

FAMÍLIA HOMOAFETIVA: FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, REPRODUÇÃO ASSISTIDA E ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Kelly Cristina Canela

*Professora, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista,
Brasil*

Resumo: O presente artigo analisa o tema da filiação homoafetiva no direito brasileiro através da abordagem da homoafetividade, da reprodução assistida e da adoção homoparental. O tema é muito controvertido e tratado de forma contraditória no sistema jurídico, ora com omissão legislativa, ora com o reconhecimento de direitos pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma tema muito atual no ordem jurídica brasileira, sofrendo alterações constantes, especialmente após o reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável na relação entre pessoas do mesmo sexo e a consequente reformulação dos conceitos de família e filiação.

Palavras-chave: Homoafetividade; filiação; reprodução assistida; adoção.

Introdução

A presente pesquisa tem o escopo de analisar, no Sistema Jurídico Brasileiro, o direito à parentalidade no interior da relação homoafetiva. Diante de impossibilidade de procriação por meios naturais, casais do mesmo sexo buscam realizar o sonho de ter filhos biológicos ou adotivos, algo impossível e inimaginável no passado.

E esta busca pelo direito de ser pai ou mãe passa pela análise de três momentos: filiação homoafetiva, reprodução assistida e adoção. Entretanto, para compreender estes institutos, é importante analisar a evolução da entidade familiar homossexual até o momento do reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo, marco histórico do Direito de Família Brasileiro.

Embora ainda exista na sociedade brasileira muito preconceito¹ e crimes violentos² em relação aos homossexuais, contraditoriamente, os casais de mesmo sexo, hoje, têm reconhecidos inúmeros direitos, tais como o casamento, a união estável, o direito à adoção individual e conjunta, dentre outros.

É curioso observar que reconhecimento dos direitos ocorreu mesmo diante da omissão legislativa. Tal omissão, ainda presente, demonstra a resistência que o tema enfrenta em terras brasileiras tanto no âmbito social, quanto político³.

Coube ao Poder Judiciário consagrar, aos poucos, estes direitos. Inicialmente, coube os juízes de primeiras instância e, posteriormente, aos Tribunais Superiores. As decisões judiciais foram o produto de mudanças socioculturais. O inverso também é verdadeiro.

1. Família socioafetiva no Sistema Jurídico Brasileiro

Houve um longo percurso para reconhecimento da família homoafetiva⁴ no Sistema Jurídico Brasileiro. Todavia, o Brasil ainda não possui uma legislação que aborda expressa e sistematicamente o tema. O reconhecimento dos direitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo é fruto da elaboração jurisprudencial.

Embora a Constituição Federal de 1988 proíba qualquer forma de

-
- 1 Em uma pesquisa realizada pela agência de pesquisa e inteligência de mercado Hello Research, em 2015, 49% dos brasileiros são contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Informação disponível em <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/quase-50-dos-brasileiros-sao-contra-casamentos-gays>>, data de acesso: 07/10/2016.
 - 2 A violência homofóbica e outros abusos contra a população LGBT é uma realidade no Brasil. Relatório governamental de 2016 comprova o grave quadro de violência contra homossexuais no país. Cf. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília, 2016, disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>, data de acesso: 06/10/2016.
 - 3 Sobre a omissão legislativa em temas relativos à sexualidade, importa mencionar a observação de Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145: “as questões que dizem com a sexualidade sempre foram e ainda são cercadas de mitos e tabus, e os chamados desvios sexuais, tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes, permanecem alvo da mais profunda rejeição social. Tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador de normar situações que fogem dos padrões de moralidade aceitos no meio social. Mas fechar os olhos não faz desaparecer a realidade. E a omissão legal acaba tão só fomentando a discriminação”.
 - 4 O neologismo “homoafetividade” foi criado por Maria Berenice Dias em sua obra intitulada *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Trata-se da primeira obra, no Brasil, que abordou o tema dos direitos derivados das relações entre pessoas do mesmo sexo. Cf. Dias, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 12.

discriminação⁵, ao mencionar as formas de entidades familiares⁶, ela expressamente declara que a união estável é a união entre homem e mulher⁷. Tal circunstância, atrasou o reconhecimento dos direitos derivados das uniões homossexuais⁸.

Contudo, em razão dos movimentos sociais, da lenta, mas significativa mudança de concepção da sociedade e da alteração da interpretação dos dispositivos constitucionais, surgiu um novo paradigma neste setor.

Inicialmente, a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo era catalogada, no direito brasileiro, como um mero vínculo negocial através do instituto da “sociedade de fato”⁹. Desta forma, em caso de dissolução da união, era possível pleitear a divisão do patrimônio adquirido através de esforço em comum. Este foi o primeiro passo de uma longa trajetória e o encontramos em uma decisão do Superior Tribunal de Justiça de 1998¹⁰.

Em um julgado de 1999, os processos relativos à união homoafetiva passaram a ser analisados nas Varas de Direito de Família, amenizando o tratamento meramente patrimonial destas uniões¹¹.

Apenas dois anos após, em 2001, a união homossexual seria compreendida como entidade familiar para a finalidade de concessão de direitos sucessórios ao parceiro sobrevivente¹².

5 Art. 3º, inc. IV: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

6 São entidades familiares, segundo a Lei Fundamental, o casamento, a união estável e a família monoparental, isto é, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º, Constituição Federal). A ordem constitucional brasileira admite o denominado *pluralismo/polimorfismo familiar*, com *famílias multiformes*. Cf. STJ, Resp 1.183.378-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

7 Art. 226, §3º, Constituição Federal: “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”.

8 De qualquer forma, é importante observar que a Constituição de 1988 trouxe uma profunda transformação no Direito de Família, como bem observa Rodrigo da Cunha Pereira. A sexualidade vista pelo tribunais. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30: “(...) a Constituição de 1988, que fez uma verdadeira revolução no Direito de Família. Igualizou os direitos entre homens e mulheres e entre cônjuges (art. 5º, I, e §5º do art. 226); o casamento deixou de ser a única forma de constituição de família, reconhecendo-se também a união estável (concubinato não-adulterino) e as famílias monoparentais, ou seja, qualquer dos pais que viva com seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º); interferiu no sistema de filiação, proibindo qualquer designação discriminatória entre filhos havidos ou não na constância do casamento (art. 227, §6º) e na adoção (art. 227, §6º)”.

9 Art. 1363, Código Civil de 1916; art. 981, Código Civil de 2002 (contrato de sociedade).

10 STJ, Resp 148.897/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998.

11 TJRS, AJ 599 075 496, 8ª C. Civ., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/06/1999.

12 TJRS, AC 70001388982, 7ª C. Civ., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001.

No âmbito da Justiça Eleitoral, o Superior Tribunal Eleitoral definiu que a companheira de mesmo sexo deveria ser considerada inelegível em razão de comprovada relação afetiva estável homossexual¹³.

Em 2010, foi conferida a possibilidade de adoção unilateral pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴.

No ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte brasileira, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, em histórica decisão, proferida por unanimidade, e com efeitos *erga omnes* e vinculante¹⁵. A Corte Constitucional consagrou, desta forma, a isonomia entre a união estável de homem e mulher e a união estável de pessoas do mesmo sexo¹⁶.

No mesmo ano, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,¹⁷ foi concedido o pedido de conversão da união estável em casamento em face do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, o qual determina que a lei deve facilitar esta conversão.

Dirimindo controvérsias, ainda em 2011, o Superior Tribunal de Justiça admitiu não apenas a conversão, mas diretamente a habilitação para o casamento¹⁸. Por fim, em 2013, pela Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), determinou a proibição da recusa de habilitação¹⁹. Esta Resolução tem caráter administrativo, não vinculando o Poder Judiciário, nem o Ministério Público.

13 TSE, Resp Eleitoral 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004. Trata-se do instituto da inelegibilidade reflexa ou por parentesco, presente no art. 14, §7º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”. Como a redação faz referência expressa apenas ao cônjuge, havia controvérsia sobre a aplicação do dispositivo a outras relações familiares. Com o tempo, houve a interpretação ampliada para abarcar concubinato e união estável. Em 2004, houve outra ampliação deste rol ao reconhecer a incidência, na hipótese em tela, da relação afetiva estável entre casais do mesmo sexo.

14 STJ, Resp 889.852/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

15 Trata-se do julgamento em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

16 O Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação conforme a Constituição do art. 1723, do Código Civil de 2002, o qual possui a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

17 TJRS, AC 70048452643, 8ª C. Civ., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 27/09/2012.

18 STJ, REsp 1.183.378-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

19 Art. 1º, da Resolução 175/13: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Todavia, ela tem sido amplamente aceita.

Segundo estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁰, desde a vigência da Resolução até o final de 2014, foram celebrados 8.555 casamentos entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional.

Finalmente, ficou consagrado e pacificado o direito ao casamento e à união estável à união entre pessoas do mesmo sexo. Eis que se consagra definitivamente a união homoafetiva como uma verdadeira família, fazendo prevalecer ideais constitucionais como isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e proibição de qualquer forma de discriminação.

Atualmente, ainda permanece a omissão legislativa. Porém existe a proposta do “Estatuto da Diversidade Sexual”, elaborada no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil. Este anteprojeto de lei está em processo de coleta de assinaturas para ser apresentado por iniciativa popular ao Poder Legislativo Federal. Seu objetivo é eliminar a “invisibilidade jurídica” dos direitos homoafetivos²¹.

2. Filiação Socioafetiva

A Constituição Federal brasileira, no seu art. 227, §6º, proíbe qualquer discriminação em relação aos filhos, independentemente do tipo de filiação, nos seguintes termos: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²².

Quanto à classificação, a filiação pode ser: a) matrimonial ou extramatrimonial (advinda ou não do casamento); b) resultante de procriação carnal ou de procriação assistida (derivada de relação sexual ou de intervenção médica); c) natural ou civil (resultante da consanguinidade ou adoção); e d) legal, biológica e afetiva

20 Cf. <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82813-ibge-contabiliza-mais-de-8-500-casamentos-homoafetivos-desde-regra-do-cnj>, data de acesso: 06/10/2016.

21 Consta, no Preâmbulo do Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual: “mas o Estatuto foi elaborado a muitas mãos. Contou com a efetiva participação das Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB instaladas, ou em vias de instalação, que já são mais de 50 em todo o País. Além disso, foram ouvidos os movimentos sociais, tendo sido encaminhadas mais de duas centenas de propostas e sugestões. São estes os referencias que concedem legitimidade à Ordem dos Advogados do Brasil para encaminhar ao Congresso Nacional o mais arrojado projeto legislativo apresentado neste século, quer pela sua abrangência, quer pelo seu significado de retirar da invisibilidade jurídica, do descaso social e da intransigência de muitos, pessoas que precisam ter garantido o direito de viver, de amar e de ser feliz, seja qual for a sua orientação sexual ou identidade de gênero”.

22 Esta redação é repetida no art. 1596 do Código Civil de 2002.

(proveniente do casamento, da verdade biológica ou da verdade afetiva)²³. Observa-se, como mencionado anteriormente, que a legislação brasileira proíbe qualquer discriminação quanto às hipóteses de filiação.

Com o reconhecimento jurídico das novas formas de família - além do tradicional casamento entre homem e mulher - como a família monoparental (constituída por um dos genitores com a prole) e a família homoafetiva, bem como em razão das modernas técnicas de reprodução, o conceito de filiação foi ampliado, indo muito além da simples determinação biológica.

No passado, a filiação afetiva era concebida basicamente no âmbito da adoção²⁴. Todavia, com base nos novos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, após Constituição de 1988, como os princípios do melhor interesse da criança e adolescente, da pluralidade de formas de família e da afetividade, a filiação socioafetiva tornou-se essencial no cenário jurídico brasileiro²⁵.

A doutrina brasileira chega a falar em “esvaziamento biológico da paternidade”, pois a família, hoje, fundamenta-se muito mais em laços de afetividade e companheirismo do que no caráter socioeconômico e religioso. Toda a paternidade é socioafetiva, isto é, fundamentada em laços de afeto, na convivência familiar. Este é o gênero, o qual apresenta como espécies a paternidade biológica (vínculo de consanguinidade) e a paternidade não biológica. Desta forma, não se identificam mais as figuras do pai e do genitor. Pai é a pessoa que convive, cria os filhos. Genitor é quem gera o filho. Assim, genitor não é necessariamente o pai. E vice versa²⁶.

Como consequência, a filiação afetiva passou, segundo doutrina e jurisprudência dominantes, a ter o mesmo *status* jurídico das demais espécie de filiação, mesmo não havendo dispositivo legal expresso neste sentido. Cabe ressaltar porém que, segundo o Supremo Tribunal Federal, em decisão de setembro de 2016, o reconhecimento de paternidade socioafetiva não exige a responsabilidade do pai biológico²⁷.

O afeto, entendido não como amor, mas como cuidado, proteção,

23 Gama, Guilherme Calmon Nogueira de. A nova filiação. O biodireito e as relações de parentesco de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 466-483.

24 Gama, Guilherme Calmon Nogueira de. A nova filiação cit., p. 482.

25 Cf. Pereira, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 126-191.

26 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., pp. 397-398. Sobre a relevância jurídica do afeto nas relações familiares, cabe destaca a obra de Rodotà, Stefano. *Diritto D'amore*. Bari: Laterza, 2015.

27 STF, RE 898060, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22/09/2016.

convivência sadia, é propriamente um valor jurídico, havendo inclusive o reconhecimento, na jurisprudência, de danos morais praticado por pais por abandono afetivo em relação aos filhos²⁸.

A partir de 2013, em razão de Provimentos das Corregedorias Gerais de Justiça de alguns Estados brasileiros, passou a ser possível, apenas nestes Estados, o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, podendo ser realizado diretamente no Cartório de Registro Civil, independentemente de ação judicial²⁹.

É exatamente neste contexto que se insere a filiação homoafetiva ou homoparental.

Hoje, a capacidade para ser pai ou mãe independe da capacidade reprodutiva, pois ela pode derivar a socioafetividade, da reprodução assistida ou da adoção.

Uma situação muito comum na prática é aquela em que um genitor muda de orientação sexual, permanecendo com a guarda do filho. Quando este genitor decide restabelecer uma nova família com um novo companheiro, pode acontecer, após longa e afetiva convivência, de se criar fortes laços afetivos entre seu filho biológico e seu novo companheiro, a ponto de justificar o reconhecimento de filiação socioafetiva, mesmo mantendo a filiação com os genitores. Muitas vezes, este companheiro participa da criação, educação e sustento da criança. O reconhecimento de filiação socioafetiva, neste caso, corresponde ao melhor interesse da criança ou adolescente, pois apenas legaliza uma situação de fato, estabelecendo uma séria de deveres para aquele que exercia o poder familiar apenas de fato³⁰.

Esta circunstância descrita demonstra a possibilidade de uma pessoa possuir vários pais, vários vínculos de filiação. A noção tradicional de que um indivíduo possui um pai e uma mãe cede, agora, à possibilidade de uma pessoa ter vínculo de filiação com mais de duas pessoas: dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, por exemplo. Este fenômeno é denominado filiação pluriparental ou multiparentalidade, sendo admitido pela doutrina e jurisprudência brasileira através da ação declaratória de multiparentalidade³¹.

No mês passado, o Supremo Tribunal Federal julgou um *leading case*³²

28 STJ, REsp 1159242, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 24/04/2012.

29 Os Estados brasileiros que atualmente admitem esta possibilidade são os seguintes: Pernambuco (Prov. 09/2013), Maranhão (Prov. 21/2013), Ceará (Prov. 15/2013), Amazonas (Prov. 234/2014) e Santa Catarina (Prov. 11/2014). Estas iniciativas, provavelmente, serão seguidas pelos demais Estados.

30 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., p. 408.

31 STJ, REsp 1328380/MS, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/10/2014. Cf. Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., pp. 408-411.

32 Repercussão Geral 622, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/09/2016.

definindo a tese da multiparentalidade nos seguintes termos: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Esta tese marca definitivamente o reconhecimento jurisprudencial do princípio da socioafetividade, bem como a ausência hierarquia entre a filiação socioafetiva e a biológica.

3. Reprodução Assistida na Relação Homoafetiva

A modernas técnicas de reprodução revolucionaram a forma de constituição das famílias. Atualmente, diferentes técnicas são utilizadas para o exercício do direito à paternidade ou à maternidade: fecundação assistida homóloga e heteróloga, a gravidez por substituição, a comercialização de óvulos e espermatozoides etc. A ciência fornece um série de alternativas para o exercício de uma condição antes apenas sonhada para alguns e, hoje, cada vez mais possível para muitos: ser pai e/ou mãe.

Entende-se por reprodução assistida um conjunto de técnicas médicas que permitem gerar vida independentemente de ato sexual. Daí o uso de expressões como “fecundação artificial” ou “inseminação artificial”³³. A reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. O primeiro caso, há a manipulação genética do gameta masculino e o gameta feminino do próprio casal, sendo possível, portanto, apenas para casais heteroafetivos. Já a reprodução assistida heteróloga pressupõe a doação de material genético por uma terceira pessoa anônima. O vínculo de filiação fica com a parturiente³⁴.

No Brasil, não há uma legislação disciplinadora da reprodução assistida, embora existam projetos de lei sobre o tema. A única referência no Código Civil sobre essa técnica consta no art. 1597, nos seguintes termos: “presumem-se 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; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Como se observa, a disciplina civil é ainda muito restrita, pois menciona o uso da reprodução assistida apenas no âmbito do casamento tradicional, entre

33 As expressões “fecundação artificial” ou “inseminação artificial” são mais restritas que a expressão “reprodução assistida”, pois referem-se à técnica pioneira de fecundação do óvulo feminino com a introdução, de forma artificial, de gametas masculinos, nas entranhas da mulher. Cf. Boscaro, Márcio Antonio. Direito de filiação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

34 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., p. 400.

homem e mulher. Todavia, ela não reflete o impacto atual da técnica médica para a construção de diferentes entidades familiares, em especial a homoafetiva.

Para sanar controvérsias e oferecer segurança a todas as partes envolvidas neste tratamento, o Conselho Federal de Medicina disciplinou a reprodução assistida através de quatro Resoluções, iniciando, em 1992, com a Resolução nº 1358, modificada posteriormente em 2010, pela Resolução nº 1957.

Cabe registrar que a permissão do uso da técnica por casais homoafetivos apenas foi admitido expressamente em 2013, pela Resolução nº 2.013³⁵, do Conselho Federal de Medicina. Esta disciplina legal foi revogada em 2015, através da Resolução nº 2.212, do Conselho Federal de Medicina, trazendo importantes novidades.

A Resolução nº 2.212/15 permite a gestação compartilhada para casais homoafetivos femininos, possibilitando a gestação compartilhada, ou seja o implante do óvulo de uma mulher, fecundado em laboratório, no útero da companheira. Trata-se do fenômeno da dupla maternidade³⁶.

Em 15 de março de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Provimento nº 52, permitindo o registro civil de criança concebida através da reprodução assistida, sem a necessidade de um processo judicial prévio. Desta forma, hoje, casais homo e heteroafetivos que tenham filhos através da reprodução assistida, podem fazer o registro da criança diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de qualquer ordem judicial³⁷.

Um interessante caso que gerou debates no país diz respeito a uma casal constituído por duas mulheres que resolveram ter um filho, através de reprodução assistida, juntamente com um amigo delas. A filiação biológica da criança é do homem e de uma das mulheres, sendo que a gestação foi realizada pela companheira desta. Porém, os três ingressaram com uma ação declaratória de multiparentalidade para serem reconhecidos como pais no registro civil da criança. Esta ação, em sede de recurso, foi julgada procedente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no registro da criança passou a constar

35 A Resolução nº 2013/2013, no item II, referente aos pacientes que podem utilizar as técnicas de reprodução assistida, elenca a possibilidade de solteiros e casais homoafetivos, nos seguintes termos: “2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.

36 A gravidez por substituição, tal como descrita na hipótese, não gera controvérsias sobre a maternidade em razão da Resolução nº 2.212/15. Porém, a gestação por substituição é sempre muito polêmica por romper o dogma de que *mater semper certa est*.

37 Cabe mencionar que em 2014, na I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, foi aprovado o Enunciado nº 40 sobre a possibilidade de constar como pais duas pessoas de mesmo sexo no registro de criança gerada por reprodução assistida. Este enunciado não tem caráter normativo, mas importância hermenêutica.

a existência duas mães e um pai³⁸.

Este caso é capaz de demonstrar a complexidade do tema e os novos desafios que vão surgindo tão rapidamente quantos os avanços tecnológicos da medicina.

4. Adoção Homoparental

Segundo o art. 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹, pessoas maiores de 18 anos podem adotar independentemente do estado civil. Contudo, o § 2º deste artigo determina que, para haver a adoção conjunta, é indispensável a comprovação de casamento ou união estável, comprovando-se a estabilidade da união familiar. Tanto a adoção individual, como a conjunta, apenas podem ser concedidas se houver reais vantagens ao adotando e fundamento em motivos legítimos⁴⁰. E, claro, deve-se comprovar a idoneidade do(s) adotante(s).

Em 2009, com o advento da Lei nº. 12.010, houve uma importante alteração legislativa no tocante à disciplina da adoção no Brasil. Entretanto, mesmo diante de insistentes reclamos, não houve a menção expressa à possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo⁴¹.

O comum questionamento que se faz sobre o tema é saber se a adoção por homossexuais pode gerar algum prejuízo para o pleno desenvolvimento de uma criança, em especial, para a formação de sua identidade sexual, diante da ausência de referências dos diferentes gêneros. Além disso, alega-se que a criança, após a adoção, pode ser alvo de preconceitos, o que poderia lhe acarretar problemas psíquicos. Deve-se ressaltar, entretanto, que, a partir da década de 70, uma série de estudos comprovaram não haver prejuízo às crianças adotadas por homossexuais⁴².

38 TJRS, AC 70062692876, 8ª C. Civ., Rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015. Este julgado apresenta a expressão “rede de afetos” para indicar o fato.

39 Lei nº 8.069, de 1990, com alteração, no tocante ao tema da adoção, pela Lei nº 12.010, de 2009.

40 Art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

41 Zuliani, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da-Camargo Neto, Theodureto de Almeida (orgs.). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253.

42 Dias, Maria Berenice. *União homossexual* cit., p. 115. Nesta mesma perspectiva, vide Rios, Roger Raupp. A homossexualidade no direito, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 141-143, e Vecchiatti, Paulo Roberto Iotti. Manual de homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2ª ed., São Paulo: Método, 2012, p. 504. Vecchiatti (p. 507) cita a compilação de estudos realizada por Kevin F. McNeill, *The Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterosexual Parents: A Review of the Literature*, a qual contribuiu para o entendimento de que não há prejuízos à criança na adoção homossexual. Esta compilação compreende uma série de estudos, de diferentes autores, realizados nas décadas de 70, 80 e 90.

A possibilidade de adoção unilateral foi reconhecida de forma não unânime pela jurisprudência muito antes da adoção homoparental em conjunto⁴³.

Quanto à adoção unilateral, é importante diferenciar duas situações. É possível que uma pessoa com orientação homossexual adote sozinha, formando uma família monoparental⁴⁴. Por outro lado, é possível que ela adote o filho do parceiro, filho este advindo ou de forma natural, ou por reprodução assistida, ou por adoção. Em tais situações, a adoção é justificada pelo vínculo socioafetivo entre a criança e o/a companheiro/a de seu pai ou mãe.

Adoção por casais do mesmo sexo, por outro lado, é ainda um tema controvertido no Brasil. Por muito tempo, esta espécie de adoção não era aceita, em razão do requisito legal do casamento e união estável. Como o reconhecimento da união estável homoafetiva só ocorreu pela Corte Constitucional brasileira, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, em 2011, havia um óbice legal para o reconhecimento deste instituto jurídico antes desta data. Contudo, pode-se afirmar que, após esta decisão Supremo Tribunal Federal, surgiram inúmeras decisões judiciais no país admitindo a dupla parentalidade homoafetiva, ou seja a adoção em conjunto⁴⁵. E hoje ela é uma realidade.

Antes desta mudança paradigmática, o que acontecia na prática, era a adoção individual por homossexuais. Apenas um dos parceiros adotava a criança e, portanto, estabelecia laços jurídicos com esta. Todavia, surgiram problemas

43 Em julgado de 1999, o magistrado já reconhecia que os requisitos para a concessão da adoção eram a idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando, não havendo qualquer obstáculo quanto à orientação sexual do adotante. Cf. TJRJ, AC 14.979/98, 17ª C. Civ., Rel. Des. Severiano Aragão, j. 21/01/1999.

44 Cf. TJSP, AP 9000003-34.2011.8.26.0576, Rel. Silveira Paulilo, j. 30/01/2012; TJSP, Vara da Infância e da Juventude, Proc. nº 0013707-43.2011.8.26.0004, Juíza de Direito Renata Bittencourt Couto da Costa, j. 17/10/2011; TJRS, AC 70033357054, 7ª C. Civ., Rel. José Conrado de Sousa Junior, j. 26/05/2010 (neste julgado, admitiu-se a adoção unilateral. Houve a recusa de adoção em conjunto sob a alegação de impossibilidade legal, em face do requisito, para a união em conjunto, de união estável ou casamento, o que até então não era reconhecido aos casais de mesmo sexo); Proc. 97/1/03710-8, Juiz de Direito Siro Darlan de Oliveira, j. 20/07/1998. Os julgados mencionados nas notas 34, 35 e 36 podem ser encontrados, inclusive em conteúdo integral, no site <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=2&s=4&p=2#t>, data de acesso: 06/10/2016.

45 Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias cit., p. 502. Sobre adoção por casal homoafetivo, menciona-se os seguintes julgados: TJGO, Protocolo nº 201101909000, Juiz de Direito Substituto Alessandro Manso e Silva, j. 08/02/2013; RJ, Proc. nº 0001522-07.2008.8.19.0025 (2008.025.001537-1), Rel. Juiz de Direito Pedro Henrique Alves j. 31/10/2012; AM, Autos nº 0204076-78.2012.8.04.001, Rel. Juíza de Direito Rebeca de Mendonça Lima, j. 31/10/2012; RJ, Proc. nº 2011.202.034086-5, 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso de Madureira, Juiz de Direito Mônica Labuto Fragoso Machado, j. 11/07/2012; TJMG, AC 1.0470.08.047254-6/001 (AC 0472546-21.2008.8.13.0470), 8ª C. Civ., Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 02/02/2012.

descorrentes deste fato. No processo de habilitação, não era feita referência à relação homoafetiva e, desta forma, não era realizado um estudo social do parceiro do adotante, o que tornava a habilitação gravemente incompleta. Além disso, diante da inexistência de vínculo de filiação com este parceiro, a criança ficava desprotegida, em relação ao parceiro não adotante, no que tange aos direitos de convivência, alimentos, sucessão etc⁴⁶.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 43, “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Quando um casal do mesmo sexo decide ter um filho por adoção, havendo plenas condições sociais, psíquicas e econômicas para tanto, como qualquer outro casal heteroafetivo, é preciso reconhecer que a plena vantagem para o adotante ocorre quando ele constrói vínculos afetivos e de filiação com as pessoas que o desejam como filho. E isto nada tem relação com a orientação sexual dos adotantes.

Conclusão

Embora o forte preconceito ainda permeie a sociedade, o tema tem sofrido radicais transformações nos últimos anos, especialmente em 2011, com o reconhecimento da união estável homossexual, em 2013, com a proibição de recusa de habilitação de casamento, e, inclusive, em 2016, com a possibilidade de registro de criança nascida através de reprodução assistida diretamente no Registro Civil.

Diante da admissibilidade, via jurisprudência, do casamento entre pessoas do mesmo sexo, variados são os desdobramentos jurídicos encontrados no âmbito da filiação, da reprodução assistida e da adoção. Os desafios a serem enfrentados hoje são grandes, mas, no futuro, certamente serão ainda muito maiores em razão do avanços tecnológicos.

A omissão legislativa permanece mesmo diante da necessidade prática e da alteração de entendimento consolidado no ambiente jurídico. É uma impasse entre o direito e a realidade. Mas este fato não tem impedido a ampla concessão de direitos, bem como a pacificação de entendimentos jurídicos, graças à forte atuação jurisprudencial e doutrinária. Atuação esta que tem colaborado para a redução da discriminação e para mudanças de comportamentos.

46 Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* cit., p. 502. Cabe mencionar uma decisão que admitia a adoção por casal homoafetivo, com a autorização para a inclusão da parceira de mãe adotiva no registro civil, também como adotante: STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010.

Bibliografia

BOSCARO, Márcio Antonio. Direito de filiação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

_____. Manual de direito das famílias, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. União homossexual: o preconceito & a justiça. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. A nova filiação. O biodireito e as relações de parentesco de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. A sexualidade vista pelo tribunais. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito, 1ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODOTÀ, Stefano. Diritto D'amore. Bari: Laterza, 2015.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL E DOS DIREITOS HUMANOS. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2013. Brasília, 2016, disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>, data de acesso: 06/10/2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual de homoafetividade. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2ª ed., São Paulo: Método, 2012.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da-Camargo Neto, Theodureto de Almeida (orgs.). Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 239-265.