos dias de hoje, em uma visão de privacidade, intimidade e de livre exercício da vida privada. O princípio se prova cada dia mais como a faculdade de poder realizar, sem interferências de qualquer natureza, os próprios desejos individuais, o próprio planejamento de vida, exercendo-os da forma que julgar mais viável (CHAVES, 2015, p. 81). Paulo Dourado de Gusmão traz em sua assertiva que “o homem é, por essência, liberdade” (GUSMÃO, 2006, p. 127).

No que trata sobre as relações conjugais, o princípio da liberdade afirma uma obrigação de respeito ao livre poder de escolha e autonomia, garantindo a livre formação

familiar em relações tanto heteroafetivas, como homoafetivas, e a livre dissolução delas também (divórcio ou dissolução de união estável), assim como a liberdade para estabelecer de novo tais vínculos. Também é assegurado ao casal o livre planejamento familiar, limitando o Estado a tornar possível o alcance desses planos através de meios financeiros e de educação (CHAVES, 2015, p. 83).

A liberdade é um direito fundamental que atinge pessoas em diversas dimensões. Em âmbito familiar, no rol dos direitos da criança, o direito à liberdade se expressa, por exemplo, sendo indispensável a concordância do menor, quando este tem doze anos ou mais, em ser adotado por determinada pessoa ou casal, sendo possível que o filho impugne a paternidade/maternidade levada a efeito após a maioridade. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe como direito fundamental: a liberdade de opinião e de expressão e a liberdade de participar da vida familiar e da comunidade sem discriminação (GOMES, 2021, p. 51).

Baseando-se no princípio estudado, Ana Paula Peres, ainda em 2006, quando o assunto não estava sedimentado pelo judiciário, disse que diante do cenário pós-moderno onde a família se apresenta de forma plural e diversificada, sobre laços afetivos e com o apoio constitucional que privilegia a inclusão, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, concluiu que há espaço no ordenamento jurídico para legitimar a adoção por homossexuais, quer seja realizado de modo conjunto entre os companheiros, quer separados (PERES, 2006 apud PENNO, 2010, p. 481).

2.6.3 Princípio da igualdade

A CRFB/88 garante o tratamento isonômico e a proteção igualitária a todos os cidadãos no cenário social. O cerne da questão é garantir a igualdade, em que pese ao Direito, pois a igualdade está diretamente ligada à noção de justiça. Os ideais de igualdade e justiça mudaram bastante. Hoje se tem a visão da igualdade formal, que significa conceder aos indivíduos de uma mesma categoria um idêntico tratamento. Mas não é suficiente que a lei venha a reger a todos da mesma maneira. Daí que surge a busca pela igualdade material, justamente porque existem desigualdades históricas na sociedade. Deve-se falar também na igualdade como reconhecimento, que propõe o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças (DIAS, M. B. 2021, p. 68). Quando se fala em igualdade, insta lembrar a importante frase de Rui Barbosa: “tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade” (BARBOSA apud DIAS, M.B. 2021, p. 68).

O referido princípio transformou significativamente o Direito das Famílias, principalmente no que tange à igualdade entre homem e mulher, entre os filhos e no direito das entidades familiares. Ao legislativo, o princípio tem a função de impedir a sanção de leis que promovam desigualdades, devendo trabalhar para superar as desigualdades sociais através de políticas públicas (GOMES, 2021, p. 51).

Na sua dimensão formal, o princípio da igualdade é o que promove a aplicação do mesmo direito a todos e o tratamento igualitário do Estado perante a sociedade. Nas palavras de Roger Raupp Rios: “Pode-se discutir se uma pessoa pelo fato de ter uma determinada orientação sexual está ou não impedida de adotar uma criança? Do ponto de vista do princípio da igualdade formal, essa questão não se coloca. Não há nenhuma distinção legal que proíba, por exemplo, um homossexual de adotar uma criança” (RIOS, 2003 apud GOMES, 2021, p. 52).

No tocante às questões de sexualidade e gênero, tal princípio é importante para um tratamento igual dos indivíduos perante a lei, autorizando que exista um tratamento diferenciado apenas quando houver motivo para tal. Se não existir motivo para a aplicação de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório (ALEXY, 2008 apud GOMES, 2021, p. 52). Disso se retira que, somente a igualdade formal, por vezes, não é capaz de tornar acessível aos socialmente desfavorecidos os mesmos direitos já consagrados aos mais favorecidos. Desse modo, a igualdade hodiernamente deve ser vista como um princípio dinâmico, utilizado para sanar desigualdades históricas (GOMES, 2021, p. 52).

A ideia de tratamento jurídico isonômico para homossexuais e heterossexuais verifica-se pela transformação da igualdade formal, da tolerância e do respeito à diversidade, do juízo de direito de uma minoria para a igualdade de direitos de todos os cidadãos (CHAVES, 2015, p. 88).

2.6.4 Princípio da afetividade

A afetividade é o princípio que dá a base do Direito das Famílias contemporâneo, na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, visto com importância superior aos ideais de patrimônio ou estritamente biológicos (DIAS, M. B. 2021, p. 74).

Após a promulgação da Constituição de 1988 e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana como um pilar fundamental da República, o valor humano tomou importância acima de qualquer outra disposição do Direito. Tal fenômeno proporcionou a legitimação de novos interesses jurídicos que não possuíam relevo jurídico até então, a exemplo do afeto. O princípio do afeto está muito próximo do princípio da dignidade

da pessoa humana, uma vez que é o princípio norteador das relações familiares e da solidariedade no âmbito da família (GOMES, 2021, p. 54).

Não importa se a CRFB/88 não cita expressamente as palavras afeto ou afetividade, pois o princípio segue sendo visto como a essência de diversos outros princípios, sobretudo o maior deles, o da dignidade da pessoa humana. Caso preste atenção no extenso rol de direitos individuais e sociais elencados como meio de assegurar a dignidade de todos, percebe-se que ali se firma o primeiro obrigado a garantir o afeto por seus cidadãos: o próprio Estado (DIAS, M. B. 2021, p. 75). A constitucionalização do afeto se deu, por exemplo, com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sendo, consequentemente, protegida pelo Estado e considerada como base da sociedade, por força do art. 226, *caput*, da CRFB/88.

O afeto recebeu status jurídico e, como consequência, elevou-se ao patamar de princípio como resultado de uma caminhada histórica que possui grande responsabilidade do discurso da psicanálise. O desejo e o amor são reconhecidos como bases das relações conjugais e parentais. As relações de família devem ser orientadas de modo a promover a felicidade de seus entes (PEREIRA, 2018 apud GOMES, 2021, p. 55).

Com fundamento no art. 1.511 do Código Civil, a relação do matrimônio gira em torno do afeto (plena comunhão de vidas). De forma mais profunda, considera-se o afeto como o núcleo que qualifica as relações entre companheiros, notadamente quanto à informalidade da relação que existe entre tais. Dessa forma, considera-se que o afeto também norteia os laços de amor entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que, cabalmente, tais relações em nada se diferem das relações entre pessoas de sexo distinto (CHAVES, 2015, p. 92).

No âmbito parental, vislumbra-se o afeto como uma ação que consiste no dever de cuidado, proteção e assistência dos genitores quanto aos seus filhos menores, e dos filhos maiores quanto aos genitores idosos. Tal princípio é fundamental para o pleno desenvolvimento psíquico, físico, emocional e social de um ser humano (GOMES, 2021, p. 55).

2.6.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O referido princípio está expresso no *caput* e nos demais parágrafos do artigo 227 da Carta Magna, interpretado de maneira conjunta ao princípio da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana. Observa-se que o cuidado imprescindível e absoluto da criança e do adolescente passou a receber status constitucional. Com isso, nota-se uma inversão de valores, tendo em vista que o filho deixa de ser visto como uma figura de segundo plano na

relação familiar e alcança posto de sujeito de direitos, que merece total atenção e cuidado, considerando que ainda é um ser humano em processo de desenvolvimento intelectual, físico, espiritual, moral e social (GAMA, 2003 apud GOMES, 2021, p. 56).

É possível fazer um paralelo entre o referido princípio e o princípio da igualdade na medida em que foi assegurado aos filhos os mesmos direitos e qualificações, com vedação a designações discriminatórias, por força do art. 226, §4º da CRFB/88. Não há mais que se falar em filho ilegítimo, legítimo, natural, incestuoso, espúrio, biológico ou adotivo. Filho é apenas filho (DIAS, M. B. 2021, p. 71).

A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, aprovada em 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710 de 1990. Dele pode-se retirar a defesa do melhor interesse da criança como guia de todas as ações relacionadas aos infantes, de modo a proporcionar absoluto amparo à criança e ao adolescente.

Na assertiva de Paulo Lôbo, o princípio da proteção integral não é apenas uma recomendação ética, mas uma diretriz determinante nas relações de crianças e adolescentes com seus pais, com a sociedade e com o Estado. A maior fragilidade dos cidadãos menores de dezoito anos, natural de pessoas que ainda estão se desenvolvendo, faz com que os destinatários sejam sujeitos de direito especial (LÔBO apud DIAS, M. B. 2021, p. 72).

O princípio do melhor interesse da criança tomou posição de extrema importância na jurisprudência. Fazendo a análise pela ótica temática, o princípio já motivou o deferimento da dupla maternidade/paternidade até mesmo antes do reconhecimento da união homoafetiva pelo STF e segue motivando decisões relacionadas aos interesses de menores até os dias de hoje. Referente a isso, traz o seguinte julgado do STJ de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: “A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017). Verifica-se que o princípio já foi considerado como de maior importância até mesmo quando comparado com as normas técnicas do processo de adoção, presentes no ECA, devendo ser sopesado com as normas apresentadas no dispositivo.

2.6.6 Princípio do pluralismo das entidades familiares

A Lei Maior, ao consagrar o afeto como base da organização familiar, pluralizou o conceito de família que não se restringe mais à entidade proveniente do casamento. O art. 226 da CRFB/88 deve ser visto como uma cláusula geral de inclusão, de forma a não deixar de

abarcam qualquer entidade familiar que satisfaça os critérios de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (LÔBO, 2022, p. 86).

Por razão das uniões extramatrimoniais não serem consideradas entidades familiares, viam como abrigo o direito obrigacional, como se fossem sociedades de fato. Ainda que não indicadas expressamente, as uniões homoafetivas foram reconhecidas como entidades familiares pela Justiça (DIAS, M. B. 2021, p. 71).

A distância entre a realidade social de fato e o direito positivo faz surgir um debate sobre qual o verdadeiro papel do operador do Direito na busca de soluções para os casos concretos. As entidades familiares, cada vez mais plurais e diversificadas, reclamam reconhecimento e proteção específica do Estado (GOMES, 2021, p. 53).

Como aduz Marianna Chaves, a forma plural de se constituir família representa uma grande ruptura com a noção única de família, instituída pelo matrimônio. Aceitar que formações familiares que rompem os padrões tradicionais merecem a mesma proteção jurídica do Estado é o que simboliza o princípio do pluralismo familiar e o princípio da liberdade e da igualdade, todos importantíssimos na sociedade atual (CHAVES, 2015, p. 92).

2.7 Homoparentalidade

Apesar do modelo tradicional da família patriarcal, não é exigência específica que uma família seja formada por um homem, uma mulher e seus filhos. Em fato, esse pensamento vai justamente contra o princípio do pluralismo das entidades familiares, já visto acima. É inegável que casais homoafetivos se constituem da mesma forma que casais heteroafetivos: por um vínculo de afeto. Outro paradigma que deve ser quebrado é a ideia que casais homoafetivos, por não possuírem capacidade reprodutiva, não podem ter filhos, ideia já superada pelos institutos da adoção e da reprodução assistida (DIAS, M. B. 2021, p. 229).

No Brasil, a promulgação da CRFB/88 reconhecendo expressamente a família monoparental demonstra a completa dissociação do estatuto jurídico do casamento e união estável, do estatuto jurídico da filiação. Na verdade, a Carta Maior reconheceu que todos os indivíduos podem exercer seu direito ao projeto parental livremente, independentemente de laços matrimoniais. Garante, ainda, que o planejamento familiar se baseia nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, vedando ao Estado a interferência no exercício desse direito. Desse entendimento, pode-se retirar que há um direito fundamental à reprodução e consequente formação familiar (CHAVES, 2015, p. 305). Caso haja a negativa do direito à parentalidade, em razão da homossexualidade de um indivíduo ou casal, se

configura violação aos seus direitos fundamentais à igualdade e à não discriminação, liberdades fundamentais de todos os cidadãos (CHAVES, 2015, p. 306).

São variadas as formas que constituem famílias homoparentais. O genitor que possui a guarda dos filhos pode assumir a orientação homossexual após um período mais tardio de sua vida. Nesse caso, ele e seu companheiro passam a exercer juntos funções parentais, possibilitando que ocorra, através da convivência, a posse de estado de filho do parceiro do genitor com o filho. É cediço que os vínculos de afinidade e afetividade são o que originam a filiação socioafetiva (DIAS, M. B. 2021, p. 230). Inclusive, a filiação socioafetiva é o fundamento da chamada adoção unilateral, fenômeno que será exposto mais profundamente no decorrer deste trabalho. O laço socioafetivo é um dos critérios que dispensa o cadastramento do adotante, segundo o art. 50, §13, I, do ECA.

Os modernos procedimentos médicos para a reprodução assistida romperam a ligação, até então, indissociável, entre procriação e sexo, possibilitando a reprodução humana sem a realização de nenhum ato sexual. Ainda, as técnicas avançaram de modo a tornar viável um ato que até então só seria possível para um casal heteroafetivo, de modo que agora, uma mulher pode gestar uma criança sem que tenha que se unir, de maneira física ou emocional, com um homem (CHAVES, 2015, p. 307).

Considerando a lacuna legislativa brasileira referente à homoparentalidade, é nítido que os efeitos gerados pela formação do vínculo homoparental acabam enfrentando obstáculos, cabendo ao julgador usar de analogias e aplicar princípios gerais na apreciação dos casos concretos (GOMES, 2021, p. 60).

2.7.1 Monoparentalidade

A família monoparental define-se como a entidade familiar que é integrada por um dos pais e seus filhos menores. Tal formação familiar pode ser formada por vontade do genitor ou genitora ou por variadas causas circunstanciais, como: viuvez, separação de fato, divórcio, relação extraconjugal ou adoção de filho por um indivíduo só. Não importa qual seja o motivo, os efeitos jurídicos são os mesmos quanto à autoridade parental e o estado de filiação (LÔBO, 2022, p. 91).

Expressa a CRFB/88 em seu art. 226, §4º que a família monoparental é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988). Salienta-se que não há nenhuma regulamentação específica no Código Civil ou lei especial para essa formação familiar (TARTUCE, 2022, p. 62). De igual maneira, Maria Berenice Dias expõe

que a família monoparental é a constituída pela relação que existe entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção estatal (2021, p. 455).

Eduardo de Oliveira Leite julga melhor utilizar a expressão “famílias monoparentais”, refletindo que uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. No Brasil, a Constituição falou apenas em descendentes, de forma a nos levar a crer que o vínculo de responsabilidade genitor x filho dissolve-se de forma natural com a maioridade de dezoito anos, conforme o art. 5º do Código Civil (LEITE, 2003 apud TARTUCE, 2022, p. 62).

Importante frisar que as funções parentais não se confundem com a orientação sexual do indivíduo, isso quer dizer que, independentemente de a formação familiar ser monoparental, homoparental, biparental ou multiparental, o aspecto da parentalidade diz respeito ao exercício de direito e deveres dos genitores quanto aos cuidados com seus filhos (GOMES, 2021, p. 39). É fato que, somente após o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo Judiciário é que casais homoafetivos puderam realizar a parentalidade em conjunto. Porém, um indivíduo homossexual, desde a promulgação da Constituição de 1988 já pôde ser pai ou mãe, pelo fato de a Carta Magna reconhecer a família monoparental, podendo exercer esse direito, por exemplo, através da adoção.

2.7.2 Biparentalidade homoafetiva

Segundo Christiano Cassettari, a bipaternidade ou a bimaternidade é a “hipótese de se ter duas mães ou dois pais no registro de nascimento, presente nos casos de homossexuais que querem ter filhos” (CASSETTARI, 2015, p. 160). O fenômeno também é chamado de “biparentalidade homoafetiva”, tendo em vista que o sentido tradicional de biparentalidade é a presença de um pai e uma mãe. A Figura 2 a seguir ilustra o entendimento:

Figura 2 - Diferentes parentalidades

Nomenclatura	Conceito
MULTIPARENTALIDADE PATERNA	3 ou mais pessoas como genitores, com dois ou mais pais do sexo masculino
MULTIPARENTALIDADE MATERNA	3 ou mais pessoas como genitores, com duas ou mais mães do sexo feminino
BIPARENTALIDADE	1 pai e 1 mãe de sexos distintos
BIPATERNIDADE (ou Biparentalidade Paterna)	2 pais do sexo masculino apenas
BIMATERNIDADE (ou Biparentalidade Materna)	2 mães do sexo feminino apenas

Fonte: (CASSETTARI, 2015, p. 160).

Cassettari afirma que a dupla maternidade ou paternidade passou a surgir no Brasil no momento em que os tribunais começaram a autorizar a adoção conjunta para casais homoafetivos (2015, p. 160). De acordo com Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf: “A biparentalidade, que indica a presença do pai e da mãe, inclui na atualidade o estabelecimento de elos de filiação também nas famílias formadas por pessoas do mesmo sexo ou nos estados intersexuais” (MALUF; MALUF, 2021, p. 478).

O Conselho Federal de Medicina autorizou de forma expressa o uso das técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos. Como a escolha de gerar prole é do casal, é impreterível que se garanta aos indivíduos LGBTI o direito de registrar os filhos no nome de ambos ou ambas. O Provimento nº 63 do CNJ regulamenta o registro de nascimento dos filhos gerados por reprodução assistida, diretamente junto ao Cartório do Registro Civil, de forma que não é necessária ação judicial.

Importante ressaltar que a bimaternidade e a bipaternidade não são sinônimos de multiparentalidade, tendo em vista que esta necessita da presença de três ou mais genitores no registro de nascimento do menor, ao passo que a dupla meternidade/paternidade é representada pela situação de se ter dois pais ou duas mães na certidão de nascimento (CASSETTARI, 2015, p. 160).

A filiação é um dos mais importantes parentescos dentro do organismo familiar. É conceituada como a relação jurídica advinda do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida entre pais e filhos. O fortalecimento da verdade afetiva em vista da verdade biológica fez com que fosse ampliada as possibilidades de filiação. A filiação, nos dias atuais, passou a ser reconhecida perante a existência de um vínculo de afeto paterno-filial

e, conseqüentemente, também a parentalidade, derivada do estado de filiação, sendo possível afirmar que toda parentalidade é, necessariamente, socioafetiva (GOMES, 2021, p. 61).

3 ADOÇÃO

3.1 Contexto histórico

A origem da adoção é longínqua e remonta a um período anterior ao direito romano. Os Códigos de Manu e de Hamurabi já traziam referências ao que viria a ser o instituto, que foi recebido também na Grécia Antiga, onde muitos consideravam que traria o fim da família e o via como uma grande desgraça, demonstrando que a preocupação com a consanguinidade não é uma questão atual na sociedade. Até então, a adoção era vista apenas em âmbito sucessório, com o intuito de nomear um filho adotivo no caso de o sujeito ter morrido sem deixar um filho homem (TEPEDINO, 2020, p. 261).

Em Roma, os imperadores Tibério, Calígula, Nero, Trajano e outros eram filhos adotivos, um dos fatos que trouxe à adoção formas mais complexas. Conforme expõe Gustavo Tepedino:

O Direito Romano previa três tipos de adoção: a *adoptio per testamentum*, derivada de ato de última vontade do testador, destinando-se a produzir efeitos *post mortem*; a *ad rogatio*, formada pela manifestação de vontade do adotante e do adotado; e a *datio in adoptionem*, que consistia na entrega de um incapaz em adoção (TEPEDINO, 2020, p. 261).

Na Idade Média, houve um certo repúdio quanto à adoção em vista do fortalecimento do direito canônico que prezava pelo sacramento do matrimônio. Foi, no entanto, no primeiro Código Civil da França de 1804 (o Código de Napoleão) que a adoção veio a alcançar um maior status de direito, tendo se assemelhado à filiação oriunda do casamento. Josefina, esposa de Napoleão Bonaparte, era estéril e impossibilitada de dar um herdeiro ao imperador, que motivou este a conferir no Código Civil os mesmos direitos dos filhos biológicos aos filhos adotivos, objetivando perpetuar seu domínio (PEREIRA, 2020, p. 453).

Enfim, no Brasil, a adoção foi prevista nas Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas, seguindo-se, as normas aplicáveis ao direitos civis (inclusive a adoção) foram sistematizadas pela “Consolidação das Leis Civis” de Teixeira de Freitas, adquirindo notável destaque no Código Civil de 1916. A adoção prevista entre os artigos 368 e 378 do referido texto legal pouco se diferenciava da família natural, eis que era insuscetível de estabelecer vínculo de parentesco entre o adotando e os parentes do adotante (CC/1916, art. 376), podia se constituir apenas por ato jurídico consensual (CC/1916, art. 375) e não era irrevogável, admitindo-se a extinção do vínculo (art. 374, CC 1916). Ainda, os adotantes deveriam obrigatoriamente ser casados, com idade superior a 50 anos e sem nenhum outro filho.

Marone (2016 apud RIBEIRO, 2019, n.p.) esclarece sobre a não preocupação com os interesses do adotado no Código Civil de 1916, de forma a priorizar o melhor benefício do adotante. Nota-se que, com exceção do poder familiar, nem mesmo existia uma interrupção de direitos e deveres com os pais biológicos do adotado, sendo ele legitimado a receber a herança dos pais biológicos mesmo após efetivada a adoção. Com a promulgação da Lei nº 3.133/57 a adoção foi outorgada às pessoas que manifestassem a vontade de adotar, independentemente de serem ou não incapazes de conceber filhos naturalmente. O adotado, no entanto, não tinha os mesmos direitos de um filho biológico, eis que não tinha direito a sucessão hereditária. No entanto, a lei flexibilizou regras, uma vez que diminuiu de 50 para 30 anos a idade mínima do adotante, com diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotado (RIBEIRO, 2019, n.p.).

A Lei nº 4.655/65 trouxe a legitimação adotiva que amparou os menores de idade abandonados, de forma a desconsiderar os laços sanguíneos com a família biológica, pela homologação da sentença concessiva da legitimação, estabelecendo vínculo de 1º grau entre o adotante e o adotado. Tal lei foi revogada em 1979 com a instituição do Código de Menores (Lei 6.697/79). O código reconheceu juridicamente dois tipos de adoção na legislação do Brasil: a adoção simples e a adoção plena (RIBEIRO, 2019, n.p.).

A promulgação da Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, alterou de forma definitiva a ideia de adoção, inadmitindo quaisquer diferenciações entre os filhos adotivos e os filhos consanguíneos, da forma que expõe o art. 226, §5º da referida Carta. O caráter de excepcionalidade da adoção frente ao convívio com a família biológica também é um princípio trazido pela Constituição Cidadã e, posteriormente, seguido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dispositivo editado em 1989 para dar efetividade ao comando constitucional e regulamentar o processo de adoção daquele momento em diante. Conforme elucidam Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf:

Na prática, a adoção, por ser medida excepcional, que rompe os vínculos do menor com sua família originária, biológica, e o introduz numa outra, socioafetiva, deve processar-se apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, como prevê o art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (MALUF; MALUF, 2021, p. 574).

Dois tratados internacionais agregam-se às leis brasileiras: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, também chamada de Convenção de Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança (DIAS, M. B. 2021, p. 41).

Recentemente, a Lei 13.509/17 alterou o ECA e o Código Civil, de modo a trazer normas que facilitem e encurtem o processo de adoção, que em regra é bastante lento. Dentre

as alterações, pode-se citar a redução do prazo máximo de acolhimento institucional de crianças e adolescentes para dezoito meses, o prazo de noventa dias para a fixação do estágio de convivência por autoridade do Judiciário, podendo, embora, ser prorrogado por decisão magistral (GOMES, 2021, p. 69).

3.2 Adoção homoparental

Hodiernamente, o afeto tomou grande importância no ambiente do Direito das Famílias, de modo a vincular os seus integrantes por meio dos laços do amor, do companheirismo, da solidariedade e do afeto. Pensando-se que a principal perspectiva a ser considerada no âmbito das relações familiares é o entendimento que o afeto e o amor são a base da família, insta que seja falado do instituto da adoção, sobretudo promovida por casais homoafetivos (GOMES, 2021, p. 70).

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira: “adoção” - do latim *adoptare*, é o ato de tomar alguém por filho (PEREIRA, 2018, p. 56). Para Maria Berenice Dias, a adoção “trata-se de modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção” (DIAS, M. B. 2021, p. 332). Adoção homoparental é a adoção por casal de pessoas do mesmo sexo. Em nenhum momento o ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa, proibiu as adoções por casais homoafetivos, no entanto, sempre existiram entendimentos contrários e favoráveis ao assunto de acordo com a concepção moral particular dos envolvidos nos referidos processos (PEREIRA, 2020, p. 461).

A adoção está condicionada às exigências previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente no que dispõem seus artigos 42 e 43, que aludem às regras referentes ao Princípio do Melhor Interesse da Criança. É, então, expressamente necessária a prova de que o novo vínculo parental apresentará reais vantagens ao adotado, este que deve ser pelo menos 16 anos mais novo que o adotante, conforme o art. 42, §3º do ECA. O estado civil ou orientação sexual do adotante é indiferente para o processo de adoção, de maneira que reflete a Ministra Nancy Andrighi em seu voto:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.[...] De fácil vislumbre que o recorrente, no particular, tem por objetivo tísar o pretendido ato de adoção, aludindo que não haveria reais vantagens para adotanda, mas ao revés, a condição de dupla maternidade acabaria por expor situação de constrangimento para a menor. Esse debate, inevitavelmente se confunde com a opção sexual da adotante, pois o recorrente se foca nessa singularidade para apontar os inconvenientes da adoção *in casu*, **unilateral, ou mesmo da adoção conjunta por casal homoafetivo**. Nesse aspecto, um primeiro e fundamental elemento de distinção deve ser evidenciado: **a homossexualidade diz respeito, tão só à opção sexual. A parentalidade, de outro**

turno, com aquela não se confunde, pois trata das relações entre pais/mães e filhos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, grifo nosso).

O tema ainda gera grande discussão, mas claro é que inexistiu obstáculo legal para a adoção de filhos por homossexuais. Fazendo uma análise do passado recente, homossexuais costumavam se candidatar individualmente para a adoção, de forma que não os questionavam se mantinham relacionamento homoafetivo. Tal fato passou a ser possível com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que reconheceu expressamente a família monoparental como entidade familiar: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988).

Porém, não era feito o estudo social com o companheiro ou companheira do adotante, o que fazia a habilitação ser deficiente e incompleta pois deixava de prestar atenção aos maiores interesses do adotando. Tal resultado poderia vir a se tornar prejudicial à criança filha de casal homoafetivo, por possuir vínculo jurídico apenas com um do par, ficando absolutamente desamparada perante o outro, que poderia também ser considerado pai ou mãe mas não possuía as responsabilidades que decorrem do poder familiar. Maria Berenice Dias afirma que o fato de não se estabelecer um vínculo de obrigação parental tornava um dos pais absolutamente irresponsável em relação ao filho que também era seu (DIAS, M. B. 2021, p. 358).

Antes do julgamento da ADI 4277, pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de adoção conjunta, em âmbito de relação homoafetiva, tinha como obstáculo o requisito do estado civil dos adotantes que, segundo o artigo 42, §2º do ECA, precisariam ser casados civilmente ou constituir união estável. É necessário rememorar que até aquele momento as uniões homoafetivas não eram reconhecidas como uniões estáveis e, por conseguinte, não podiam ser convertidas em casamento. Nem tão pouco o casamento civil podia ser realizado por pessoas do mesmo sexo, esbarrando-se na interpretação literal do art. 226, §3º da CRFB/88 que só admite como entidade familiar a união entre homem e mulher.

Após a histórica decisão do STF, são reconhecidos às uniões homoafetivas os mesmos direitos das uniões heteroafetivas, dentre eles, o de adotar conjuntamente. No entanto, o assunto ainda traz sérios entraves ao Judiciário e é motivo de muita discussão social, sobretudo quanto às possíveis consequências que ser filho de casal homoafetivo pode, ou não, gerar. A falta de legislação específica para o tema fragiliza o acesso ao direito e permite que discricionariedades ocorram, havendo disparidade nas decisões judiciais ao redor do Brasil, que acabam por desembocar nos Tribunais Superiores (GOMES, 2021, p. 71).

No entanto, insta frisar que até mesmo antes da ADI 4777, alguns juízes de maneira pioneira já deferiram adoções por casais homoafetivos, como expõe Maria Berenice Dias:

Mesmo antes da histórica decisão do STF reconhecendo a união estável homoafetiva, o STJ já havia admitido a adoção a casais formados de pessoas do mesmo sexo. As justiças estaduais há muito já admitiam a parentalidade homoafetiva, e agora estão aceitando a multiparentalidade, principalmente nas hipóteses de reprodução assistida. Todos os envolvidos no processo procriativo podem assumir a paternidade do filho (DIAS, M. B. 2021, p. 358).

Mas o deferimento não era um fenômeno jurídico consolidado e muitos juízes não aceitavam casais homoafetivos nos cadastros de adoção, fundamentando-se na impossibilidade jurídica do pedido, sem ao menos fazer o estudo psicossocial. É notável que por trás dessa alegada “impossibilidade jurídica”, em muitos casos, vislumbrava-se uma relutância do magistrado em lidar com um fato social que já era presente, mas considerado por muitos como algo novo e polêmico. Nota-se que diante da máxima constitucional da proibição da discriminação por qualquer natureza (incluindo orientação sexual) o ECA não veda a inserção de infantes em famílias substitutas biparentais homossexuais (CHAVES, 2015, p. 344).

3.2.1 Adoção unilateral

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, adoção unilateral “é a modalidade de adoção pela qual o novo cônjuge ou companheiro adota filho do outro, formando-se, conseqüentemente, um novo vínculo jurídico familiar” (PEREIRA, 2020, p. 459). É, dessa forma, estabelecida uma biparentalidade de fato do filho com o cônjuge do genitor. É uma forma particular de adoção, de caráter híbrido, tendo em vista que autoriza a troca de somente um dos genitores e respectiva ascendência.

Dentre as hipóteses de ocorrência da adoção unilateral estão: a) na constância do nome de apenas um dos genitores na certidão de nascimento do adotando, cabendo a ele a autorização da adoção pelo novo cônjuge/companheiro, ou ainda de terceiro que não seja seu cônjuge/companheiro, já que a parentalidade pode estar dissociada da conjugalidade; b) na hipótese do adotando ter sido registrado por ambos os pais, porém, de um deles decair o poder familiar; c) em caso de morte de um dos genitores do adotando, o companheiro/cônjuge do genitor sobrevivente tem a faculdade de adotar o filho (PEREIRA, 2020, p. 459).

Na adoção unilateral, rompe-se o vínculo apenas de um dos pais biológicos, de forma que o adotando mantém o vínculo com o outro genitor ou outra genitora. Na hipótese de estar expresso apenas o nome de um dos genitores na certidão de nascimento, insta existir a

anuência do pai ou da mãe presente no registro. Agora, no caso de existir também o nome do outro pai ou mãe, urge que se realize a destituição do poder familiar do genitor que irá perder o vínculo com o adotando (TEPEDINO, 2020, p. 272).

A adoção unilateral dispensa o procedimento de cadastramento do adotante, de forma que pode ser direcionada a uma certa pessoa. Em contrapartida, o pedido de adoção está sujeito ao preenchimento das requisições legais presentes nos artigos, 42 e 43 do ECA, de forma que verifiquem se a adoção trará vantagens para o menor, analisando o comportamento e hábitos dos adotantes e também o verdadeiro ânimo deles, seja um pedido de casal homo ou heteroafetivo (GOMES, 2021, p. 72). Os indivíduos homossexuais solteiros que decidam adotar filhos, pelos laços de afeto e amor, constituem família monoparental, forma de família protegida constitucionalmente.

Acontece que, historicamente, homossexuais se socorreram da adoção unilateral como única forma de exercer a parentalidade, uma vez que a união homoafetiva não era considerada união estável, o que impossibilitava a adoção conjunta. Além disso, conta-se também com o preconceito do Judiciário, que podia criar embaraços à adoção homoparental com viés nitidamente discriminatório, quando o que deveria prevalecer era o princípio do melhor interesse da criança (GOMES, 2021, p. 73).

Em 27 de abril de 2010, após decisões favoráveis nas primeiras instâncias, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à coparentalidade por casal homoafetivo pela primeira vez no Brasil. O caso foi de adoção unilateral requerendo a adoção de duas crianças, irmãos biológicos, que já estavam registradas como filhos da esposa da requerente. A decisão ocasionou uma verdadeira virada jurisprudencial e é vista como a “porta de entrada” para adoção de casais homoafetivos no país. Luciana Reis e Lúcia Brignol viviam em união estável desde 1998, e tinham dois filhos, de 7 e 6 anos de idade. No entanto, as crianças estavam registradas apenas no nome de Luciana como mãe-solo. Tal situação gerou frustração nos próprios filhos, que viam ambas como suas mães. A decisão levou em consideração o afeto, a existência de vínculo familiar e o melhor interesse das crianças, conforme demonstra o voto do relator Min. Luis Felipe Salomão:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de **requerente que vive em união**

homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". [...] 6. **Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam 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 a seus cuidadores.** [...] É incontroverso que existem **fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores** sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. [...] 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, **há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA.** Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010, grifo nosso).

A escolha da adoção unilateral promovida por indivíduo em relação homoafetiva muitas vezes se dá por conta da omissão legal e do preconceito que existe no Poder Judiciário. Com grande medo de não conseguir adotar conjuntamente, muitos homossexuais acabam fazendo o pedido unilateralmente. Tal atitude, no entanto, não é a melhor pensando pelo princípio do melhor interesse da criança, eis que prejudica a criança ou o adolescente que só terá acesso aos direitos advindos da filiação (como alimentos e direitos sucessórios) em relação a um dos cônjuges (CRISTO, 2015, n.p.).

Nos casos de família recomposta, não há que se deixar de pensar nos laços afetivos que o parceiro homoafetivo poderá construir com o filho do companheiro. Nesses casos, hodiernamente, nada afasta a possibilidade de uma adoção unilateral, deixando constar o duplo registro civil de maternidade ou paternidade, na certidão de nascimento do adotado (GOMES, 2021, p. 73). Ocorre que, a união estável homoafetiva só foi reconhecida pela Suprema Corte em 2011, deixando casos anteriores à mercê da decisão judicial, que poderia ser contra ou a favor do indivíduo homossexual. Foi o caso de um famoso julgamento brasileiro. Em 29 de dezembro de 2001, a cantora e compositora Cássia Eller faleceu, aos trinta e nove anos, vítima de uma parada cardiorrespiratória. A cantora manteve uma união estável durante quatorze anos com a professora Maria Eugênia Vieira Martins, sua companheira, que ajudou a criar Francisco "Chicão" Ribeiro Eller, filho de Cássia Eller, que tinha apenas oito anos de idade na época (CHIARINI JÚNIOR, 2003, n.p.).

Ocorre que, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a morte da genitora, a tutela e a guarda legal do menor deveria ir para os familiares mais próximos, sendo a decisão feita pelo juiz de primeiro grau. No caso, seriam os avós maternos já que, até então, a união estável entre homossexuais não era assegurada, logo, Maria Eugênia não era “parente” da criança. Maria Eugênia manteve, durante anos de convívio, um estreito laço de afetividade com Francisco, cuidando de suas tarefas escolares, de sua saúde e alimentação (conforme comprovou em juízo). Em janeiro de 2002, o juiz responsável concedeu a tutela provisória da criança à Maria Eugênia. O avô materno de Francisco, pai de Cássia Eller, recorreu da decisão, requerendo a tutela do menor, mas teve o pedido indeferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em 31 de outubro de 2002, o juiz da 2ª Vara da Família e Sucessões do Fórum do Rio de Janeiro deferiu à Maria Eugênia a tutela de Francisco em caráter definitivo, por entender ser esse o caminho que representava o melhor interesse da criança (CHIARINI JÚNIOR, 2003, n.p.). Nota-se como o princípio do melhor interesse da criança é primordial nas decisões envolvendo o interesse dos infantes. Nos dias de hoje, após o reconhecimento da união homoafetiva como união estável e a possibilidade da dupla maternidade, a adoção unilateral poderia ter sido feita antes do falecimento da cantora, o que pouparia todo esse processo longo e desgastante.

3.2.2 Adoção conjunta

A legislação brasileira (art. 42, §2º, do ECA) proíbe que a mesma pessoa seja adotada por dois indivíduos, exceto se os dois indivíduos forem cônjuges ou convivam em união estável. Tal proibição vem do histórico do direito das famílias proveniente do Código Civil anterior, fortemente influenciado pelo Direito Canônico no que tange à proteção do matrimônio. Em verdade, não é a melhor opção legislativa, uma vez que instaura um obstáculo legal às diferentes formas de família de fato existentes na sociedade brasileira, que não se enquadram nesse modelo. A autorização de adotar dada aos companheiros de união estável foi uma forma de relativização da regra na Carta Magna. Dessa forma, assevera Paulo Lôbo:

Em suma, a norma legal brasileira permite que um possa adotar; dois possam adotar, desde que sejam casados ou companheiros de união estável; mais de dois não podem adotar a mesma pessoa. Em virtude da decisão do STF na ADI 4.277/2011, com efeito vinculante, o casal homoafetivo tem os mesmos direitos conferidos aos companheiros da união estável, o que inclui o direito de adoção conjunta. (LÔBO, 2021, p. 135).

A legislação brasileira não proíbe a adoção conjunta por divorciados ou separados judicialmente que possuam o interesse em adotar, exigindo-se que o estágio de convivência tenha começado enquanto ainda eram casados ou conviviam em união estável. Os pais devem também estar de acordo sobre a guarda e o regime de convivência. Conforme a nova lei, 13.509, de 22 de novembro de 2017, que alterou o ECA (Lei 8.069/90), o *novatio legis* trouxe uma maior celeridade e base sólida ao processo de adoção e a relação familiar de adotante e adotado, dando o prazo máximo de 90 dias para o estágio de convivência, com supervisão do juiz e fixado antes da sentença, sendo prorrogável por igual período (na lei anterior não havia um lapso temporal determinado, ficando a critério da avaliação judicial). Ainda, o estágio completo de convivência deverá ser cumprido em território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente (CUNHA, 2017, n.p.).

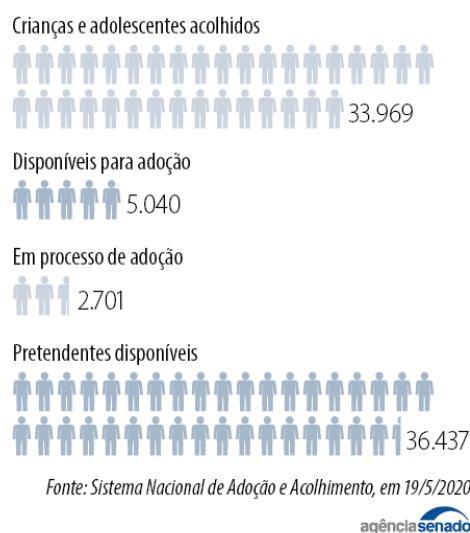
Antes do julgamento da ADI 4277, pelo STF, os casais homoafetivos tinham um empecilho para conseguir o acesso à adoção conjunta: o estado civil, tendo em vista que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não eram consideradas uniões estáveis, acarretando na impossibilidade de convertê-la em casamento. Aos homossexuais sobrava apenas a possibilidade de adoção unilateral. Após a decisão referencial da Suprema Corte, a adoção por casais homoafetivos ganhou uma nova possibilidade, mais igualitária e mais alinhada com o princípio do melhor interesse da criança. No entanto, é cristalino que o ordenamento jurídico brasileiro não enfrenta a questão da homoparentalidade de maneira direta. Não são criadas ou incentivadas políticas públicas para combate à homofobia e discriminação desses casais e de sua prole, nem leis específicas, que legitimem e protejam essa parcela da sociedade. (GOMES, 2021, p. 77). De acordo com Gabriela Giaqueto Gomes “A ausência de legislação específica favorece o preconceito e impede que questões referentes a essa problemática sejam decididas de maneira uniforme, isto é, a partir de um mesmo referencial”. (GOMES, 2021, p. 78).

Ademais, todo casal, não importando o gênero ou orientação sexual, tem o direito de idealizar o planejamento familiar que melhor atenda seus interesses, com fundamento no art. 226, §7º, CRFB/88. Logo, sendo a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável uns dos limites do direito ao planejamento familiar, previsto de maneira expressa no art. 226, §7º, CRFB/88, não está o Estado autorizado a utilizar a orientação sexual dos adotantes como um meio de interferir na livre decisão do casal em constituir prole pela adoção. Conforme expõe Gustavo Tepedino: “Daí se conclui que a homoafetividade não tem qualquer relação com o exercício da autoridade parental e com o tratamento que cada pai ou mãe dá ao seu filho” (TEPEDINO, 2020, p. 278).

É importante salientar que a ausência de lei regulamentadora dessa união não acarreta o impedimento da sua existência, eis que as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. A união homoafetiva, equiparada à heteroafetiva, é protegida pela Constituição enquanto tal, com sua própria natureza. As normas da união estável se aplicam por analogia à união homoafetiva, baseando-se no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por conta de ser a entidade familiar com maior proximidade de estrutura, nomeadamente em relação às relações pessoais, de lealdade, respeito e afeto, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos (LÔBO, 2021 p. 41).

De acordo com informações do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em maio de 2020 haviam mais de 33 mil crianças e adolescentes institucionalizados e vivendo em casas de acolhimento em todo o território brasileiro. Dessas crianças, 5.040 estavam completamente prontas para serem adotadas. Do outro lado, no mesmo ano, existiam 36.437 indivíduos com interesse em adotar uma criança (ASSUNÇÃO; POZZEBOM, 2020, n.p.). A Figura 3 ilustra a relação:

Figura 3 - Panorama da adoção no Brasil



Fonte: (Agência Senado).

Essas milhares de pessoas aguardam nas filas de espera, por um período de tempo excessivamente moroso, resultante do próprio padrão de exigências dessas famílias que acaba afastando delas o sonho de adotar um filho. De acordo com o Observatório do 3º Setor, que apurou dados revelados pelo CNJ em 2020, constatou-se que 26,1% dos pretendentes à

adoção procuram crianças brancas, 58% querem que o filho tenha até 4 anos de idade, 61% se recusam a adotar irmãos e 57,7% apenas aceitam crianças que não tenham nenhuma doença. Esse perfil é irrealista e não corresponde ao perfil da maioria das crianças e adolescentes brasileiros institucionalizados que, segundo a análise dos mesmos dados do CNJ (2020), 49,7% são pardos, 53,53% possuem entre 10 e 17 anos, 55,27% têm irmãos e 25,68% possuem algum problema de saúde (BITTAR, 2020, n.p.). Todo esse processo lento e burocrático traz como consequência o envelhecimento dessas crianças nas casas de acolhimento, o que é muito prejudicial para elas, já que “quanto maior idade, menor é a chance de adoção” (ASSUNÇÃO; POZZEBOM, 2020, n.p.).

Foi feita uma pesquisa com casais homoafetivos masculinos que tiveram suas adoções deferidas judicialmente, no lapso temporal de 2003 a 2015, na cidade de Porto Alegre e região metropolitana. A pesquisa foi feita através de questões feitas aos próprios casais e o questionário foi parte da dissertação de mestrado do autor. O que se pode retirar das informações colhidas é que todos os casais foram flexíveis quanto às características procuradas, sendo que todos declararam aceitar crianças de qualquer cor/etnia, todos também aceitaram crianças com alguma doença (fazendo especificações apenas ao grau da doença), e a totalidade dos casais era indiferente quanto ao sexo da criança. Quanto à idade, três casais procuraram crianças até 5 anos, um casal procurava criança até 4 anos e um casal não fez menção a idade, e por fim adotou 3 crianças, de 3, 5 e 9 anos de idade (GROSS, 2017, p. 1-8). Nos EUA, uma pesquisa realizada pelo instituto “*Evan. B. Donaldson Adoption Institute*” revelou que 60% das adoções feitas por homossexuais são interracialais, que tendem a não discriminar crianças negras. A pesquisa também revelou que 10% das adoções feitas por homossexuais são de crianças com mais de 6 anos de idade (GODOY, 2011, n.p.).

Uma das justificativas para essa discrepância entre os perfis procurados entre casais heteroafetivos e homoafetivos seria de que os homossexuais, por tanto sofrerem discriminação, tendem a discriminar menos. Os dados sugerem que uma regulamentação da adoção homoafetiva poderia trazer um acréscimo no número de adotados, reduzindo os números da orfandade. Essa omissão da justiça e a falta de previsão do legislativo vêm sendo superada a cada decisão suntuosa dos Tribunais Superiores (SOUZA, 2021, p. 11).

Em período anterior à fatídica decisão do STF que trouxe a garantia jurídica para a adoção homoparental, em 2008 na 2ª Vara da Infância e Adolescência do Recife o juiz Élio Braz, com parecer favorável do Ministério Público, deferiu ao par homoafetivo o direito de se cadastrar para entrar na fila de adoção de crianças. O juiz posteriormente alegou:

O precedente aberto pela sentença é a possibilidade concreta de um casal homossexual procurar o cadastro de adoção e aguardar pelo processo normal. Não sendo a realização de um casamento. Estou dizendo que elas se constituem em uma família afetiva capaz de exercer poder familiar, dar guarda, sustento e educação (BRAZ, 2008 apud SOUZA, 2021, p. 12).

Em 25 de Março de 2015, a Ministra do STF Cármen Lúcia reconheceu a adoção realizada por casal homoafetivo sem restrição de idade, após o Tribunal de Justiça do Paraná ter negado o pedido do Ministério Público que solicitava o reconhecimento da adoção feita por um casal homoafetivo no ano de 2006. A Ministra usou como base a decisão do plenário do Supremo, que com maioria absoluta dos votos reconheceu a união estável para uniões homoafetivas. Na ocasião, a Ministra Cármen Lúcia referenciou ao trecho citado pelo Ministro relator Carlos Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF:

Sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

A partir de então, a adoção por casais homossexuais no Rio Grande do Norte recebeu uma alavancada. É fato que, segundo levantamentos, os homossexuais representam 10% do total de casais adotantes cadastrados no sistema nacional, segundo dados da 2ª Vara da Criança e Adolescência do estado (SOUZA, 2021, p. 12).

3.3 Argumentos favoráveis à adoção homoparental

Inexistem argumentos jurídico-científicos plausíveis, ou impedimentos legais no ordenamento jurídico brasileiro para justificar a negativa do pedido de adoção por casais homoafetivos. O único ponto que poderia ser citado seria a interpretação rígida do art. 226, §3º da CRFB/88, que considera união estável apenas a relação entre homem e mulher, no entanto, essa interpretação já foi ampliada pelo STF, abrangendo casais homoafetivos também. Insta lembrar que o STF é o “guardião da Constituição” e suas decisões têm efeito vinculante e eficácia *erga omnes* perante o restante do Poder Judiciário e a máquina pública (art. 101, §1º da CRFB/88). Segundo Isabella Cristo: “É fundamental assegurar uma vida digna às crianças e adolescentes, conformando o ordenamento à realidade social, mediante interpretação teleológica, justa e sem preconceitos de qualquer natureza” (CRISTO, 2015, n.p.).

Não há obstáculo constitucional para adoção de pessoas do mesmo sexo, que sejam casadas ou que vivam em união estável. Também não há impedimentos legais, tendo em vista que se duas pessoas do mesmo sexo são casadas ou companheiras de união estável preenchem perfeitamente a condição do art. 39, §2º do ECA.

Fora do âmbito jurídico, pesquisas científicas têm indicado que a orientação sexual dos pais em nada importa para o desenvolvimento da criança ou adolescente. Como foi divulgado pelo Jornal El País, em 2004, em que o resultado de um estudo realizado com oitenta e oito adolescentes dos EUA, de diferentes etnias, gêneros e rendas familiares, de forma que, destes adolescentes, 44 foram criados por casais homoafetivos femininos e 44 criados por casais heteroafetivos. Durante o período de estudo, profissionais avaliaram a autoestima, a integração, o rendimento escolar e o tipo de relações desses jovens. A conclusão foi de que não foram encontradas diferenças entre um grupo e outro (ARALDI; SERRALTA, 2016, p. 31-34). Conforme expõe o doutrinador Gabriel Tepedino:

A questão fundamental é saber se orientação sexual gera alguma interferência no exercício da autoridade parental: o fato de a pessoa ser homo ou heterossexual impacta as habilidades para criar, educar e assistir seus filhos, de modo que eles cresçam saudáveis, com autonomia e responsabilidade? Essas pessoas serão capazes de lhes proporcionar uma convivência familiar saudável? A resposta a tais questões não guarda relação com a orientação sexual, a qual deve ser afastada, por isso mesmo, como critério definidor do melhor interesse da criança. Por conseguinte, para o deferimento da habilitação para a adoção, deve ser verificada a aptidão para adotar, independentemente da sua orientação sexual. Assim, somente no caso concreto podem-se evidenciar as circunstâncias que, de fato, atenderão ao melhor interesse da criança ou do adolescente (TEPEDINO, 2020, p. 278).

A antropóloga Anne Cadoret enxerga a família homoparental como uma instituição que rompe concepções preestabelecidas e impõe à sociedade um novo pensamento familiar que ultrapasse a ideia de complementaridade natural entre homem e mulher. A antropóloga afirma que os indivíduos homossexuais não negam a diferença entre o feminino e o masculino, mas não levam essa diferença como base indispensável para o estabelecimento da sexualidade, da família e da filiação. Famílias homoafetivas conseguem desvencilhar a sexualidade e procriação da unidade familiar. Se por um lado é necessário que a criança entenda a diferença dos sexos, por outro os modelos de masculino e feminino não precisam necessariamente estarem alinhados aos pais, podem ser encontrados na sociedade, nos vizinhos, avós, tios, tias e etc (CADORET, 2007 apud POMBO, 2019, p. 6).

A psicanalista Geneviève Delaisi de Parseval expõe que a heterossexualidade dos pais não é garantia inequívoca de uma boa criação dos filhos, assim como a homossexualidade dos genitores não representa uma ameaça de perversão. Para Geneviève, a

criança precisa de dois adultos que se constituíram como pais, que seu nascimento ou adoção tenha sido desejado por eles. A criança deve também saber que nasceu de dois indivíduos de sexos diferentes, muito embora um ou mais deles não participe de sua criação (PARSEVAL, 1999 apud POMBO, 2019, p. 6).

No que tange à possível influência na sexualidade dos filhos, Roger Raupp Rios assevera que enquanto a ciência não desvenda ao certo o que determina a orientação sexual de uma pessoa, uma coisa é certa: não é uma questão de escolha ou opção e também não é uma influência dos pais (RIOS, 2001, p. 141-142).

A psicanalista Márcia Arán contra-argumenta profissionais da psicanálise que se demonstraram contrários à parentalidade homoafetiva por afirmarem que, nessa formação familiar não seria possível transmitir a diferença. Arán afirma que há diversas possibilidades de diferenciação além da diferença sexual (ARÁN, 2009 apud POMBO, 2019, p. 7).

As universidades de Sapienza (Itália) e do Texas (EUA) fizeram um estudo envolvendo cerca de 400 casais. Dentre os casais, 195 eram pais heterossexuais, 70 eram casais de homens gays e pais de crianças advindas de gestação por substituição e 125 eram casais de mulheres gays mães de crianças advindas de inseminação assistida heteróloga. O estudo foi feito através da resposta de questões com os membros das famílias. Os pesquisadores concluíram que as crianças com pais gays e mães lésbicas demonstraram ter menos incidência de problemas psicológicos do que os filhos de pais heterossexuais.

A pesquisa foi analisada pela comunidade científica e publicada no *“Journal of Developmental and Behavior Pediatrics”*. O estudo veio de encontro com o resultado de outras pesquisas nessa temática, incluindo uma realizada em 2010, que foi a base do artigo *“How Does the Gender of Parents Matter?”*, de autoria de Timothy J. Blibarz e Judith Stacey, publicado no *“Journal of Marriage and Family”*, da Universidade de Nova Iorque. A pesquisa compilou a análise de 33 estudos referentes ao bem-estar e saúde de filhos criados por pais homossexuais e chegou à conclusão que não há evidências que demonstrem que crianças filhas de pais homossexuais tenham algum prejuízo à nível emocional, social, educacional ou comportamental em relação às crianças criadas por pais heterossexuais (AGRELA, 2018, n.p.). As pesquisas científicas na área da psicologia já se demonstraram importantes no momento de o Judiciário enfrentar casos concretos envolvendo a homoparentalidade, como pode ser visto no seguinte julgado, de relatoria da Min. Nancy Andrighi:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO
HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE.

ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.VI. **Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas [...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais.** O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo”. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012, grifo nosso).

Entre os argumentos mais relevantes que demonstram a possibilidade de deferimento de adoção conjunta aos casais homoafetivos estão : (i) o Estatuto da Criança e do Adolescente garante o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, principalmente quando se apresenta reais vantagens para o adotando e funda-se em razões legítimas; (ii) o que deve ser analisado com mais afinco é a prevalência do melhor interesse do adotando; (iii) existem estudos especializados da área da psicologia, sociologia e direito que não indicam nenhuma consequência negativa causada pura e simplesmente pela adoção de crianças por casais homoafetivos, de forma que a questão mais importante a se considerar é a qualidade do laço afetivo do meio familiar em que serão inseridas e que liga as crianças e adolescentes aos seus genitores ou genitoras; (iv) é parte do processo de adoção o relatório social feito por assistente social, que será favorável ao pedido dos adotantes ante a constatação da estabilidade familiar (CRISTO, 2015, n.p.).

3.4 Adoção homoparental e registro público

O estado do Mato Grosso foi o primeiro estado brasileiro a expedir um Ato Normativo regulamentando o registro de nascimento em caso de adoção homoparental, ato feito pela Corregedoria-Geral do Estado do Mato Grosso (Provimento nº 54 de 2014), e teve por fundamento a atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, cidadania, direitos fundamentais à igualdade, liberdade, intimidade e proibição de discriminação. O provimento aduz que o assento de nascimento decorrente da homoparentalidade, biológica ou por adoção, deverá ser inscrito no Livro A, atentando-se para lei vigente, no que se relacionar ao assunto, adequando-se para que constem os nomes dos pais ou das mães, bem como de seus respectivos avós, de forma a não diferenciar se paternos ou maternos, sem esquecer dos seguintes documentos fundamentais: I – declaração de nascido vivo – (DNV); II – certidão de casamento, de conversão de união estável em casamento ou escritura pública de união estável (art. 1º, Provimento nº 54/2014, CNJ-MT).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 20 de novembro de 2017, o Provimento nº 63 (com alterações no Provimento nº 83/2019), instituindo modelos unificados

de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, que deveriam ser adotados pelos cartórios de registro civil das pessoas naturais, dispondo a respeito do reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e também sobre o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos concebidos por reprodução assistida. Buscou, assim, a uniformização, em todo o Brasil, do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homo e heteroafetivos (PEREIRA, 2020, p. 29).

O registro de nascimento fixado anteriormente trazia, obrigatoriamente, os termos “pai” e “mãe” no documento, o que revelava um viés heteronormativo e engessado da visão de família e deixava de abarcar outros formatos familiares, como as famílias multiparentais, homoparentais e monoparentais. Na visão de Isabella Cristo “a existência de um registro de nascimento, no qual constem os nomes de dois homens ou duas mulheres se opõe aos costumes, apesar de em nada ferir o ordenamento” (CRISTO, 2015, n.p.).

A modificação que aconteceu na forma e no conteúdo do registro civil da pessoa física e da respectiva certidão colabora com o recebimento do fenômeno da dupla paternidade ou dupla maternidade de casal homoafetivo. Referente ao assunto, dispõe Paulo Lôbo:

Não há mais exigência de conter a nomeação do pai e da mãe, destacadamente. Por exemplo, no casal homoafetivo, quando um dos cônjuges ou companheiros for pai ou mãe biológica de uma criança, sem registro do outro genitor, pode o outro cônjuge ou companheiro promover a adoção unilateral, de acordo com precedente do STJ a respeito (REsp 1.281.093). Não havendo a adoção regular, pode ser pleiteada a parentalidade socioafetiva, consolidada na convivência familiar. (LÔBO, 2021, p. 41)

O novo modelo de certidão de nascimento é composto com os nomes dos pais/mães do mesmo sexo, de modo a refletir o contexto socioafetivo no qual a criança ou adolescente está inserido. Muito já foi trazido em relação ao registro público tratando-se de adoção por casais do mesmo sexo, com muitas polêmicas ventiladas por aqueles tentam contra-argumentar a eficiência e viabilidade do deferimento dessas ações. A Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) contém exigências meramente formais, e não dispõe de impedimento algum sobre a indicação no registro de pais ou mães do mesmo sexo. O ECA, por sua vez, apenas prevê que: “Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão; §1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes” (BRASIL, 1990).

Desde o dia 1º de janeiro de 2010, por força do Decreto nº 6.828, de 27 de abril de 2009, entrou em vigor em todo território nacional um modelo padronizado de certidão de

nascimento. O citado modelo apresenta um campo em que consta “filiação”, feito para que se apresente o nome do pai, da mãe ou dos pais e das mães, conjuntamente. A expressão “filiação”, trazida no modelo oficial, autoriza que sejam lavradas certidões de nascimento que abarquem diferentes formas de parentesco, como nos casos de adoções deferidas a uma só pessoa, e também para os casais homoafetivos. As expressões “avós paternos” e “avós maternos” também foram substituídas e agora só há um campo indicando “avós”, no geral, que permite que os ascendentes de 2º grau possam ser indicados sem distinção de gênero.

Tanto na atividade cartorária, quanto nas demais áreas, o Estado Democrático não deve legitimar segregações e preconceitos quanto às uniões homoafetivas no país. Isabella Cristo traz que:

Para além da orientação sexual das pessoas, os servidores devem atuar, com eficiência e clareza, em prol da segurança jurídica dos atos legalmente amparados, que traduzem a vontade das partes, sem distinção de qualquer natureza. Por ser não somente justa, mas sintonizada em face da legislação, a formalização da filiação homoafetiva continuará sendo processada, viabilizando a lavratura de certidões de nascimento nos casos de adoções por casais homossexuais no Brasil. (CRISTO, 2015, n.p.)

A transformação em que se deu no formato e no conteúdo do registro civil da pessoa física e da respectiva certidão cooperou para a recepção do fenômeno da dupla paternidade ou dupla maternidade para o casal homoafetivo, conforme houve a exclusão da exigência de conter a nominação do pai e da mãe, destacadamente.

3.5 Decisões judiciais acerca da adoção homoparental

O Poder Judiciário tem sido precursor nos avanços em defesa dos direitos homoafetivos. Uma das primeiras aberturas registradas ocorreu na cidade de Catanduva/SP, no ano de 2004. O magistrado Dr. Julio Cesar Spoladore Domingos, no processo de nº 234/2006 decidiu em favor de dois homens que conviviam há mais de dez anos em união estável, para que entrassem na fila de espera de adoção. Posteriormente, o casal finalmente concretizou seu desejo pela paternidade quando adotaram a menor Theodora Rafaela, tornando-se o primeiro casal de homens a adotar uma criança conjuntamente. Outro caso judicial importante foi o já citado caso de Bagé-RS, ocasião em que o juiz Dr. Marcos Danilo Edon Franco, Juiz da Infância e Juventude, permitiu a instauração do vínculo legal de filiação, através da adoção, de duas mulheres com duas crianças, irmãos biológicos. As companheiras já conviviam juntas em união afetiva sólida desde 1998, sendo que uma já havia adotado as crianças.

No Estado do Rio Grande do Sul, além do caso de Bagé, na capital Porto Alegre, outro casal lésbico conseguiu adotar conjuntamente em 2007. O magistrado decidiu de forma a determinar o cancelamento do registro original que continha o nome dos pais biológicos e a inscrição da nova filiação da criança. O juiz Dr. José Antônio Daltoé Cezar alegou em sua decisão que: “queira ou não o Poder Público, duas pessoas do mesmo gênero, mais nos dias de hoje do que antigamente, constituirão entidades familiares com vínculos de afeto, criarão e educarão os seus filhos” (CÉZAR, 2006 apud CRISTO, 2015, n.p.).

Ainda, muitos dos casos de adoção por casais homoafetivos passaram despercebidos pelo Judiciário ao longo dos anos, eis que muitos casais não revelavam o desejo à adoção conjunta por medo. A Dra. Ana Lúcia de Castro, psicóloga do Juízo da 1ª Vara de Porto Alegre declarou sobre o assunto: “as pessoas que têm união homoafetiva, quando chegam ao Juizado para se habilitarem, negam que são um casal, por medo da adoção ser recusada. Só se descobre que é um casal no decorrer das entrevistas” (DEUS, 2010, p. 181 apud CRISTO, 2015, n.p.).

Muitos casos passaram pelo judiciário, com decisões oscilantes e que diferiam de caso em caso, até o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que o Supremo reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, equalizando seus direitos aos das uniões estáveis heterossexuais. Até então, havia divergências no acolhimento da união estável homoafetiva e entendia-se impossível o casamento por pessoas do mesmo sexo, restando possível para a pessoa com orientação homossexual apenas o direito de adotar isoladamente, o que era uma ofensa ao princípio da igualdade (TEPEDINO, 2020, p. 277). Afirma Isabella Cristo que: “O Poder Judiciário vem assumindo e solidificando, gradativamente, um novo posicionamento em prol do reconhecimento das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar propícia a adotar, educar e criar filhos” (2015, n.p.).

A solidificação do afeto como princípio norteador do Direito das Famílias foi um divisor de águas para as conquistas de direitos de filiação homoafetiva, da forma que expõe Ricardo Lucas Calderón:

Outra grande conquista para casais homoafetivos foi a permissão para que pudessem adotar crianças de forma isonômica aos casais heteroafetivos. Havia muita resistência em se permitir que os casais homoafetivos pudessem adotar. Entretanto, após as decisões supracitadas, tornou-se insustentável esse discurso, restando evidente a permissão. Houve, ainda, a tentativa de autorizar a adoção por casais homoafetivos, mas com restrições, o que também foi superado judicialmente. Novamente a afetividade exerceu papel central na pavimentação do caminho para a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, em igualdade de condições com os casais heteroafetivos (CALDERÓN, 2017, p. 337).

Mesmo com a injustificável recusa do Poder Legislativo de cumprir seu papel com a elaboração de leis específicas para a temática, o exercício do Poder Judiciário tem revelado um verdadeiro compromisso com a efetivação dos direitos homoafetivos, de forma que estes tenham o acesso aos direitos fundamentais, baseados nos princípios constitucionais, disponíveis a todos os cidadãos, afinal, antes de homossexuais, essas pessoas são cidadãos e cidadãs titulares de direitos (GOMES, 2021, p. 13).

3.6. A adoção homoparental por uma perspectiva social

O Brasil, como se sabe, possui uma infeliz realidade: milhares de crianças abandonadas, desamparadas por suas famílias biológicas, na espera da oportunidade de serem novamente recebidas por um lar que as provenha com amor, afeto e oportunidade. Pode-se apontar que o principal foco da adoção é esse, oferecer a chance de ter um lar e uma família àqueles que não têm. A fixação em manter a criança ou adolescente com sua família biológica vem a atrasar e atrapalhar o processo de adoção - arriscando, eventualmente, impedir o acesso dessas crianças a uma nova família, pela persistência num suposto vínculo que não existe mais, ou nunca existiu.

É fato que o tempo é inimigo de uma criança institucionalizada, eis que as chances que ela tem de ser recebida em uma nova família diminuem com o passar dos anos. Após levantamento feito pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, em 2020, constatou-se que apenas 2,7% dos adultos habilitados para adoção aceitam adotar uma criança com 10 anos ou mais (ASSUNÇÃO; POZZEBOM, 2020, n.p.). Perante o expressivo número de crianças deixadas de lado, residindo em abrigos carentes de qualquer referência familiar e afetiva, é um equívoco negar o acesso de pares homoafetivos à adoção. O ato de deferir adoções considerando a orientação sexual dos pretendentes frustra a possibilidade que um expressivo número de crianças seja subtraído da marginalidade.

Muito se discute sobre a viabilidade psicológica da adoção e criação de uma criança por um par homossexual. Porém, tais questionamentos já foram objeto de estudos científicos e comportamentais que comprovaram a inexistência de qualquer interferência na identidade afetiva das crianças educadas por casais homoafetivos. É cediço que o convívio com pais homossexuais não põe em risco, altera ou dificulta em nada o crescimento e bom desenvolvimento de uma criança. A Lei nº 12.010/09 apesar de modificar muitas partes no Estatuto da Criança e do Adolescente não versou sobre a adoção por casais homoafetivos. Embora a promulgação da lei da adoção tivesse sido em 2009 e o julgamento do STF

conferindo status de entidade familiar às uniões homoafetivas ter ocorrido só em 2011, muitas decisões judiciais reconhecendo a união estável de casais homossexuais já haviam sido feitas, de modo a deferir pedidos de adoção a tais casais. Logo, errou o legislador ao deixar de tratar da adoção homoparental, uma vez que tal forma de família já é uma realidade de fato há muito tempo (CRISTO, 2015, n.p.).

4 HOMOPARENTALIDADE ECTOGENÉTICA

4.1 Conceito geral de reprodução assistida

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” são todas sinônimos de um mesmo método de reprodução humana: o das técnicas de reprodução assistida. A reprodução assistida é utilizada no lugar da concepção natural, na hipótese em que gerar um filho de forma natural seja dificultoso ou impossível. Tais métodos permitem a geração da vida, sem a necessidade de um ato sexual, mas por método artificial, científico ou técnico.

A evolução da tecnologia e da engenharia genética tem causado grandes alterações no Direito. Esses avanços modificam de forma direta as formações familiares, e consequentemente obrigam todos a refletirem sobre sua organização e proteção, para que o Direito não perca seu verdadeiro sentido. Nos anos 80, os estudos envolvendo DNA redirecionaram o eixo da investigação de paternidade, que trazia na verdade uma verdadeira inquisição sobre a moral sexual da genitora, trazendo um ar científico e mais apurado à investigação. A biotecnologia abriu meios para inseminações artificiais homólogas e heterólogas, constituindo as chamadas famílias ectogenéticas (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 391).

Famílias ectogenéticas, de acordo com os avanços da biociência, são as citadas por Maria Helena Diniz como aquelas que decorrem das técnicas científicas de ectogênese, a partir da fecundação na proveta ou da inseminação artificial, sendo que seu emprego acarreta no surgimento de diversas situações. A jurista foi pioneira na consagração do instituto no direito brasileiro, através de sua obra “O estado atual do biodireito”, de 2001 (apud ALVES, 2021, n.p.).

A origem da utilização das técnicas de reprodução assistida está relacionada aos casos de infertilidade que acometeram e acometem casais até os dias de hoje. O método veio para proporcionar a paternidade e a maternidade advinda da genética do próprio casal, sendo esse, caso de técnica de reprodução assistida homóloga. Mas ainda existiam situações em que a esterilidade de um ou dos dois cônjuges impossibilitava a reprodução através de material genético próprio, o que fez surgir a técnica de reprodução assistida heteróloga (GOMES, 2021, p. 85). Sobre a infertilidade e sua superação através dos avanços médicos, assevera José Carlos Teixeira Giorgis:

É possível que no início da humanidade não se percebesse a relação entre a sexualidade e a reprodução, mas com a evolução das ciências médicas logrou-se, em

primeiro, o prazer da sexualidade sem os riscos da procriação e, depois, os prazeres da procriação sem os riscos da sexualidade; assim, a busca da reprodução por meios outros que não os da sexualidade era um sonho antigo, ocupando páginas da literatura e ocupando páginas da mitologia e originando algumas crenças religiosas, pois a incapacidade de reprodução, desde muito, se considera um mal a desgraçar a vida daquela que não logra dar descendentes a seu marido; coloca-se em pauta, desta forma, o direito à procriação ou direito reprodutivo positivo (à possibilidade de uma reprodução sem sexualidade) já reconhecido, senão com um direito por si, mas certamente compreendido pela autonomia reprodutiva (GIORGIS, 2013, n.p.).

Crescem cada vez mais os casos de reprodução assistida ante as inovações técnico-científicas e as novas formações familiares que demandam cada vez mais opções. Tornou-se cada vez mais possível a reprodução humana sem a prática de nenhum ato sexual, o que Marilena Cordeiro Dias Villela vem a chamar de “medicalização da reprodução humana” (VILLELA, 2001 apud GOMES, 2021, p. 85). As técnicas de reprodução assistida são uma boa opção para casais homoafetivos, tendo em vista que são métodos que estão mais próximos da reprodução biológica natural, possibilitando que se preserve características genéticas de ao menos um dos membros do casal (GOMES, 2021, p. 85).

Os avanços tecnológicos em âmbito da bioética e dos métodos de reprodução humana tornaram possível o alcance da filiação a muitos que possuíam a vontade e não eram possibilitados anteriormente, e este acontecimento fez cair por terra boa parte do sistema de presunções de paternidade e maternidade da filiação, eis que os laços biológicos e socioafetivos não mais se confundem obrigatoriamente (DIAS, M. B. 2021, p. 221). Da mesma forma, reflete Gabriela Giaqueto Gomes:

Com o aparecimento e evolução da Ciência Médica, neste caso em especial da tecnologia da procriação assistida, verifica-se, também, o crescimento de indagações acerca de sua utilização, especialmente de cunho legal, ético, moral e religioso. O grande obstáculo encontra-se no fato da escassa legislação acerca da matéria que, talvez, pela controvérsia do tema, não é colocada em pauta pelos legisladores (GOMES, 2021, p. 85).

É notável que a norma civil brasileira não conceitua de maneira direta tais técnicas ou trata da filiação que se origina da reprodução assistida, fixa somente decorrências lógicas de sua realização. O pressuposto adotado pelo Código Civil é de que o vínculo de filiação se estabelece em relação aos que planejaram a técnica de reprodução assistida. Da forma que argumenta José de Oliveira Ascensão:

O Código Civil atual (de 2002) contém um preceito fundamental para esta matéria: o art. 1.597. Mas há que ter consciência que o objetivo deste não é qualificar diretamente a filiação, mas sim estabelecer a presunção de quais os filhos de mulher casada que se presumem concebidos na constância do casamento. Daí resultaria a presunção de provierem do casal. O preceito não dá pois diretamente o critério da filiação que se busca. Esse terá de ser procurado relacionando muitos preceitos, só

do conjunto deles podendo resultar a resposta quanto à determinação da filiação (ASCENSÃO, 2009, p. 351 apud TARTUCE, 2022, p. 509).

De acordo com o artigo 1.597 do Código Civil, a legislação brasileira ainda presume como concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

A inserção do legislador foi acanhada, estabelecendo presunções de filiação apenas em situação de inseminação artificial. Essa regulamentação incompleta se justifica pelo fato de o tema ainda não estar suficientemente amadurecido em âmbito jurídico, pois traz problemas altamente técnicos, que seriam mais bem tratados em lei especial (DIAS, M. B. 2021, p. 221). Considerando a ausência de norma legislativa específica, o tema é regido por normas éticas e resoluções do Conselho Federal de Medicina, que podem apenas tratar sobre a conduta médico-paciente, eis que gozam de alcance infralegal. O assunto é também tratado de forma tímida pelo Código Civil de 2002, além de provimentos expedidos pela corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (GOMES, 2021, p. 86).

De acordo com o pensamento de Eduardo de Oliveira Leite, face aos fatores condicionantes para tirar o legislador da inércia, como a utilidade social, a pretensão de realização da justiça e a não exclusão de considerações de ordem moral, nada justifica o silêncio do Poder Legislativo quanto ao tema (LEITE, 1995 apud GOMES, 2021, p. 86). O pensamento vai de encontro com o de Maria Berenice Dias, que reflete que:

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. Tudo mudou, mas a legislação ainda reproduz este modelo. A enorme evolução ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas de reprodução medicamente assistidas (2021, p. 221).

No Brasil, a realização de técnicas de reprodução assistida é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, que autorizou expressamente que casais homoafetivos utilizem desse meio de procriação, sendo, neste caso, desnecessária a comprovação de esterilidade eis que em casais homoafetivos a infertilidade é inerente a orientação sexual do casal. O Enunciado do Conselho Nacional de Justiça admite o duplo registro de dois pais ou duas mães na certidão de nascimento do filho gerado por técnica de reprodução assistida. É importante deixar claro que a infertilidade aqui citada é do casal homoafetivo e não do indivíduo homossexual, ideia já superada, como bem exposto no julgamento REsp Nº

1763626 - SP (2018/0224692-8), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em desfavor do falecido político José Levy Fidelix da Cruz e do Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), argumentando, em síntese, que no dia 28/9/2014, o político durante debate entre os candidatos à Presidência da República, teria proferido declarações homofóbicas e de ódio contra a população LGBTI. Questionado sobre a motivação das declarações, o candidato disse que aqueles defendem a família se recusam a reconhecer o direito de casais de pessoas do mesmo sexo ao casamento civil, pois "dois iguais não fazem filho" e que o "aparelho excretor não reproduz". O Ministro relator trouxe a seguinte reflexão no julgamento:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DEBATE ENTRE CANDIDATOS À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. MANIFESTAÇÃO DE CUNHO POLÍTICO. CARÁTER GENÉRICO E IMPESSOAL. DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURADO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. REVISÃO FÁTICO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. Na ocasião, o aludido candidato fez referência de que 'dois iguais não fazem filho' e 'o aparelho excretor não reproduz', portanto, expressões consideradas chulas e em certos aspectos com desconhecimento biológico, haja vista que aparelho excretor reproduz sim, pois, do contrário, não teríamos a população mundial em torno de 7 bilhões de pessoas. **Outrossim, fez menção de que 'dois iguais não fazem filho', o que se trata de afirmação que até teria algum embasamento em termos científicos, contudo, o filho, em interpretação ampla, pode ser adotivo ou proveniente de inseminação artificial em relacionamento homoafetivo de duas pessoas do sexo feminino.** (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2021a, grifo nosso).

Os embriões concebidos por manipulação genética e que não vêm a ser implantados são chamados de embriões excedentários. De praxe, no procedimento de fertilização geram-se diversos embriões, pois são necessárias diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e inutilizados ficam armazenados na clínica realizadora do procedimento (DIAS, M. B. 2021, p. 222).

Em procedimento de reprodução assistida envolvendo materiais genéticos de mais de duas pessoas, desde que em consenso com todos os envolvidos, admite-se a multiparentalidade dos envolvidos, ou seja, a criança poderá ter mais de dois genitores. No entanto, o registro da multiparentalidade depende de reconhecimento judicial (DIAS, M. B. 2021, p. 223).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina expedida em 2017 (Resolução nº 2.168/17) versou sobre reprodução assistida e trouxe como novidade a inclusão de todas as pessoas capazes, solteiras ou em união estável, hétero ou homoafetiva, como indivíduos autorizados a utilizarem das técnicas de reprodução assistida, de forma a regulamentar a

gestação compartilhada promovida por casais homoafetivos, mesmo que os indivíduos não sejam inférteis (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, p. 117).

A Resolução mais atual do CFM (2.294/2021) consagra alguns princípios gerais, com enfoque na mudança presente no seu item 3, que autoriza a reprodução assistida para mulheres com idade superior a 50 anos, com maiores detalhes; e uma visão mais abrangente em relação ao item 4, a respeito do consentimento livre e esclarecido, na linha do que já estava disposto na Resolução 2.168/2017. A principal novidade da Resolução nº 2.168/2017, confirmada pela atualização de 2021, foi a ampliação do uso da reprodução assistida, sem que, necessariamente, haja problema de fertilidade ou esterilidade no casal ou na pessoa que deseja realizar o procedimento. Dessa forma, a reprodução assistida pode ser feita por opção do casal ou da pessoa. Percebe-se tal disposição pelo novo texto dos itens 1 e 2 dos princípios gerais, desde a norma anterior, uma vez que a resolução de 2015 previa no seu primeiro item que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015), o que não é mais realidade ética (TARTUCE, 2022, p. 512).

4.2 Reprodução assistida homóloga e reprodução assistida homóloga *post mortem*

Chama-se de reprodução assistida homóloga o método que usa técnicas de reprodução assistida com materiais genéticos do próprio casal, assim sendo, o sêmen do marido (ou companheiro), e o óvulo da mulher (ou companheira), geralmente no caso de ser difícil ou impossível que o casal engravide por conta própria, tendo então de fazer uso da inseminação ou fecundação artificial (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 391).

Para Maria Berenice Dias: “chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo” (2021, p. 222).

Na definição de Paulo Lôbo, a inseminação artificial homóloga é aquela que manuseia os gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). Do manuseio se dá a fecundação, o que altera concepção natural e tradicional, onde a fecundação só é advinda da cópula. A fecundação artificial é fruto da impossibilidade ou deficiência de gerar de um ou dos dois cônjuges. Afirma Lôbo que o uso do sêmen do marido somente é permitido se isso for de sua vontade e enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo (2022, p. 237).

Enquanto isso, Maria Berenice Dias afirma que na fecundação artificial homóloga, não se tem a necessidade de autorização do marido. E nesse caso, quando se fala em marido entende-se o companheiro também. O filho gerado por reprodução assistida homóloga é dele, que deve assumir todos os encargos decorrentes do poder familiar (2021, p. 223).

Conforme Gabriela Gomes, é denominado método de reprodução assistida homóloga aquele no qual a manipulação dos gametas feminino e masculino é do próprio casal, situação em que há coincidência entre filiação biológica e filiação jurídica. Quanto a fecundação, esta pode ser no próprio corpo da mulher através da manipulação dos gametas masculinos e posterior introdução no corpo feminino, ou em laboratório, onde o embrião é formado fora do corpo da mulher e posteriormente inserido em seu útero, também chamado de fecundação *in vitro* (GOMES, 2021, p. 87).

A concepção se dá no momento que há a efetivação no aparelho reprodutor da genitora, mesmo se o embrião tenha resultado de inseminação *in vitro*. Apenas a partir de sua inserção no útero da mãe é que passa a incidir a norma do art. 2º do Código Civil de 2002, que versa sobre a ressalva dos direitos expectativos do nascituro. Com uma visão diferente, uma corrente doutrinária afirma que a concepção acontece no momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo que do lado de fora do corpo da mãe (DINIZ, 2002, p. 373 apud LÔBO, 2022, p. 237). Para o autor esse entendimento é insustentável por conta possibilidade de armazenamento de embriões descartados, que não são usados na inseminação artificial, nem aproveitados em outra ocasião por desinteresse ulterior do casal em ter outros filhos. São os chamados embriões excedentários (LÔBO, 2022, p. 237).

A utilização dos embriões excedentários é, também, uma forma de reprodução assistida homóloga. O ato se dá pela utilização dos embriões que são os resultantes de técnicas de reprodução assistida, mas não foram introduzidos no útero da genitora em primeiro momento, ficando armazenados na clínica ou instituição que realizou o procedimento. Embrião é chamado o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento dentro do útero, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação *in vitro*. O Código Civil não expressa a partir de qual momento passa a se considerar um embrião, devendo ser usado no direito, subsidiariamente, as noções da medicina. Considera-se uma diferença entre o embrião e o pré-embrião, sendo este o que foi desenvolvido até 14 dias após a fecundação, enquanto que o embrião é considerado depois dos 14 dias, quando já é visto como uma vida humana propriamente dita. Essa forma de separação é muito utilizada na legislação comparada, em especial na Europa, desde o Relatório Warnock (LÔBO, 2022, p. 238).

Uma situação corriqueira é a formação de vários pré-embriões ou embriões, que precisam ser feitos para a tentativa de concepção bem-sucedida no útero da mãe. Para onde vão esses embriões descartados ou excedentários é uma das questões mais sensíveis atualmente quando se pensa em reprodução assistida, em especial na ocasião dos cônjuges ou companheiros não quererem mais conceber outros filhos, e nem permitir que sejam utilizados em outras mulheres. Pela leitura fria do Código Civil, tem-se que só se há presunção de concepção quanto aos embriões que forem introduzidos no útero da mãe. Entende Heloisa Helena Barboza que “não nos parece razoável considerar-se o embrião antes da transferência para o útero materno um nascituro” (1993, p. 83 apud LÔBO, 2022, p. 238).

A lei brasileira admite o direito de fecundação após o falecimento do marido. De acordo com a legislação vigente, a presunção de paternidade do marido falecido dura o período de trezentos dias após a sua morte. A fecundação artificial *post mortem* poderá ocorrer ainda em momento posterior a esse período, desde que haja comprovação, por conta da clínica responsável pelo armazenamento, de que foi usado o gameta do falecido. O princípio da autonomia dos sujeitos ainda coloca como condição da utilização do material genético do falecido marido o seu expresso consentimento, deixado antes de falecer (LÔBO, 2022, p. 237). Rodrigo da Cunha Pereira, no mesmo sentido, afirma que “é possível a fertilização *in vitro post mortem* nos casos em que houver consentimento expresso do cônjuge ou companheiro neste sentido” (2021, p. 391).

Portanto, considera-se que o gameta deixado pelo marido não é objeto de herança e não é considerado uma coisa, de forma que a viúva não terá direito de exigir a entrega do material da clínica ou instituição de armazenamento, sem que isso tenha sido expressamente autorizado de forma prévia pelo seu marido. Isso se dá pois a paternidade deve ser consentida, para que não se perca a dimensão da liberdade. A utilização sem consentimento do gameta do doador apenas é permitida no caso de doador anônimo, eis que a ele não se implica a presunção de paternidade, não há laço de filiação (LÔBO, 2022, p. 237).

A I Jornada de Direito Civil/CJF aprovou o Enunciado 106, esclarecendo que o inciso III do art. 1.597 do Código Civil deve ser interpretado para que se presuma a paternidade do marido falecido, sendo indispensável que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, com a obrigação de ter ainda uma autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002).

O STJ, no julgamento da REsp 1.918.421 foi de encontro com esse pensamento quando declarou a inadmissibilidade de implantação de embriões após a morte do marido, sem manifestação inequívoca, expressa e formal, como se observa no julgamento a seguir:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. [...] **o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino. [...] 5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente. 6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. [...] por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2021b, grifo nosso).**

Rodrigo da Cunha Pereira expõe que o Código Civil se refere à reprodução assistida homóloga *post mortem* quando afirma que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: “III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (BRASIL, 2002 apud PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 391). Pelo fato de não existir lei específica regulamentadora desta matéria, as regras relativas ao assunto foram expostas no Provimento 63/2017 (com alterações no provimento 83/2019) do CNJ. Assim como é tratado na Resolução do CFM – nº 2.168/2017 (que substituiu a Resolução nº 2.121/2015) adotando normas éticas para o uso das técnicas de reprodução em 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 substituindo a Resolução CFM nº 2.121 de 24/09/2015” (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 391). Importa destacar novamente que a Resolução mais atual do CFM é a de nº 2.294, de 2021,

que retirou a expressão “prévia” do seu texto, mantendo a necessidade da autorização específica do falecido para o uso do material criopreservado.

A morte não é obrigatoriamente um impedimento para que se estabeleça o vínculo de paternidade. Porém, na hipótese do falecimento do homem, a expressão legal “mesmo que falecido o marido” está sendo pauta de muitas divergências jurídicas e abrindo margem para diferentes interpretações. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama “o permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada” (GAMA, 2003 apud DIAS, M. B. 2021, p. 223).

A tendência da doutrina é a de reconhecer que, mesmo que o marido ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se pode presumir seu consentimento para a inseminação quando não há sua autorização expressa. Sendo assim, os embriões devem ser descartados, pois não é permitido que se presuma que alguém queira ser pai depois de morto. Para Maria Berenice Dias a exigência do Conselho Federal de Medicina quanto a autorização específica do marido falecido autorizando o uso de seus gametas armazenados para a reprodução após sua morte não possui mais força do que a lei civil. Tal regulamento tem natureza ética, infralegal, que rege a atividade de uma categoria profissional específica. O regulamento não tem poder de se sobrepor ao princípio da autonomia da vontade (2021, p. 223).

O tema ainda se encontra longe de estar pacificado. Determinada visão sustenta que a lei, ao citar “pessoa já concebida” não diferencia o embrião implantado do não implantado, da forma que aquele que está armazenado também é abarcado pelo dispositivo. Outros acreditam que é inequívoco que a concepção citada na legislação e que deve ser protegida é no caso do embrião já se encontrar no útero da genitora, sendo que apenas a partir desse momento é que passam a ser resguardados os direitos potenciais do nascituro. Nascituro quer dizer “o que há de nascer”. Maria Berenice Dias afirma que “antes da implantação, o embrião excedentário não tem qualquer possibilidade de nascer, não sendo razoável considerá-lo como nascituro antes da transferência para o útero” (2021, p. 224).

4.3 Reprodução assistida heteróloga

Reprodução assistida heteróloga é a forma de reprodução assistida que utiliza o material genético de alguém de fora da relação conjugal, frequentemente de um doador anônimo, para a fecundação ou inseminação artificial. Para que haja o procedimento não é necessária a comprovação que o marido seja estéril ou tenha alguma forma de incapacidade psíquica ou física de procriar (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 390).

No que diz respeito à fecundação artificial heteróloga, há a utilização de material fertilizante de terceiros, podendo ser o sêmen do marido e óvulo de outra mulher, ou sêmen de terceiro e óvulo da esposa. Pode ainda existir o caso de se utilizar sêmen e óvulo de estranhos, por exemplo, no caso de os dois indivíduos do casal serem estéreis (GOMES, 2021, p. 87).

Na forma que expõe Flávio Tartuce, tradicionalmente, em relação ao parentesco civil, este sempre esteve ligado ao instituto da adoção. Todavia, face aos avanços científicos e da valorização dos laços de afetividade de cunho social, urge que sejam reconhecidas e legitimadas outras formas de parentesco civil: aquela decorrente de técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial heteróloga – utilizando gametas de terceiro) e a parentalidade socioafetiva (TARTUCE, 2022, p. 499). No seguinte julgado do STJ, há perfeita exposição da do vínculo de parentalidade socioafetiva existente entre a criança fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga e da companheira da genitora que proveu o material genético, fazendo menção à adoção unilateral:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **UNIÃO HOMOAFETIVA**. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela **companheira da mãe biológica da adotanda**, no qual se afirma que a criança é **fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga**, por doador desconhecido, em C.C.V. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012, grifo nosso).

O Enunciado nº 570, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, afirma: “o reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga ‘a patre’ consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013 apud TARTUCE, 2022, p. 521).

A exigência para a realização do procedimento é apenas o consentimento prévio de uma das partes da relação conjugal para que se possa utilizar o material genético de terceiro. A autorização não necessariamente precisa ser escrita, podendo ser oral, no entanto, precisa ser prévia. Sendo a mulher casada ou estando em união estável, o marido ou companheiro, por presunção legal, será o pai, de modo que ele não poderá denegar a paternidade em virtude da origem genética, ou interpor ação de investigação de paternidade, caso tenha consentido

previamente com o procedimento. A pessoa que doa o material genético não é considerada, para efeitos jurídicos, pai ou mãe da criança concebida mediante reprodução assistida (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 390). A elucidação sobre o assunto é idêntica à exposta por Paulo Lôbo:

A inseminação artificial heteróloga dá-se quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente dador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal. Ressalta-se a distinção entre o pai e o genitor biológico ou dador anônimo (LÔBO, 2022, p. 242).

Uma vez dado o consentimento este se torna irrevogável e jamais a paternidade poderá ser impugnada pelo cônjuge ou companheiro. O homem não poderá voltar-se contra o próprio ato, eis que o *venire contra factum proprium* é afastado pelo ordenamento jurídico brasileiro (LÔBO, 2022, p. 243).

Em relação ao não afastamento da relação de paternidade após prévio consentimento, em técnicas de reprodução assistida, em abril de 2017 surgiu sentença seguindo essa presunção na temática da homoafetividade. Foi afastada a possibilidade de pai homoafetivo renunciar à paternidade após ter planejado e autorizado a técnica de reprodução assistida com seu companheiro. A decisão foi prolatada pelo juiz corregedor da 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, Marcelo Benacchio. O nobre magistrado referenciou a doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira e ainda mencionou a equidade das relações expostas pelo autor:

A anuência do marido assume enorme relevância, funcionando como uma espécie de reconhecimento prévio de filho ou como uma adoção antenatal [...] o vínculo paterno-filial se formou no instante em que se concedeu a aquiescência ao procedimento fertilizador do cônjuge[...] naturalmente, entendemos possível a realização da fertilização heteróloga, também, entre pessoas que vivem em união estável ou em união homoafetiva, não se subsumindo ao casamento. Portanto, incabível a renúncia à filiação com a qual o companheiro já havia concordado (apud TARTUCE, 2022, p. 516).

Para Maria Helena Diniz, uma vez aceita pelo marido, a impugnação da paternidade, seria o caso de uma paternidade incerta para a criança, já que o médico é impedido de revelar a identidade do doador devido ao segredo profissional, tendo em vista a existência da regra do anonimato do doador do sêmen. Traz a jurista:

Se se impugnar fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão do art. 1.597, V, que procurou fazer com que o princípio da

segurança das relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre os cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico (2002, v. 5, p. 380 apud LÔBO, 2022, p. 243).

O pensamento vai de encontro com o de Maria Berenice Dias:

Quem consente não pode impugnar a filiação. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico, e sequer precisa ser realizado exame de DNA. Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite retratação, pois já se encontra em andamento a gestação (2021, p. 226).

A tutela legal da concepção assistida corrobora com o pensamento atual do Direito das Famílias, de forte defesa ao princípio da afetividade, fortalecendo a natureza essencialmente socioafetiva, no lugar da puramente biológica da filiação e da paternidade. Uma vez autorizada a inseminação artificial heteróloga pelo marido em sua esposa, ele não poderá mais negar a paternidade de seu futuro filho fundamentando-se na origem genética, tampouco será admitida a investigação de paternidade, pelo mesmo fundamento, máxime em se tratando de doadores anônimos. “É a negação radical da verdade biológica” (CORNU, 2003, p. 469 apud LÔBO, 2022, p. 243).

Na mesma direção, Maria Berenice Dias alude que na inseminação heteróloga, a concepção se dá por material genético de um doador anônimo e o vínculo de filiação e maternidade é estabelecido com a parturiente. Se ela for casada ou conviver em união estável, tendo o marido ou companheiro consentido com a prática, será ele o pai, por presunção legal (2021, p. 222).

Apesar do Enunciado nº 104 da I Jornada de Direito Civil expor que existe a possibilidade da autorização tácita do marido, entende a jurisprudência e grande parte da doutrina que essa autorização deve ser expressa e escrita (GOMES, 2021, p. 88). Ainda, sobre a capacidade da pessoa que planeja ser receptora das técnicas de reprodução assistida, insta salientar que não é exigido que ela seja casada, devendo ela estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, com consciência plena das suas ações e apta a expressar, de maneira livre e consciente, a sua vontade (GOMES, 2021, p. 88).

Afasta-se o vínculo de paternidade do indivíduo que doou o material genético. Urge manter sigilo em relação à identidade dos doadores e dos receptores. O consentimento não precisa ser manifestado de maneira escrita (pode ser oral) mas necessita ser prévio. A manifestação do cônjuge ou companheiro é o equivalente a uma adoção antenatal, pois expõe, sem possibilidade de retratação, o seu desejo de ser pai (DIAS, M. B. 2021, p. 225).

Aquele nascido por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga possui garantia da igualdade entre os demais filhos, de forma que é tido como descendente de seus genitores, entrando no rol dos herdeiros necessários, trazido no art. 1.845 do Código Civil e, como resultado, não pode ser desconsiderado da herança, a menos que seja pelos casos de indignidade e deserdação previstos em lei, fatos que podem ocorrer com todos os demais herdeiros também (SILVA, 2018, n.p.).

Na Constituição brasileira de 1988, por analogia, pode-se afirmar que os filhos nascidos por técnica de reprodução assistida são titulares dos mesmos direitos dos filhos adotivos, tendo por base o artigo 227, §§5º e 6º da Lei Maior, que trata a adoção como escolha afetiva. Se “apaga” o parentesco genético da vida do filho ou da filha, bem como toda a ligação com sua família biológica, com o intuito que a criança possa conviver com os genitores socioafetivos e assim fazer parte como um todo da nova família, sem prejuízos de ordem psíquica. Da mesma forma deve ser nos casos de crianças havidas por técnica de inseminação artificial heteróloga (SILVA, 2018, n.p.).

Conforme o exposto, a procriação assistida heteróloga é muito similar à adoção unilateral, muito embora exista uma diferença crucial, como se observa no Enunciado nº 111, da I Jornada de Direito Civil:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002 apud GOMES, 2021, p. 86).

Como já supracitado, a regra do doador de material genético anônimo admite exceções, como será analisado no julgamento REsp nº 1.608.005/SC, prolatado pela terceira turma do STJ, que tem como relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. O caso envolve o desejo de um casal homoafetivo masculino, que convivia em união estável, de ter um filho ou uma filha. Para isso, optaram por procurar uma clínica de fertilização para entrar com procedimento de inseminação artificial. A irmã de um dos homens do casal se voluntariou para realizar a gestação por substituição, assim como para doar o gameta feminino necessário para o procedimento. O material genético masculino foi fornecido pelo outro parceiro (cunhado da doadora). Salienta-se que a irmã, doadora do material genético e, ao mesmo tempo, gestante por substituição, declarou ter se voluntariado para doar o material genético para seu irmão e seu cunhado e renunciou prévia e expressamente ao seu poder familiar quanto à criança, através de escritura pública (FILGUEIRA FILHO, 2019, n.p.).

Nascida a criança, os pais pleitearam o reconhecimento da dupla paternidade, deixando em branco os campos relativos aos dados da genitora, pelo fato de a concepção ter sido feita através de inseminação artificial heteróloga e, a gestação, por substituição. O magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, inclusive reconhecendo os genitores do pai biológico e do pai socioafetivo como avós paternos da filha do casal. Insatisfeito, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs recurso de apelação, fundamentando-se na principal tese de sua inicial, que alegava que o caso se tratava de adoção unilateral e, por isso, era da competência de uma das Varas de Infância e Juventude e não da Vara de Família. Pela lógica do *parquet*, a demanda seria um caso de adoção, eis que o material genético da genitora deveria ter sido fornecido por doadora anônima.

O apelo foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que aduziu ser irrelevante o fato de a doadora do óvulo não ser anônima nesse caso. De acordo com o Tribunal, tal formalidade não deveria se manifestar como um impedimento para o reconhecimento do status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos. O Ministério Público interpôs a presente REsp perante o STJ, sustentando violação aos dispositivos dos artigos 25, caput; 41, §1º; 50, §13º, I, todos da lei 8.069/90, bem como do artigo 1.597, V, do Código Civil. Em unanimidade de votos, a terceira turma do STJ negou provimento ao recurso, entendendo que o caso era de uma reprodução assistida heteróloga, razão pela qual inexistia vínculo de parentesco ou filiação com a doadora do material genético, conforme pode-se analisar por um trecho do voto do Exmo. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Na Primeira Jornada de Direito Civil, a questão foi debatida, conforme enunciado n. 111, destacando-se que o instituto da adoção e da reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva. Na oportunidade, foi feita uma diferenciação, no sentido de que, enquanto na adoção, haverá o desligamento dos vínculos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante, no caso dos autos da genitora da menor. **Assim, no caso concreto, a mãe biológica, irmã de um dos autores, não possui vínculo de parentesco com a criança, filha do pai biológico e filha socioafetiva do seu companheiro.** Portanto, não merece acolhida a tese sustentada pelo ilustre representante do Ministério Público Estadual, pois, em não havendo vínculo de parentesco com a genitora, há tão somente a paternidade biológica criança, registrada em seus assentos cartorários, e a pretensão declaratória da paternidade socioafetiva pelo companheiro, ora recorrido. **Importa, com isso, relembrar ao recorrente que o conceito legal de parentesco e filiação tem sido objeto de grandes transformações diante da nova realidade fáctica, em especial, das técnicas de reprodução assistida e da parentalidade socioafetiva, impondo, assim, ao intérprete da lei uma nova leitura do preceito legal contido no artigo 1.593 do Código Civil de 2002, especialmente da parte final do seu enunciado normativo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019, grifo nosso).**

Em 2021, o Conselho Federal de Medicina sanou qualquer dúvida relacionada à questão através da resolução nº 2.294/2021, que flexibilizou a necessidade do anonimato do doador ou doadora de material genético em casos de reprodução assistida heteróloga, permitindo que o doador seja parente dos genitores, da forma que traz no seu texto:

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

A resolução trouxe uma inestimável felicidade ao casal de engenheiros civis Gustavo Catunda e Robert Rosselló, que em fevereiro de 2022 se tornaram o primeiro casal homoafetivo do Brasil a ter filhos com os genes das duas famílias, originando o nascimento dos gêmeos Marc e Maya. A alteração do Conselho Federal de Medicina relativiza o anonimato obrigatório do doador ou doadora de material genético. No caso em questão, a irmã e uma prima de Gustavo aceitaram participar do processo, sendo que foi utilizado o sêmen de Robert e o óvulo da irmã de Gustavo. A prima do engenheiro foi quem realizou a gestação por substituição das crianças. "Nós éramos já um casal onde havia muito amor, e agora multiplicou. Espero que nossa família mantenha a tradição de carinho, afeto, parceria, fidelidade, porque sei que a família é a base de tudo. Espero que sejamos essa base para nossos filhos", disse Gustavo em entrevista ao Portal G1 (CINTRA, 2022, n.p.).

Tomando por base que os casais homoafetivos são biologicamente inférteis eis que não é possível que os dois ou as duas sejam pais ou mães biológicos da mesma criança, é bastante comum que os pares homoafetivos utilizem do método de reprodução assistida heteróloga (GOMES, 2021, p. 87).

A gestação compartilhada é uma opção muito interessante que pode ser usada em casais homoafetivos femininos. Na citada técnica, o embrião é obtido através da fecundação do óvulo de uma mulher com o gameta masculino de um doador anônimo, e transferido para o útero da outra mulher, que irá gestar a criança. Nesse método é possível que uma parceira participe com seu material genético e a outra viva o período da gestação. Lembrando que esse, em especial, não é considerado caso de reprodução assistida heteróloga, e sim, dupla maternidade por gestação compartilhada (GOMES, 2021, p. 88).

4.4 Gestação por substituição

De forma aprofundada, observa-se que os avanços tecnológicos da medicina em associação com as teses da psicanálise, da filosofia e do Direito, hodiernamente nos trazem ao

entendimento de que filiação, paternidade e maternidade são funções exercidas, assim sendo, a família é muito mais da ordem da cultura do que da natureza. Melhor dizendo, cada vez se demonstra que não importa tanto quem gerou ou forneceu o material genético. O milenar instituto da adoção é a grande comprovação dessa afirmação — pai e mãe é quem cria. Vem desse pensamento a criação da expressão criada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e já recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro: “parentalidade socioafetiva”, que pode ser geradora de direitos e obrigações, uma vez declarada judicialmente (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 392). Nessa toada, refletem Pereira e Fachin que a gestação compartilhada é um contrato de geração de filhos, feito tacitamente ou expressamente. Em geral, ele é tácito, ou seja, não há formulação de regras escritas, pois, dentro do regimento brasileiro, ele só pode acontecer entre parentes até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Os outros casos podem existir, mas dependem de autorização do Conselho Regional de Medicina, responsável pela região de domicílio do casal. Não podem ter pretensão remuneratória, tal como estabelecido na Resolução do CFM nº 2.294/2021, em seu artigo IV (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 393).

Para Gabriela Giaqueto Gomes, trata-se de técnica da medicina que permite que um indivíduo biologicamente impossibilitado de gestar possa ter um embrião gestado pelo útero de uma terceira pessoa. Óvulo e sêmen são coletados e transferidos para um tubo de ensaio, local que acontece a fecundação. Passado um tempo, o óvulo fecundado (com material homólogo ou heterólogo) transfere-se para o útero materno de uma doadora, cumprindo alguns requisitos (2021, p. 89).

Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões sinônimas da conhecida expressão “barriga de aluguel” (DIAS, M. B. 2021, p. 227). O Brasil, em consonância com a decisão de muitos outros países, não autorizou expressamente o uso instrumental de útero alheio, sem vínculo de filiação (gestação por substituição). Não há norma brasileira que regulamente e permita a gestação por substituição, da forma que a Resolução do Conselho Federal de Medicina que admite o procedimento, com alguns requisitos, tem natureza apenas de regra de deontologia profissional, que vincula a relação médico-paciente, sem força normativa para alcançar terceiros, logo, não repercute como direito e dever de todos (LÔBO, 2022, p. 239).

A possibilidade de “usar” útero alheio emprestado elimina a presunção *mater semper certa est*, que determina quem é a genitora pela gravidez e pelo parto. Consequentemente, também é excluída a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é sempre o marido da mãe. Nesse procedimento, quem dá à luz não é a mãe biológica, pois o filho gerado

em seu útero não foi formado com seu material genético. Dessa forma, poderia ser considerada, de acordo com o disposto no artigo 1.593 do Código Civil como “mãe civil”. Como método de se adequar às novas realidades, tendo em vista que os casos de gestação por substituição são cada vez menos raros, o que se pode afirmar é que a parturiente é sempre certa (DIAS, M. B. 2021, p. 228).

O CFM, observando uma lacuna legislativa que trazia um óbice para a realização de tais procedimentos, e considerando a infertilidade humana “como um problema de saúde, com implicações médicas”, se refere à Lei nº 12.842/2013, que versa sobre a questão do exercício da medicina e não faz referência à reprodução assistida. Para Lôbo, tais questões não são problemas de saúde, nem estão dispostas de forma expressa como práticas de exercício da medicina. Salienta-se que regras técnicas têm força infralegal, são feitas por órgãos e entidades sem representação popular que não possuem competência para editar normas gerais, o que faz ressaltar o seu caráter não democrático. O recebimento de tais regras aplicadas para além dos limites de deontologia profissional traz perigo ao Estado Democrático de Direito. “Tampouco pode prevalecer a viabilidade dessas técnicas como razão bastante. Não há vácuo legislativo que possa ser preenchido por regras técnicas, até porque as mudanças legislativas recentes não recepcionaram essa prática” (LÔBO, 2022, p. 239).

A Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ editou o Provimento nº 63/2017, que pretendeu regulamentar o registro civil das crianças nascidas mediante técnicas de reprodução assistida, impondo que ambos os pais apresentem no cartório a declaração de nascido vivo e a declaração do diretor técnico da clínica ou instituição médica onde ocorreu o procedimento. O Provimento dispõe que, em caso de bebê nascido de gestação por substituição, não irá constar no registro o nome da parturiente, mas ela terá de ser informada na declaração de nascido vivo. A parturiente irá firmar termo de compromisso esclarecendo a questão da filiação.

Segundo o entendimento de Paulo Lôbo, a matéria exposta não pode ser regulamentada em Provimento, eis que pretende uniformizar procedimentos realizados por oficiais de registros civis, o que ultrapassa o limite reservado à lei. Não se está falando só de procedimento do registro civil, mas sim de atribuição de parentalidade (quem é a mãe; quem são os pais), o que acarreta em estado de filiação (LÔBO, 2022, p. 240).

No âmbito da homoparentalidade, quando essa técnica procriativa é utilizada por um casal lésbico, de forma cada vez mais frequente, é o caso da já citada dupla maternidade por gestação compartilhada, em que o registro da criança poderá ser requerido diretamente junto ao Cartório do Registro Civil. O Conselho Nacional de Justiça expediu provimento

assegurando este direito e proibindo que os oficiais do Registro Civil se neguem a efetuar o registro (DIAS, M. B. 2021, p. 229).

A gestação por substituição é, no geral, utilizada por casais homoafetivos masculinos. Entre os cônjuges, é escolhido um que irá fornecer o sêmen que será utilizado para a fecundação (podendo, também, ser utilizado o material genético de ambos, no intuito de não se identificar quem é o pai biológico). Deve-se escolher também quem irá gestar a criança, que será preferencialmente uma parente de até quarto grau do pai. Há a possibilidade da gestação ser feita por uma parente por afinidade, como sogra ou cunhada, com a determinação de que esses casos devem passar pelo crivo do Conselho Regional de Medicina (GOMES, 2021, p. 89).

Impossível falar sobre o tema sem citar um dos casos mais conhecidos no Brasil. Paulo Gustavo, ator, humorista, escritor e diretor, ficou conhecido em todo Brasil pelo seu personagem “Dona Hermínia” em “Minha Mãe é uma Peça”, obra teatral e cinematográfica de sua autoria. O falecido autor, assumidamente homossexual desde a adolescência, casou-se com o dermatologista Thales Bretas em 2015. Com o sonho de constituírem prole, o casal foi para os Estados Unidos em 2018, a fim de realizarem o procedimento da gestação por substituição. O humorista revelou que foram feitas duas inseminações, em mulheres diferentes, utilizando o material genético dos dois genitores, um em cada candidata. Em 2019, nasceram Gael e Romeu, filhos do casal (DIAS, M. A. 2021, n.p.). Percebe-se, no caso em questão, a presença dos procedimentos de reprodução assistida heteróloga e de gestação por substituição, realizados por casal homoafetivo.

Por que o casal foi buscar o procedimento no exterior? Como já mencionado, a legislação brasileira não regulamenta de forma satisfatória a reprodução assistida, sendo a matéria tratada por algumas diretrizes básicas do Conselho Federal de Medicina. Ocorre que o CFM proíbe a “barriga de aluguel” (gestação por substituição com contraprestação de dinheiro). É necessário que a gestante seja parente de até quarto grau do casal, de forma que os casos em que há ausência de laço de parentesco estão sujeitos à aprovação do CRM. Com essas restrições, alguns casais não atendem aos requisitos nacionais e buscam alternativas em países de legislação mais flexível, o que é chamado de “turismo reprodutivo”. Na Califórnia, local escolhido por Paulo Gustavo e Thales Bretas, a reprodução por outrem já existe há mais de trinta anos e está regulamentada pela lei da Família da Califórnia (ESTADO DA CALIFÓRNIA, 2013 apud DIAS, M. A. 2021, n.p.).

O corpo pode ser considerado um capital físico, simbólico e econômico. Ao corpo são atribuídos valores relacionados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas.

Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin afirmam que se a gravidez ocorresse no corpo masculino, com certeza o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 392). Os autores refletem que a mesma lógica permissiva de pagar ao empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida não raramente em condições insalubres ou perigosas, é a lógica apresentada para remunerar a mulher que despende esforços para gerar um bebê que não é seu. Expõem os autores da seguinte forma:

O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto, não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito. E não se trata de compra e venda, como permitido antes nas sociedades escravocratas e endossado pela moral religiosa. Para se avançar, é preciso deixar hipocrisias de lado e aprender com a História para não se repetir injustiças. É preciso distinguir o tormentoso e difícil caminho entre ética e moral. A questão sobre a qual se deve refletir é: por que não se pode remunerar uma mulher pelo “aluguel” de seu útero? Sabe-se que no Brasil acontece na clandestinidade o que já é lei em vários países, a exemplo de Estados Unidos, Israel, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Índia, Rússia e Ucrânia. É como o aborto no Brasil: não existe para mulheres pobres (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 392-393).

A regulamentação do acordo de pagamento pela cessão temporária de um útero, tornando o ato lícito, não eliminaria o altruísmo requerido pelos atos normativos do Conselho Federal de Medicina, mas sim, evitaria extorsões, confusões e clandestinidade. Deve-se pensar se quem não tem útero ou a capacidade para gestar um filho não poderia ter a possibilidade de buscar a realização do feito por outra mulher, ajudando-a com os custos. Sabe-se que a gravidez tem uma despesa alta, muitas vezes. O corpo gestante deve tomar muitos cuidados e abdicar de muitas coisas em prol do feto. Ao estudar o assunto, percebe-se que é uma questão de problemática ética, moral, religiosa, política e jurídica. “Quem sabe no futuro próximo, nesta mesma esteira da evolução do pensamento, alugar um útero para gerar o próprio filho, para aqueles que não querem adotar, ou porque o processo judicial de adoção é emperrado e caótico, passará da clandestinidade para uma realidade jurídica?” (PEREIRA; FACHIN, 2021, p. 392).

De visão similar, Maria Berenice Dias expõe que, apesar do Conselho Federal de Medicina determinar que a cessão temporária do útero não deve ter caráter lucrativo ou comercial, é possível realizar a prática deste serviço de maneira onerosa. Isso porque as normas éticas de determinada categoria profissional não são lei. Apenas o segmento a que se destinam está subordinado a elas (2021, p. 227).

Observa-se também que não se trata da comercialização de órgão, tecido ou substância, prática que é proibida pela Constituição Federal (CRFB/88, art. 199, §4º). A gestante não vende, apenas empresta temporariamente seu útero. Não é caso de

comercialização da criança, situação que seria nula, por ilicitude do objeto (CC/2002, art. 104, II). Também não há ilicitude em âmbito penal porque não é caso de dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP, art. 242). Para a autora: “trata-se nada mais do que um negócio jurídico de comportamento, assumindo a gestante uma obrigação de fazer que culmina com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho” (DIAS, M. B. 2021, p. 228). Nessa prestação, não há impedimentos para que, durante o período gestacional, a mãe-civil receba contraprestação a título de alimentos gravídicos. Mesmo com tantas vedações, não há justificativa para negar a possibilidade de remunerar alguém que, de uma forma ou de outra, está prestando um serviço a outrem. Um serviço em tempo integral por nove longos meses (DIAS, M. B. 2021, p. 228).

De opinião contrária, elucida Paulo Lôbo que, se os seres humanos são livres, não devem ser utilizados como simples objetos, mas sim tratados com dignidade e respeito, conforme o pensamento de Immanuel Kant. Em outro ângulo, a divisão do papel de mãe em três partes (genitor que adota, doadora de óvulo e gestante) traz à tona problemáticas referente a quem tem mais direito de reivindicar a criança. O jurista expõe que: “há certas virtudes e bens da natureza tão elevados que transcendem as leis do mercado e o poder do dinheiro” (LÔBO, 2022, p. 241). Na ótica social, há a preocupação de que, caso a gestação por substituição seja autorizada a acontecer de forma onerosa, as mulheres mais pobres possam ceder a fazer o procedimento de forma corriqueira, provocando possíveis riscos à sua saúde e até na do bebê. Não é crível que mulheres ricas se submetam à utilização de seu útero para fins de filiação de estranhos (LÔBO, 2022, p. 241).

O médico Rogério Tuma ainda alertou sobre a importância que o período gestacional tem para a boa formação da criança, e sobre o papel importante da gestante, informando que, mesmo sendo essencial, a genética não é tudo. Os genes representam um aglomerado de potencialidades. É perfeitamente possível que esses genes tenham suas expressões moldadas por fatores do meio ambiente e social, a exemplo: estresse psicológico, má-alimentação e falta de estímulo cognitivo, sem citar mudanças orgânicas ou metabólicas, como falta de oxigênio no parto, insuficiência hormonal da tireóide e diabetes. Até a ingestão leve de álcool durante a gravidez pode reduzir o QI do rebento (TUMA, 2018 apud LÔBO, 2022, p. 242). Disso retira-se que existem motivos plausíveis para que se exija a confiança na pessoa que irá ceder o útero, já que seu comportamento e seu estilo de vida influenciarão certamente na saúde da criança.

4.5 Bioética e biodireito: avanços e desafios

A bioética e o biodireito são duas áreas do saber que procuram analisar as interações entre os seres humanos e suas condutas no uso de biotecnologias e da própria ciência. Tem-se como foco a análise em vista do que se pode considerar correto na aplicação das ciências no cotidiano humano. O biodireito é norteador pelo avanço muito rápido de novos procedimentos, como as técnicas de reprodução assistida, que trouxeram a luz de que faltam normas a serem seguidas por profissionais e pacientes, trazendo uma enorme insegurança jurídica (ARAÚJO; ARAÚJO, 2018, p. 234).

Os avanços da tecnologia referente à reprodução humana aconteceram muito rapidamente e suscitaram muitas questões desde o nascimento da primeira criança, em 1978. Pode-se dizer que a ciência do “dever ser” teve também de achar formas de se adequar ao que se impunha como fato (OLIVEIRA; FREIRE DE SÁ, 2015 apud COHEN; OLIVEIRA, 2019, p. 266).

A Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 dispôs sobre os organismos geneticamente modificados e derivados e estimulou um grande avanço na área da biossegurança e da biotecnologia. Nota-se que no art. 5º da citada lei, é previsto o uso de embriões humanos para fins terapêuticos desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos e que haja consentimento dos doadores. O art. 6º proíbe a clonagem e manipulação genética em embrião humano. São esses os principais dispositivos legais que pretendem satisfazer uma série de novas questões que surgem e que não poderiam ser previstas quando o assunto é reprodução humana (COHEN; OLIVEIRA, 2019, p. 270).

Conforme analisado extensamente, é fato que a legislação brasileira é falha nos assuntos relacionados à reprodução assistida, o que causa grande desconforto em seus usuários, sobretudo sobre pontos polêmicos como: reprodução assistida *post mortem*, destino de embriões excedentários, casos envolvendo casais homoafetivos e congelamento de embriões. Outro ponto que vem causando controvérsia é a negativa dos planos de saúde, que consideram que não têm a obrigação de cobrir os custos relacionados ao tratamento de reprodução assistida. Tendo em vista a existência de tantos pontos controversos: “uma das soluções seria o projeto de lei que tramita no congresso, para que possa ter uma luz, com soluções para afastar essa insegurança que os profissionais e os pacientes sentem ao se discutir o assunto” (ARAÚJO; ARAÚJO, 2018, p. 235).

É nítido que o CFM se adiantou e dispôs sobre praticamente todas as disposições relativas ao processo de reprodução humana, uma vez que não há tratamento jurídico específico para ela. Cumpre destacar que algumas disposições constitucionais e

infraconstitucionais são conflituosas em relação às resoluções do CFM. Tal como, garante-se à criança o conhecimento de sua origem genética. Nas palavras de Paulo Lôbo:

O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e parentalidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome (LÔBO, 2022, p. 248).

No entanto, em caso de doador é garantido pelo CFM o sigilo referente às suas características fenotípicas e identidade. Outra questão ainda conflituosa é a quem pertence os embriões excedentários, congelados há mais de três anos, cujo casal extinguiu a relação conjugal? (COHEN; OLIVEIRA, 2019, p. 270).

É possível observar avanços notáveis referentes à equidade dos laços de paternidade e maternidade de heterossexuais e homossexuais, assim como uma crescente valorização do princípio da afetividade, sobretudo através da atuação do Judiciário. Entre as problemáticas estão as formas de comprovação de filiação, que pela legislação estão ultrapassadas, eis que as presunções de parentalidade levando em conta critérios somente biológicos, genéticos e matrimoniais, como a *mater semper certa est* e *pater ist est quem nuptiae demonstrant* já não correspondem à realidade social. A questão das reproduções humanas acarreta o estudo de diversas áreas de conhecimento, traz situações únicas que carecem de análise dos pontos de vista jurídico, técnico, moral e científico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade passou por inúmeras transformações culturais, econômicas, sociais e históricas que transformaram a forma em que a família é vista e concebida pela sociedade. Basta analisar criticamente que é possível perceber que a família de hoje não é a mesma que a de trinta anos atrás, que não era a mesma do século passado, que não era a mesma das antigas civilizações. A família, assim como o próprio Direito, é uma entidade de constante mutação, que se adapta à sociedade a qual pertence, seus valores, suas crenças e seus interesses.

Agrupar-se em família já foi instinto natural, questão de sobrevivência e interesse para a conquista de um maior número de indivíduos para mão de obra, o que possibilitaria o acesso à alimentação e à segurança. A família já foi vista como sinônimo de manutenção de poder, patrimônio, riqueza e linhagem. Não é à toa que em muitas civilizações era comum o costume de casar-se com familiares para manter o poder. Tal pensamento se manteve por um longo tempo. Se comparado com a história da humanidade, até pouco tempo atrás, a família era lida como um vínculo de perpetuação patrimonial, fundado em laços consanguíneos e, necessariamente, instituída pelo casamento.

A ideia de relação conjugal estritamente ligada à procriação, o conservadorismo e os dogmas da religião fizeram com o que os homossexuais fossem marginalizados e considerados como sujeitos incapazes de formar vínculo familiar. Como indica um antigo brocardo latino, *ex facto oritur ius*, o direito é originado a partir dos fatos. E o fato é que a família já não é mais resumida ao casamento. Os princípios constitucionais, implícitos e explícitos, trazidos com a promulgação da CRFB/88, de certo resguardaram inúmeros direitos para as pessoas LGBTI. A Constituição, que trouxe como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, atribuiu a todos os cidadãos o direito à igualdade, liberdade, respeito à vida privada e muitos outros.

Um princípio emergiu como o grande e identificador do vínculo familiar: o da afetividade. O afeto se demonstra com a plena vontade de comunhão de vidas, o cuidado, a proteção, o carinho, o amor que uma pessoa tem pela outra. Esse é o princípio que se tem como base da família, ou melhor, das famílias, forma que indica melhor a pluralidade e diversidade dessas entidades. A igualdade de direitos, protegida constitucionalmente, se faz necessária na atual conjuntura, de modo que o tratamento diferenciado direcionado a um certo grupo de pessoas deve constar expresse e ter fortes justificativas. É inegável que homossexuais são capazes de formar vínculos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, e

não há na legislação nenhuma vedação expressa a essa união, de modo que o tratamento igualitário é necessário.

O julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 pelo STF operou uma verdadeira quebra de paradigmas e uma transformação no Direito das Famílias ao equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis, assegurando a elas os mesmos direitos e oportunidades. Por força constitucional, a união estável deve ter sua conversão em casamento facilitada pelo Estado, de modo que foi questão de tempo até os homossexuais enfim conquistarem o direito que os heterossexuais já tinham há tanto tempo: o de conviverem e se casarem com as pessoas que amam.

É indubitável que existe um direito à parentalidade, que se constitui em um direito à reprodução e à adoção, com a consequente guarda do seu filho. Tal direito é inafastável aos homossexuais, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e do livre planejamento familiar. O princípio do melhor interesse da criança é norteador nas questões envolvendo crianças e adolescentes, que muitas vezes já têm um vínculo formado com pais e mães homossexuais, que os provém com o afeto e a assistência necessária. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e a legitimação dos vínculos de afeto facilitaram com que casais homoafetivos pudessem adotar. Os avanços tecnológicos da biomedicina romperam a barreira da infertilidade inerente aos casais homoafetivos e possibilitaram a reprodução humana sem ato sexual, através de técnicas de reprodução assistida.

A adoção é um instituto existente há séculos, mas sua motivação mudou muito no percurso do tempo. Já foi um instrumento de perpetuação de patrimônio, direcionado a casais que não tiveram filhos biológicos, cuja intenção maior era a proteção dos interesses dos adotantes. Hoje, a adoção tomou um caminho mais humanizado, fundado na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente adotado. Com a defesa da família monoparental, expressa na Constituição Cidadã, um indivíduo homossexual já pôde adotar desde a promulgação da Carta. Mas o direito à adoção conjunta só veio de forma uniforme após o reconhecimento da família homoafetiva pela Suprema Corte. Casos anteriores sofriam com a arbitrariedade e o preconceito dos juízes, que tomavam decisões dissonantes diante da lacuna legislativa. Pesquisas científicas e psicossociais já indicaram que ser oriunda de família homoparental, por si só, não acarreta em nenhum malefício para a criança. Em fato, muito se discute se a homossexualidade é moral ou imoral, deixando de se pensar na imoralidade que é deixar crianças crescerem sozinhas em casas de acolhimento, muitas vezes abandonadas por casais heterossexuais, enquanto existem famílias afetivamente prontas para recebê-las,

dispostas a ofertar a elas toda a dedicação e responsabilidade que essas crianças precisam e merecem.

A infertilidade existente nos indivíduos e casais fez com que surgisse uma demanda pela medicalização da reprodução humana, que, em muitos casos, é impossível de se concretizar de maneira natural. Os avanços da medicina, as novas tecnologias e a ciência fizeram surgir métodos de reprodução de seres humanos sem a necessidade de ato sexual, através dos métodos de reprodução assistida. Em casos de infertilidade do par, é possível realizar a fecundação externa utilizando os gametas do próprio casal, o que é chamado de reprodução assistida homóloga. Ocorre que, em casos de esterilidade no casal ou em caso de genitores homoafetivos, é necessária a utilização de material genético de terceiro, o que é chamado de reprodução assistida heteróloga.

Ainda existe a possibilidade da cessão temporária do útero de outrem, especialmente em casos de par homoafetivo masculino, para que seja possível a gestação da criança, o que é chamado de gestação por substituição. As técnicas de reprodução assistida heteróloga são boas alternativas de reprodução para casais homoafetivos tendo em vista que são aquelas que mais se assemelham à reprodução biológica natural, sendo possível preservar a genética de pelo menos um dos componentes do casal. Atualmente, de acordo com a Resolução nº 2.294/2021 da CFM, não é requisito que o casal seja infértil para que realize as técnicas de reprodução assistida, sendo ato de livre escolha do par, homoafetivo, heteroafetivo, e até mesmo pessoa solteira.

Os avanços médicos e tecnológicos e as transformações da sociedade trazem a possibilidade de formação de entidades familiares cada vez mais diversas e contemporâneas, fundadas na afetividade e comunhão de vida de seus integrantes, e que possivelmente não possuem seus direitos devidamente reconhecidos e tutelados. Novos paradigmas se formam envolvendo o assunto, e acabam por desembocar no Judiciário, por falta de previsão normativa. O Brasil é um país de sistema *civil law*, onde a legislação escrita é especialmente prestigiada. Mesmo diante dos avanços da jurisprudência, é imperiosa a edição de normas legislativas específicas que tutelem os direitos das famílias homoafetivas e homoparentais.

As uniões estáveis e os filhos havidos fora do casamento tiveram seu reconhecimento e legitimação constitucional após muita pressão social e transformação dos tempos. É necessário que o mesmo ocorra com as famílias homoafetivas. Hodiernamente, percebe-se que não há nenhuma norma específica protegendo os direitos do indivíduo homossexual. A homofobia foi equiparada ao racismo, pelo Judiciário, sem que fossem editadas normas específicas que caracterizassem sua incidência e a criminalizasse. A possibilidade de casais

homoafetivos se casarem e terem filhos foi advinda da jurisprudência, de resoluções da CFM e de provimentos do CNJ, que atribuíram a equiparação da união homoafetiva à união estável. É inevitável perceber que o homossexual não possui direitos próprios reconhecidos por legislação, sendo necessário que se pegue “emprestado” os direitos do outros. É como se precisasse comprovar que o homossexual é um ser humano, digno de direitos fundamentais como qualquer outro cidadão. A homofobia não está prevista e não consta como crime no Código Penal, mesmo o Brasil sendo um dos países que mais mata pessoas LGBTI no mundo. As famílias homoafetivas não estão expressas na Constituição nem no Código Civil. Para o Legislativo, é como se o homossexual não existisse. Certamente, não há forma mais perversa de exclusão do que a condenação à invisibilidade.

Mas a realidade social é que pessoas LGBTI existem, sempre existiram, e enquanto o Poder Legislativo veda seus olhos e sonega regulamentar os direitos de uma parcela considerável da sociedade, o Poder Judiciário cumpre o seu papel, efetivando e garantindo que os princípios da igualdade e da liberdade, previstos na Carta Magna, sejam aplicados a todos os cidadãos do Brasil. Além de reconhecimento legislativo, é necessário que sejam realizadas políticas públicas que promovam o respeito à diversidade, a tutela dos direitos humanos, a educação sexual e o combate à homofobia, que está enraizada na sociedade brasileira. É necessário que se quebre a concepção de que os homossexuais querem “destruir a família” e que se entenda que eles apenas almejam constituir a própria, da sua maneira e com os mesmos direitos aplicáveis às outras. Dessa forma, casais homoafetivos poderão viver em um ambiente social que não os discriminam e que não os ofendam. Espera-se que o dia de justiça aplicável a todos esteja próximo, para que ninguém mais seja cerceado do direito de amar, do direito de constituir uma família e, essencialmente, do direito de ser feliz.

REFERÊNCIAS

AGRELA, Lucas. Filhos de pais gays crescem tão bem quanto os de casais heterossexuais.

Exame. Publicado em: 04 jul. 2018. Disponível em:

<https://exame.com/ciencia/filhos-de-pais-gays-crescem-tao-bem-quanto-os-de-casais-heterossxuais/>. Acesso em: 23 maio 2022.

ALVES, Jônes Figueirêdo. Reprodução Assistida para as famílias ectogenéticas reclama legislação. **IBDFAM**. Publicado em: 02 jul. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1716/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+Assistida+para+as+fam%C3%ADlias+ectogen%C3%A9ticas+reclama+legisla%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 2 abr. 2022.

ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. Parentalidade em casais homossexuais: uma revisão sistemática. **Revista Psicologia em Pesquisa (UFJF)**, Juiz de Fora, v. 10, n. 2, p. 31-39, 2016. Disponível em:

<https://periodicos.ufjf.br/index.php/psicologiaempesquisa/article/view/23356>. Acesso em: 23 maio 2022.

ARAUJO, J. P. M. de; ARAUJO, C. H. M. de. Biodireito e legislação na reprodução assistida. **Revista de Medicina da USP (Ribeirão Preto)**, [S. l.], v. 51, n. 3, p. 217-235, 2018. DOI:

10.11606/issn.2176-7262.v51i3p217-235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/152104>. Acesso em: 14 maio 2022.

ASSUNÇÃO, Sheyla; POZZEBOM, Elina Rodrigues. Dia da adoção: Brasil tem 34 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos. **Agência Senado**. Publicado em: 22 maio. 2020. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos>. Acesso em: 19 maio 2022.

BARROS, Alerrandre. Em pesquisa inédita do IBGE, 2,9 milhões de adultos se declaram homossexuais ou bissexuais em 2019. **Agência IBGE**. Publicado em: 25 maio. 2022.

Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/33785-em-pesquisa-inedita-do-ibge-2-9-milhoes-de-adultos-se-declararam-homossexuais-ou-bissexuais-em-2019>. Acesso em: 29 maio 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. vol. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951.

BITTAR, Cássia. Qual é a cara da adoção no Brasil? **OAB/RJ**. Publicado em: 21 maio. 2021.

Disponível em: <https://oabrj.org.br/noticias/qual-cara-adocao-brasil>. Acesso em: 19 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 1918421 SP**

2021/0024251-6. Prevalência da transparência e consentimento expreso acerca dos procedimentos [...] Relator: Ministro MARCO BUZZI. Julgado em: 08 de junho de 2021b. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1270115923/recurso-especial-resp-1918421-sp-2021-0024251-6>. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 889852 RS 2006/0209137-4**. Adoção de menores por casal homossexual [...] Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Julgado em: 27 de abril de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/certidao-de-julgamento-16839765>. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **HC nº 404545 CE 2017/0146674-8**. Alegação de ilegalidade da decisão proferida na ação de busca e apreensão da criança proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fortaleza/CE [...] Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Julgado em: 22 de agosto de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473957076/habeas-corpus-hc-404545-ce-2017-0146674-8>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1608005 SC 2016/0160766-4**. Melhor interesse da criança. possibilidade de registro simultâneo do pai biológico e do pai socioafetivo no assento de nascimento [...] Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Julgado em: 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4/certidao-de-julgamento-711899911>. Acesso em: 4 maio 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1763626 SP 2018/0224692-8**. DECISÃO Consta dos autos que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em desfavor de José Levy Fidelix da Cruz [...] Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Julgado em: 13 de dezembro de 2021a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1344886390/recurso-especial-resp-1763626-sp-2018-0224692-8/decisao-monocratica-1344886420>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277 DF**. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...] Relator: AYRES BRITTO. Julgado em: 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 11 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Diário Oficial da União. Ano 1990, Disponível em: <https://cutt.ly/yECVBmB>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1281093 SP 2011/0201685-2.** Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda [...] Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em: 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23042089/recurso-especial-resp-1281093-sp-2011-0201685-2-stj>. Acesso em: 13 maio 2022.

CALDERÓN, R. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. 9788530977153. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. A família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta Journal Law**, Jacarézinho - PR, nº 17, p. 181-204. Publicado em: abr. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/239>. Acesso em: 15 maio 2022.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito:** proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. 3. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. Da Adoção por Homossexuais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 80, 21 set. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4302>. Acesso em: 15 maio 2022.

CINTRA, Caroline. Casal gay do DF tem filhos gêmeos com genética das duas famílias; bebês são os primeiros do Brasil com gene de dois pais. **G1/DF**. Publicado em: 27 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/02/27/casal-gay-do-df-tem-filhos-gemeos-com-genetica-das-duas-familias-bebes-sao-os-primeiros-do-brasil-com-gene-de-dois-pais.ghtml>. Acesso em: 14 maio 2022.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, Enunciado 106. **I Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017.** Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, seção I, p. 117. Diário Oficial da União, Brasília: DF. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do-1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026. Acesso em: 12 maio 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.294/2021**. Publicada no D.O.U. de 15 de junho de 2021, seção I, p. 60. Diário Oficial da União, Brasília: DF. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 12 maio 2022.

COSTA, Ana Surany Martins. Os novos arranjos familiares que alteram a feição da família tradicional à luz do Direito Civil: o afeto como bem jurídico. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília: v. 13, nº 100, 2011, p. 317-342. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/160>. Acesso em: 24 maio 2022.

CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. **IBDFAM**. 10 jun. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CUNHA, Saulo. Adoção: nova lei altera estatuto da criança e do adolescente, garante direito e gera polêmica. **Prattein**. Publicado em 06 dez. 2017. Disponível em: https://www.prattein.com.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=865:adoacao-nova-lei-altera-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-garante-direitos-e-gera-polemica&catid=72:legislacao-e-politicas-publicas&Itemid=161. Acesso em: 10 de maio 2022.

DEUS, Enézio de. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 4 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

DIAS, Maiara Alves. “Barriga de aluguel”: o sonho da maternidade/paternidade através da maternidade por substituição. **Migalhas**. Publicado em: 21 maio. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345936/barriga-de-aluguel--o-sonho-da-maternidade-paternidade>. Acesso em: 14 maio 2022.

DIAS, Maria Berenice. Direito à Diversidade? **Maria Berenice Dias**. Publicado em: 14 abr. 2009. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/direito-a-diversidade/>. Acesso em: 20 maio 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ESTEFAM, André Araújo L. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 9788547210571. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/>. Acesso em: 25 maio 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010.

FELICIANO, Pedro Henrique. Dilemas e desafios na homoparentalidade pela via da adoção. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.7 n.2, p. 194-206, 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/1764>. Acesso em: 2 mar. 2022.

FILGUEIRA FILHO, Antônio Correia. Comentários sobre os reflexos do REsp 1.608.005/SC no contexto da reprodução assistida e multiparentalidade. **Migalhas**. Publicado em: 13 ago. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/308558/comentarios-sobre-os-reflexos-do-resp1-608-005-sc-no-contexto-da-reproducao-assistida-e-multiparentalidade>. Acesso em: 14 maio 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. União homoafetiva estável. Adoção unilateral. Inseminação. **Revista dos Tribunais**, [S.l.], v. 932/2013, p. 447 – 502, 2013. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=rl&srguid=i0ad6adc600000180b9b2bcf8ef276e9c&docguid=I96320fb0b3b211e2995b010000000000&hitguid=I96320fb0b3b211e2995b010000000000&spos=2&epos=2&td=8&context=56&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 12 de maio 2022.

GODOY, Fernanda. Adoção por casais gays aumenta à medida que caem restrições legais. **O Globo**. Publicado em: 5 nov. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/adocao-por-casais-gays-aumenta-medida-que-caem-restricoes-legais-3216482>. Acesso em: 14 maio 2022.

GOMES, Gabriela Giaqueto. **Homoparentalidade nas Relações Homoafetivas: Adoção e Reprodução Assistida**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

GROSS, Jacson. O preconceito nosso de cada dia... Algumas considerações sobre o perfil adotivo de casais homossexuais masculinos. In: **CONGRESSO MUNDO DE MULHERES & SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO**, 13º e 11º, 2017, Florianópolis. Anais eletrônicos [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/site/anaiscomplementares>. Acesso em: 20 maio 2022.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil Volume 5 - Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786555596281. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596281/>. Acesso em: 11 maio 2022.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito civil: famílias: volume 5**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555593655. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>. Acesso em: 04 maio 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito da Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555598117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598117/>. Acesso em: 05 maio 2022.

MARONE, Nicoli de Souza. A evolução histórica da adoção. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16929&revista_caderno=14. Acesso em: 6 abr. 2022.

MÜLLER, Meri. Princípios constitucionais da família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5268, Publicado em: 3 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60547>. Acesso em: 30 abr. 2022.

OLIVEIRA, Daniela Bodago Bastos de. Homoparentalidade: um novo paradigma de família. **IBDFAM**. Publicado em: 17 out. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/458/Homoparentalidade%3A+um+novo+paradigma+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 10 maio 2022.

OLIVEIRA, Amanda Soares; CASTRO, Nilsandra Martins de. Discurso de Ódio em Relação à Minoria LGBT: O Problema da Liberdade de Expressão em Colisão com Demais Princípios Constitucionais. Teresina: **Revista JNT- Facit Business and Technology Journal**. QUALIS B1, v. 1, ed. 28, p. 40-63. Publicado em: 6 jul 2021. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1068>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 5 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PENNO, Sheila Maria. Os princípios constitucionais como garantia da possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos. **Revista da ESMESC**, v. 17, n. 23, 2010, p. 463-507. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/4/11>. Acesso em: 10 maio 2022.

PEREIRA, Rodrigo da C; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9786559642557. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642557/>. Acesso em: 01 maio 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530992996. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/>. Acesso em: 04 abr. 2022

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Tratado de direitos das famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

POMBO, Mariana Ferreira. Família, filiação, parentalidade: novos arranjos, novas questões. **Revista Psicologia USP**, São Paulo, v. 30, e180204, p. 1-10, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/dntXddns5LLhLPcBBkfM7ds/?lang=pt>. Acesso em: 22 maio 2022.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Guilherme Barros da Silva. Evolução do Processo Adoção no Brasil: Procedimento e Finalidade. **Revista Âmbito Jurídico**. Campina Grande. 23 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/eca/evolucao-do-processo-adocao-no-brasil-procedimento-e-finalidade/>. Acesso em 07 abr. 2022.

RIOS, Roger Riapp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Argemiro Cesar do Vale Verde de Lima e. Os aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5442, 26 maio. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62573/os-aspectos-juridicos-da-reproducao-assistida-heterologa>. Acesso em: 11 maio 2022.

SOUTO, Fernanda R. et al. **Direito das Famílias**. Porto Alegre: Grupo A, 2021. 9786556901473. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556901473/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

SOUZA, Thaynná. Direitos homoafetivos: a possibilidade jurídica da adoção por pares homoafetivos no brasil. **Revista de Direito UNIFACEX**, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 1–19, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifacex.com.br/direito/article/view/1102>. Acesso em: 12 maio 2022.

TARTUCE, Flávio. A nova resolução 2.294 2021 do Conselho Federal de Medicina sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Migalhas**. Publicado em: 28 jul. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1725/A+nova+resolu%C3%A7%C3%A3o+2.294+2021+do+Conselho+Federal+de+Medicina+sobre+a+utiliza%C3%A7%C3%A3o+das+t%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida>. Acesso em: 25 maio 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. 9786559643578. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>. Acesso em: 01 jun 2022

TEPEDINO, G. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família** - Vol. 6. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992514. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992514/>. Acesso em: 02 abr. 2022.

WERNER, Ygor. A repersonalização do direito de família sob a ótica da jurisdição constitucional. **Migalhas**. Publicado em: 7 out. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/352839/direito-de-familia-sob-a-otica-da-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 17 maio 2022.