

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

FILIAÇÃO POR ACESSO À REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POR CASAIS
HOMOAFETIVOS NO BRASIL

CLÉO CRISTINA DA SILVEIRA

Rio de Janeiro
2017

CLÉO CRISTINA DA SILVEIRA

**FILIAÇÃO POR ACESSO À REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POR
CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Marcos Vinicius Torres Pereira**

**Rio de Janeiro
2017**

CIP - Catalogação na Publicação

S586f SILVEIRA, Cléo Cristina da
FILIAÇÃO POR ACESSO À REPRODUÇÃO MEDICAMENTE
ASSISTIDA POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL / Cléo
Cristina da SILVEIRA. -- Rio de Janeiro, 2017.
89 f.

Orientadora: Marcos Vinicius Torres Pereira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Filiação. 2. Biodireito. 3. Reprodução
Assistida. 4. Casais Homoafetivos. I. Vinicius
Torres Pereira, Marcos , orient. II. Título.

CDD 340.78

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CLÉO CRISTINA DA SILVEIRA

**FILIAÇÃO POR ACESSO À REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POR
CASAS HOMOAFETIVOS NO BRASIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Vinicius Torres Pereira

Data de aprovação: ____/ ____/ ____

Banca Examinadora:

Dr. Marcos Vinicius Torres Pereira

2º Examinador

3º Examinador

À minha mãe, Inês

Ao meu pai, Roberto

Às minhas queridas avós, Eunice e Thereza

À todos os profissionais que tiveram participação na minha trajetória

Ao meu avô, Reynado (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Sobre a gratidão. A Gratidão é um sentimento de reconhecimento, uma emoção por saber que uma pessoa fez uma boa ação, um auxílio, em favor de outra. Gratidão é uma espécie de dívida, é querer agradecer a outra pessoa por ter feito algo muito benéfico para ela.

Assim, a lista é extensa quando se trata de agradecer. Muito mais do que receber cuidados, mimos, ajuda, é saber reconhecer e ser grato pelo simples fato de outro ser, com problemas, compromissos, tarefas, ter dedicado um pouco do tempo para você. Um carinho. Um abraço. Uma conversa. Um conselho. Uma bronca...tudo é válido!

Começo minha extensa lista à mulher que me deu a vida. Além da origem genética me proporcionou o vínculo afetivo, de parentalidade. Além de geradora, me deu amor, foi conselheira e amiga. Muito além do registro de nascimento, ela foi mãe. E soube descrever certinho, através de todos os gestos, o seu real significado. Apoiadora dos sonhos, das loucuras, das tristezas, das decepções e até mesmo de alguns porres, ela sempre esteve presente. À minha querida mãe, Inês Cristina Peres, o meu maior muito obrigado de todos os que virão pela frente.

Ao meu pai, Roberto Fernandes da Silveira que, direta ou indiretamente, apesar do seu jeito turrão e tímido, me proporcionou amor, além de se dedicar e trabalhar arduamente para me dar a melhor educação possível. Esse, com toda certeza, e apesar dos pesares, fará sempre parte da minha lista, e do meu coração.

Ao terceiro e mais novo membro da minha família, essa chegou há 6 anos, não fala, não reclama. Só late e balança o rabo. Cheia de amor, carinho e pelos, me enche de arranhões e de “lambeijos”. Minha irmã Maga, o ser humano mais fiel e de quatro patas que eu vou conhecer em toda a minha existência. Que já secou minhas lágrimas sem precisar falar uma palavra. Que sempre me alegra e me faz sentir única. Que demonstra em pequenos, muito pequenos gestos, o real significado do amor incondicional. Te amo minha “preta”!

O próximo da minha pequena grande lista é o “cara”. Muito além de tudo que poderia ser, ele conseguiu ser mais ainda. Típico ser humano que eu quero levar para sempre na vida e no coração. Tiago Schmidlin é seu nome, grande direcionador dos meus sonhos, apoiador dos meus

projetos, dono de um coração de ouro, de um caráter inigualável e de uma mente brilhante. A gratidão para ele, com toda certeza, nunca será o suficiente. Merecedor de toda felicidade do mundo, ele é.

E o que seria das nossas vidas se não fossem nossos avós? O que muitas vezes, e por muitas vezes, substituíram e seguraram a barra dos nossos pais. Os avós são uma espécie de pais mais centrados, descolados, menos neuróticos e, talvez, com o dobro de amor. Às minhas avós Eunice Carvalho Leão e Thereza Fernandes da Silveira, por serem meus anjos da guarda em terra. Por sempre me manterem em suas orações. Por sempre me protegerem e me darem abrigo emocional – valendo aqui aquele pedido para papai do céu para que elas vivam ainda por muitos e muitos anos -. *In memoriam*, meu avô Reynaldo da Silva: maior noveleiro, comedor de pickles e bebedor de cervejinhas, sempre cuidou de mim quando minha mãe estava na faculdade. Fez questão de apartar uma briga de família para me levar no aniversário da minha prima preferida. Foi o “cara”. Assumi 4 filhos que não eram seus, mostrando mais uma vez que o vínculo afetivo é muito maior que o biológico. Lutou ao lado da minha avó. Sem palavras para esse ser que deve estar lá do céu morrendo de orgulho e torcendo por esse momento.

Silvia, Augusto, Cláudia, Anita, Carlos, Edu: meus tios mais presentes. Compartilharam desde as grandes dificuldades até as piadas mais sem graça nos almoços de domingo. Me mimaram e fizeram parte de toda minha vida. Não poderia deixar de agradecer. Aos meus primos, Matheus, Thiago, Daniel, Caroline, Michelle: aquela lembrança gostosa de infância. Os melhores e piores bullyings sofridos na vida. Sobrevivi. Obrigada por me prepararem, indiretamente, para o que “vinha pela frente”. Amo vocês!

Não poderia deixar de falar do tal do destino. Aquele que trouxe algumas pessoas que, por um motivo pontual, fizeram a diferença na minha vida, mas não de maneira pontual. Nora, minha querida professora, que desde pequena conseguiu me mostrar que o amor é divisível, que as vezes podemos nos afastar dos que amamos, mas que podemos levá-los para sempre em nossos corações. Às queridas sogras, Rosa e Katia, pessoas magníficas, que me aturam por muito tempo e que, além do status os quais são designadas “para toda vida”, pois não existe ex-sogra, são amigas, queridas e com os corações maiores do mundo. Por fim, minha amada Tia Lu, veio de carona em um dos meus relacionamentos e se tornou um ser de destaque e importância imensurável na minha vida. Obrigada por tudo que fizeram e fazem por mim!

Aos profissionais: Pablo Galvão Marano, que me tornou “adicta” ao “alcooolismo” pelo trabalho, que mostrou o real e verdadeiro significado do “vá e vença”, registrado na minha pele e no meu coração. Portelense doente, dono de um dos codinomes mais famosos da Faculdade Nacional de Direito, Polegar é o “roteirista” do mais digno velório que um dia se verá: *“Naquela mesa ele sentava sempre/ E me dizia sempre, o que é viver melhor/ Naquela mesa ele contava história, / Que hoje na memória eu guardo e sei de cor”*. Um ser que admiro demais, que transborda generosidade e é um amigo muito querido. À querida Tathyana Froes, que me ensinou, desde ir ao fórum e mexer nos sites dos Tribunais, até as coisas mais singelas da vida. Isabela Rampini, Carlos Brantes, Duda Gamborgi, Marcelo Atherino: minha equipe preferida e, com toda certeza, a minha maior saudade. Ao meu irmão, Vinícius Almeida, o qual eu compartilhei muitos sonhos, segredos e planos para carreira jurídica. À Dayana Xavier e Carol Biasotto, por me mostrarem o quanto posso ser melhor, o quanto preciso ser melhor e o como podemos abraçar o mundo quando se tem dedicação.

Minha lista, quase no seu fim, também menciona as meninas que são meu equilíbrio e loucura ao mesmo tempo, as companheiras de histórias e muitas aventuras: Aline (“Flossie”), Carol (“Vaz”), Chris (“Crica”), Karine (“Kathaçarine”) e Thais (“Pop”), lindas por dentro e por fora são a verdadeira demonstração da palavra amizade e quem eu sei que posso contar por toda minha vida. Aos amigos de faculdade, NOTUR-NO-BAR, por todo compartilhamento de saber jurídico -literalmente-, além de muitos jogos jurídicos, churrascos de pizzas e momentos memoráveis que tivemos durante esses cinco anos de faculdade.

Por fim, e não menos importante, ao meu orientador Marcus Vinícius, que mesmo de longe me impulsionou e auxiliou na elaboração do presente trabalho, além da admiração que possuo por ele pela sua luta e linda trajetória em defesa dos direitos dos homoafetivos.

"O acolhimento não deve estar ligado a julgamento.

Acolhe-se porque se ama,

Independente do mérito da pessoa."

Bernardino Leers e José Trasferetti -
Homossexuais e Ética Cristã

RESUMO

SILVEIRA, C. C. Filiação por acesso à reprodução medicamente assistida por casais homoafetivos no Brasil. 2017. 90 f. Monografia (Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução No 2.121/2015, abrindo a possibilidade da utilização das técnicas de reprodução assistida nos casais homoafetivos. O tema gira em torno do direito ao planejamento familiar e das questões referentes à filiação, de modo que sua admissibilidade em nosso ordenamento jurídico é, ainda, bastante controversa, sendo um direito ainda pouco conhecido, até mesmo dos juristas. Além disso, resta imperioso apresentar uma definição para o instituto, que ainda é bastante controverso, levando em consideração a autonomia privada como realizadora de situações jurídicas subjetivas existenciais, para, ao final, traçar os regramentos adequados à filiação por acesso à reprodução medicamente assistida por casais homoafetivos no Brasil.

Palavras-chave: Casais Homoafetivos. Reprodução Assistida. Autonomia Privada; Biodireito; Filiação.

ABSTRACT

SILVEIRA, C. C. Filiação por acesso à reprodução medicamente assistida por casais homoafetivos no Brasil. 2017.90 f. Monografia (Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The Federal Council of Medicine (CFM) opened Resolution No. 2.121/2015, granting the possibility of treatment by assisted reproduction techniques in homoaffective couples. This theme revolves around the right to a family planning and issues relating to membership, for its admissibility, as a little-known right-- even for jurists, in our legal framework is quite controversial. Consequently, it is necessary to identify the methodology to be adopted for the study. In addition, given the role of personal autonomy as a resolution for subjective and existential legal issues, considering that the establishment of adequate rules for the reproduction techniques in homoaffective couples, it is urgent that this still-controversial definition be presented to the institute so these rules can be implemented.

Key words: Homoaffective couples. Assisted reproduction. Living Will. Biodiversity. Membership.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS NO BRASIL	16
1.1. As Transformações do Conceito de Família e a Carta Magna de 1988	16
1.1.1. A Transformação do Conceito de Família	17
1.1.2. A Família Homoafetiva	20
1.2. Antecedentes do Reconhecimento das Uniões Homoafetivas	21
1.2.1. Séculos de Discriminação	22
1.2.2. Decisões Isoladas.....	24
1.2.3. O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil.....	29
1.3. Passagem de união homoafetiva em casamento a casamento homoafetivo.....	30
1.3.1. Conversão de união homoafetiva em casamento	31
1.3.2. Pedido Direto de Casamento Homoafetivo	32
1.3.3. Resoluções sobre Casamento Homoafetivo em Nível Estadual.....	34
1.3.4. A Abertura do Casamento aos Casais Homoafetivos	36
2. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL	38
2.1. Algumas Noções sobre Métodos de Reprodução Medicamente Assistida	39
2.1.1. Infertilidade Humana como problema de saúde	41
2.1.2. Reprodução assistida por casais homoafetivos	43
2.1.3. A ANS.....	45
2.2. Direito e Biotecnologia face à Regulamentação da Reprodução Medicamente Assistida.....	47
2.3. Regulamentações do Conselho Federal de Medicina.....	50
2.3.1. Regulamentação nº 1.358/1992.....	51
2.3.2. Regulamentação 1.957/2010.....	52
2.3.3. Regulamentação nº 2013/2013	53
2.3.4. Regulamentação 2.121/2015.....	54
3. ASPECTOS JURÍDICOS DO ACESSO À REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	56
3.1. Status da Mãe de Substituição	56
3.2. Status do Doador.....	58
3.3. Status do Cônjuge ou Companheiro do Doador	61
4. ASPECTOS JURÍDICOS DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO ESTABELECIDO ENTRE OS CASAIS HOMOAFETIVOS E A CRIANÇA	63

4.1. Registro do Nascimento de Crianças Nascidas no Brasil.....	65
4.1.1. Procedimento para Registro	67
4.1.2. Formalidades e Conteúdo do Registro.....	67
4.2. Registro de Nascimento de Crianças Nascidas no Exterior	69
4.2.1. Formalidades.....	70
4.2.2. Aspectos de Direito Internacional Privado	77
CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86
ENDEREÇOS ELETRÔNICOS	88

INTRODUÇÃO

Em 29 de janeiro de 2012 nasceu ACG¹, que não foi fruto de uma simples história de amor. ACG foi fruto da história de amor de dois homens que desejavam e tinham como realização pessoal formar uma família, enfrentando, ao longo de muitos anos, preconceitos e empecilhos legais.²

A relação que pendura por mais de 15 anos, só teve sua união convertida em casamento civil em 2012 depois que o Supremo Tribunal Federal (STF)³ reconheceu a união estável por casais do mesmo sexo.

O planejamento de ter um filho foi um pouco diferente para eles. O ano do nascimento de ACG foi quando tudo mudou no rumo da história, e da árvore genealógica desse casal. Em regulamentação inédita, o Conselho Federal de Medicina⁴, naquela época, complementou a Lei de 1992⁵ que só permitia a utilização das técnicas de reprodução assistida por mulheres, casados ou quem tivesse em união estável. A lei, revista, aceitou as mudanças e quebrou diversos paradigmas quando autorizou que casais homoafetivos pudessem ter filhos.

Assim, depois de muitas idas e vindas ao Centro de Reprodução Humana, nasceu a esperança e, juntamente com ela, a grande missão de serem pais. Colhido os respectivos materiais genéticos, foram fecundados os espermatozoides com o óvulo selecionado de uma das primas do casal que, por um ato de amor maior, abriu mão de reivindicar a maternidade da criança, sendo apenas sua barriga solidária.

A luta não acabava por ali. Foi preciso solicitar que o judiciário reconhecesse a paternidade dos dois. Justiça feita, tiveram seu pedido reconhecido, passando a constar a dupla

¹ Nome completo do paciente omitido propositalmente.

² <https://amb.jusbrasil.com.br/noticias/3041117/em-decisao-inedita-no-brasil-justica-pernambucana-concede-registro-a-bebe-filho-de-casal-gay>, acesso em 05/06/2017.

³ Em 04 de maio de 2011 os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

⁴ A Resolução CFM nº 2013/2013, foi publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119 e entrou em vigor na data de sua publicação.

⁵ Resolução CFM nº 1358/1992 publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16053 e entrou em vigor na data de sua publicação.

paternidade. ACG, segundo um de seus pais, “estará preparada para dizer à sociedade que é uma menina feliz, pois é fruto do amor”. O casal teve um papel importante na história de luta e conquistas de direitos homoafetivos por fazer com que as pessoas conheçam e respeitem um novo perfil de família, a família do futuro.

Uma vó catarinense de 55 anos (“PGM”),⁶ em mais uma de suas demonstrações de afeto, deu à luz ao seu próprio neto. Com o intuito de socorrer sua filha adotiva que sofria de problema de infertilidade, engravidou para realizar o seu desejo: ser mãe. Em maio de 2014, na inseminação artificial, foi implantado em PGM, um óvulo fecundado a partir do material genético da filha e do genro. Foram 8 minutos de procedimento, 20 de descanso e um resultado após 17 dias: PGM estava grávida.⁷

As histórias de superação correlacionadas são verdadeiras. Diante da delicadeza de certos temas, conforme demonstrado, os magistrados lançaram mão de princípios básicos para assegurar e flexibilizarem alguns direitos dos cidadãos mesmo que ainda não estivessem explicitamente previstos em lei.

A reprodução medicamente assistida permite que os diversos modelos de família e as limitações de infertilidade de alguns seres sejam superadas. Dessa maneira, o direito de família moderno é sintonizado com a dinâmica social e não pressupõe mais a oposição de sexo para a constituição de uma entidade familiar, nem mesmo a necessidade de gerar seu próprio filho em sua “barriga”. Hoje, a família, em suas várias modalidades, se sedimenta no afeto. A filiação, os nomes que constam na certidão de nascimento, não serão, necessariamente e obrigatoriamente, daqueles que doaram seus materiais genéticos para tal. É muito mais do que isso. O vínculo e a parentalidade sempre deverão ser superiores a todo e qualquer ato, como será demonstrado ao longo desse projeto.

A luta dos casais homoafetivos e as conquistas ao longo dos anos serão o ponto de partida para, cada vez mais, se chegar à um resultado igualitário, justo e digno para todos. A possibilidade de se casar civilmente, ter filhos, registrá-los é só o começo para uma grande história de vitórias que estão por vir. A legislação, muitas vezes atrasada, precisará acompanhar

⁶ Nome completo do paciente omitido propositalmente.

⁷<https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/165500692/avo-da-a-luz-ao-proprio-neto-em-santa-catarina>, acesso em 05.06.2017

os avanços da medicina e permitir que, a passos largos, esse grupo conquiste mais ainda seu espaço na sociedade, impondo respeito e igualdade à todos.

1. HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS NO BRASIL

1.1. As Transformações do Conceito de Família e a Carta Magna de 1988

A família, sem sombra de dúvida, foi um instituto que sofreu, ao longo do tempo, profundas adaptações e modificações. Outrora vista sob a ótica inteiramente patrimonial, econômica e com fins de reprodução, passou a ser analisada a partir do vínculo afetivo que a embalava. No mundo todo, os avanços em relação a democratização do casamento e da família vem crescendo cada vez mais, encontrando no campo da religião, em especial na atuação da Igreja Católica, a sua mais resistente oposição.⁸

De fato, a ideia centralizada de que o núcleo familiar seria somente aquele constituído por meio do matrimônio foi sendo afastado à medida que novos agrupamentos foram se originando e conquistando espaço em meio à sociedade, o que, todavia, não poderia ser ignorado pelo legislador, fazendo-se necessário reconhecê-las e garantir sua proteção. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, ao ser consagrado como macro princípio, a dignidade da pessoa humana, abriu alas para uma ampliação do conceito de família, antes restrito àquele núcleo originado do casamento. Os princípios constitucionais, principalmente, criaram uma nova diretriz para o direito de família, sendo impossível restringir seu surgimento apenas como decorrência do matrimônio.

Assim, as transformações e desenvolvimento da sociedade, cominadas com as novas técnicas de reprodução assistida, impulsionaram a reavaliação dos conceitos de família, fazendo com que fossem reformuladas e amplificadas a visão sobre a paternidade e maternidade.

As evoluções do mundo contemporâneo permitiram a desconstrução do modelo judaico-cristão, além do surgimento e aceitação de novos arranjos familiares envolvendo pessoas do mesmo sexo e de seus filhos. Um assunto até então não tratado, foi possibilitado, implantado na sociedade e concedido graças aos princípios constitucionalmente resguardados.

⁸ Publicado no Jornal do Brasil do dia 09.08.2010

Com todos os avanços, o fator social, sem sombra de dúvida, será o impulsionador, ao longo das próximas décadas, para a tomada de decisões e medidas necessárias acerca do tema, já que, atualmente, as questões que tratam da reprodução assistida, genética e parentalidade ainda são muito controversas.

1.1.1. A Transformação do Conceito de Família

O conceito de família sofreu diversas mudanças ao longo dos anos, tendo em vista que atualmente a sociedade já desconstruiu o modelo “padrão” de pai, mãe e filho.

Para abraçar as mais variadas formas de constituição e configuração desta entidade familiar, cultural e histórica foi necessário ultrapassar diversas barreiras ao longo dos séculos. Em meados do Código Civil de 1916, era previsto um modelo único que se baseava exclusivamente na garantia de transmissão patrimonial, de modo que os bens do morto permanecesse em seu reduto familiar. Assim, sobre a égide do Código Civil, a única família legítima, objeto da proteção estatal e “digna” do patrimônio, era a que fosse constituída pelo matrimônio.

Promulgada a Constituição de 1988, no final do século XX, veio o reconhecimento de que a família não era única, mas sim, plural. E foi assim, no artigo 226 da Carta Magna que estabeleceu expressamente, além da união matrimonializada, a união estável e a família monoparental.

Após muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, pacificou-se a ideia de que a enumeração, referida na Carta Magna, trata-se de *numerus apertus*, ou seja, não é taxativa e possibilita o reconhecimento de outras configurações de entidades familiares.

Essa significativa transformação no foco legislativo merece um retrospecto do conceito de família dos últimos quatro séculos no Ocidente para se entender melhor os motivos e principais influências históricas que geraram e propulsionaram tal mudança. Desse modo, o primeiro passo relevante é salientar que a monogamia estabelecida nos países do Ocidente não é proveniente de razões naturais, e sim, de ordem religiosa, política e econômica. Surgindo concomitantemente com a ideia de propriedade, a monogamia estabeleceu que o marido-pai transmitiria seus bens a seus herdeiros legítimos.

É primordial se ter em mente que a família é uma construção social, uma entidade cultural e histórica, e não uma consequência natural do acasalamento que é fato do reino da natureza e existente entre os seres vivos. A estrutura familiar, desde sempre, obedece às regras culturais formuladas em épocas distintas e pelas várias civilizações que habitaram e habitam o planeta.

Retrocedendo ao mundo Ocidental do século XVII, pode-se dizer que imperava um modelo de família extenso composto por casal e seus filhos, parentes velhos, afilhados e agregados, na qual a autoridade do marido- pai era incontestável e todos os demais membros gravitavam em torno dessa figura. Esse modelo era sustentado pela filosofia política de que a autoridade do homem era legítima em razão da desigualdade existente entre os seres humanos, sendo o princípio reforçado pela igreja, especialmente no que condizia em relação à mulher quanto sua relação de submissão.

A mudança político-social culminou com a Revolução Francesa em meados do século XVIII, trazendo os princípios universais “*Liberté, Egalité, Fraternité*”, acabando com a autoridade do clero e da nobreza e dando início à Idade Contemporânea. Concomitantemente à mudança na França, na Inglaterra acontecia a Revolução Industrial, impactando no processo produção, nos níveis econômico e social.

No Brasil, além dos impactos causados pelas mudanças que ocorreram entre o século XVIII e XIX na Europa, também ocorreu a chegada da família real portuguesa em 1808. A família colonial extensa, que fabricava os víveres e utensílios necessários à sua sobrevivência, viu-se premiada pelas novas circunstâncias históricas, especialmente pela necessidade de ser inserida na aristocracia por meio de compra de títulos nobiliárquicos, o que fez com que a casa perdesse a autossuficiência, exigindo a reformulação da configuração do ambiente familiar, tornando-se uma família restrita, nuclear, com novos hábitos e costumes, que foram aprendidos com a aproximação da realeza.

Dessa forma, no início do século XX foi editado o Código Civil e, como reflexo da época em que foi elaborado, era reconhecido um único modelo de família: a legítima, matrimonializada, patriarcal e hierarquizada. Ou seja, aquela que era constituída pelo matrimônio, com filhos legítimos advindos do casamento, classificando a mulher casada como

relativamente incapaz e tendo a figura do marido e pai como chefe de família, detentor do poder pátrio e a quem os demais membros deviam obediência.

Entretanto, com a chegada do século XX ocorreram diversas transformações sociais, especialmente as condizentes ao Direito de família. No final do século, outras modificações legislativas já haviam sido inseridas buscando acompanhar toda essa evolução, como por exemplo as Lei 4.121 de 1962⁹ que versava sobre a situação jurídica da mulher casada e a Lei 6.515 de 1977¹⁰, regulando a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹¹ e a entrada em vigor do Código Civil de 2002¹² que consolidaram, em termos legislativos, as mudanças ocorridas no âmbito social.

Assim, no século XXI com as transformações acerca do Direito de Família em âmbito constitucional e infraconstitucional, que a família, finalmente, consolidou-se como plural, permitindo diversas configurações. Portanto, o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil trouxe um rol, classificado majoritariamente, como exemplificativo e não taxativo, permitindo, além dos que estão nele elencados, qualquer outra formação familiar.

A escala axiológica, ou seja, a escala dos valores humanos teve significativa transição a partir dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, com a família assumindo a função social primordial de promover o desenvolvimento e bem-estar dos seus membros, passando toda a questão patrimonial para segundo plano. Desse modo, tornou-se, despatrimonializada e repersonalizada, passando a contribuir com os fatores de política social e econômica como a urbanização e a industrialização, que acarretaram mudanças na base produtiva, transformando-se de família colonial extensa para família nuclear.

Finalmente, conclui-se, que não existe uma forma de estrutura familiar que se enquadre nos moldes de “certa” ou “correta”, pois sua constituição estará sempre sujeita à cultura da sociedade e ao momento histórico vivenciado. Como pode se ver, a atual conjuntura valoriza o

⁹ A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, foi publicada no DOU de 09 de setembro de 1962 e entrou em vigor na data de sua publicação.

¹⁰ A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foi publicado no DOU de 27.12.1977 e entrou em vigor na data de sua publicação.

¹¹ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi publicada no DOU em 05 de outubro de 1988 e entrou em vigor na data de sua publicação

¹² A Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, foi publicado no DOU de 11.1.2002 e entrou em vigor na data de sua publicação

ser humano, reconhecendo que não há verdades absolutas e que a sociedade vive em eterna mutação, reformulando os conceitos e liberando-se do preconceito que foi imposto pela cultura e religião ao longo dos séculos.

E ainda, o Estado Brasileiro é laico, por imposição constitucional. Assim, no Estado Laico, as instituições públicas, como o casamento, não podem ser moldadas de acordo com as doutrinas religiosas, pois significa uma violência contra todos aqueles que não as aderem. Por isso, para o Estado brasileiro, o casamento não é – ou não deveria ser – um “sacramento”, mas sim uma instituição civil, que deve ser talhada de modo a tratar todas as pessoas com o mesmo respeito e consideração.¹³

Salienta-se que Estado laico não é o mesmo que Estado Ateu. A liberdade religiosa também é resguardada mas não pode se sobrepor a outros direitos constitucionalmente previstos. A laicidade do Estado não importa em hostilidade em relação às religiões, mas sim em posição de obrigatória neutralidade e equidistância no campo da fé. E, assim, no Estado Democrático de Direito, os poderes públicos não podem, em nenhuma hipótese, se recusar a reconhecer direitos com base em motivações exclusivamente religiosas.

Posto isto, qualquer arranjo que possua características de entidade familiar é considerado, majoritariamente, merecedor de proteção estatal. Esse aspecto é de relevante importância pois, graças à todas transformações ocorridas é que foi possível permitir e enquadrar os casais homoafetivos como entidade familiar, concedendo direitos que, até então, não eram resguardados.

Por outro lado, insta asseverar que, minoritariamente, há aqueles que distinguem que somente as configurações previstas taxativamente na Constituição Federal terão proteção estatal porque são consideradas “famílias jurídicas”, enquanto as demais estruturas seriam uma representação sociológica de família, sem o atributo jurídico que lhes asseguraria a proteção do Estado.

1.1.2. A Família Homoafetiva

¹³ Publicado no Jornal do Brasil do dia 09.08.2010

Como se sabe, a homossexualidade existe desde os primórdios. Entretanto, o assunto era, até então, tratado como tabu passando por um longo período de perseguição e restrição. Atualmente, o fato social já está inserido na sociedade, sendo sua aceitação progressiva. Contudo, apesar de sua inserção, o preconceito ainda existe, devendo ser superado para que a sociedade possa encarar as uniões e casamentos homoafetivos como entidade familiar, garantindo os direitos e deveres desses grupos.

É importante frisar que o preconceito não está somente presente na sociedade como também no legislador constituinte e infraconstitucional que se omite no momento que deveria deixar claro e expresso a possibilidade de união e casamento homoafetivo. Pelo contrário, existe uma grande parte dos legisladores que acreditam que a união estável, estrutura familiar e casamento são formados apenas pela junção de homem e mulher.

Assim, o que deveria estar claro é que tutelar juridicamente a família é, antes de tudo, tutelar juridicamente o ser humano, pois é através da proteção à família, enquanto organismo social, que o Estado deve proteger a pessoa humana, dando-lhe dignidade e possibilitando o pleno desenvolvimento de suas virtudes.

Nesse passo, tudo que for diverso da “comunidade do casamento”, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existências devem ter garantidos seu reconhecimento como entidade familiar, sem restrições ou discriminações, baseando-se na dignidade humana, autonomia privada e o princípio basilar que todos são iguais perante a lei.

1.2. Antecedentes do Reconhecimento das Uniões Homoafetivas

O significado do termo homossexual originou-se do prefixo grego homos que significa “o mesmo/ semelhante” e, sexual vem do latim sexo e significa “relativo ou pertencente ao sexo”. A homossexualidade sempre esteve presente na história de toda sociedade, sendo registrada, inclusive, nos livros da antiguidade greco-romana e na própria Bíblia. Salienta-se que, na sociedade Grega as relações eram tão presentes que eram consideradas até mais nobres que as relações de heterossexuais.¹⁴

¹⁴ <http://www.conjur.com.br/2010-jul-08/importancia-reconhecimento-legal-uniao-homoafetiva>, acesso em 11.05.2017

Entretanto, com a revolução dos costumes e da mudança de valores, dos conceitos de moral e pudor, o tema homossexualidade e união entre pessoas do mesmo sexo, passou a ser um assunto não tratado e vítima de preconceitos da sociedade. Os valores culturais dominantes e um sistema de exclusões muitas vezes baseado em preconceitos estigmatizantes, fruto da cultura e valores históricos, permitiram que isso ocorresse na “história do grupo”.

Ainda nesse sentido, como é sabido, a religião sem sombra de dúvidas foi uma das propulsoras para esse acontecimento, pois seus princípios “sagrados” que dissertam que a relação sexual tem caráter de procriação, desconstruem os direitos e autonomia dos casais homoafetivos. As principais religiões consideram uma aberração, uma transgressão a ordem natural e uma perversão o relacionamento entre homossexuais. Contudo, e quebrando os pilares desse pensamento, se o motivo de repúdio às uniões homoafetivas é a impossibilidade de procriação, as pessoas estéreis e mulheres casadas na menopausa também teriam suas uniões vedadas pela igreja. Nesse caso, é necessário a ponderação e racionalidade para que o assunto seja devidamente tratado.

1.2.1. Séculos de Discriminação

Como visto, em razão do grande influxo das religiões judaico-cristãs, o preconceito contra as relações homossexuais cresceu gradativamente, passando a se tornar homofóbico.¹⁵

Os judeus, que se consideravam o povo eleito de Deus, possuíam uma identidade cultural inflexível, possuindo aversão ao relacionamento de pessoas do mesmo sexo, mantendo ferrenhamente seus usos e costumes. Assim, mesmo antes que os gregos e romanos tivessem uma visão coerente sobre a relação de homossexuais, as religiões inseridas nos séculos seguintes, realizaram essa desconstrução para, segundo seus dogmas, vedar a libertinagem sexual, pregando que a relação sexual somente seria realizada após o matrimônio, e sendo o casamento apenas reconhecido para heterossexuais, rechaçando o relacionamento homoafetivo.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti preceitua que:

¹⁵ <http://www.tex.pro.br/artigos/302-artigos-fev-2015/6926-o-reconhecimento-da-uniao-homoafetiva-para-concessao-do-beneficio-da-pensao-por-morte>, acesso em 20.04.2017

Aquele modelo de pederastia institucionalizada, comum entre os mais diversos povos do mundo antigo, não fazia parte da tradição judaica, donde, em decorrência daquele sentimento de promoção de sua identidade, rejeitavam qualquer tipo de amor masculino (assim como entre mulheres, embora o amor feminino em geral não fosse levado a sério no mundo antigo).¹⁶

Assim, foi criada a concepção de que somente seria admitida a relação sexual realizada dentro do casamento para fins exclusivamente procriativos, sendo as uniões extramatrimoniais -mesmo as estáveis- vistas como sinônimo de depravação dos indivíduos contra a moralidade que começava a surgir.

Além disso, acredita-se que, mesmo antes do surgimento do Cristianismo, a homossexualidade era encarada como uma anomalia e até considerada crime em algumas localidades. No entanto, com o grande crescimento das religiões judaico-cristãs foi que o mundo ocidental passou, gradativamente, a se tornar homofóbico, já que discriminam a homossexualidade pois consideram uma perversão a relação entre pessoas do mesmo sexo, transgredindo, segundo eles, a ordem “natural”,

No século XIX, com a progressiva evolução do pensamento da humanidade, esta visão foi sendo superada, pois se buscava na ciência as respostas para entender o relacionamento homoafetivo e, portanto, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo não era mais visto como pecado, mas sim como uma doença a ser tratada, surgindo a expressão “homossexualismo” (o sufixo “ismo” na área da saúde é utilizado para caracterizar uma condição patológica). Salienta-se que Organização Mundial de Saúde incluiu o homossexualismo na classificação internacional de doenças de 1977 (CID) como uma doença mental, mas, na revisão da lista de doenças, em 1990, a opção sexual foi retirada. E é por este motivo que o dia 17 de maio ficou marcado como Dia Internacional contra a Homofobia.

Atualmente, a homossexualidade está passando por uma fase de maior aceitação no meio social, especialmente no Ocidente. Verifica-se isso pelo número elevado de organizações presentes nesta região que defendem os interesses dos homossexuais. A homossexualidade vem se intensificando e tomando força pelo mundo. Os países mais liberais e avançados da Europa, por exemplo, aceitam a união homoafetiva e já são admitidos casamentos entre pessoas do

¹⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 49.

mesmo sexo. Já não sendo mais vista como uma doença a ser tratada, desvio psicológico ou perversão que contraria a Igreja.¹⁷

Assim, embora o Brasil, ainda tenha fortes raízes de uma educação machista, está mais tolerante a aceitação das uniões homoafetivas e da homossexualidade, o que fortalece a ideia da possibilidade de Reprodução Assistida para esses grupos.

1.2.2. Decisões Isoladas

A questão também é complexa e de alta relevância social no que permeia os conceitos jurídico-constitucionais e, conseqüentemente, suas decisões e posicionamentos sobre o tema. Atualmente, os direitos dos homossexuais passaram a ser mais debatidos, tendo uma maior aceitação. Alguns doutrinadores sustentam o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual. Outros defendem a qualificação jurídica das uniões homoafetivas e são favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei n 9.278 de 1996¹⁸, que, ao regular o § 3º do artigo 226 da Constituição, reconheceu, unicamente como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher.

Adentrando as discussões, a legislação brasileira trata da união estável heterossexual em diversos dispositivos legais. O art. 226, parágrafo § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, como já mencionado, considerou lícitas as uniões estáveis entre heterossexuais e nada dispôs sobre uniões homossexuais, ou seja, não houve sua vedação nem seu reconhecimento:

Art.226. (...)

§ 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.¹⁹

O Código Civil de 2002 também trouxe previsão em seu artigo 1.723:

¹⁷ O Conselho Nacional de Justiça, aprovou recentemente (14 de maio deste ano) por 14 votos a 1 pelo colegiado, a Resolução nº 175 que obriga os cartórios de todo o país a converterem uniões estáveis homoafetiva em casamento, bem como a habilitar e celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de imediata comunicação ao juiz corregedor para as providências cabíveis.

¹⁸ A Lei nº 9.278, de 10 de maio 1996, foi publicada no D.O.U. de 13.5.1996 e entrou em vigor na data de sua publicação.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. acesso em 10.04.2017

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.

Por outro lado, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal estabeleceu que:

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”. E ainda, em seu inciso X, dispôs que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Posto isto, o STJ, quando iniciada toda a discussão, não julgou o mérito das ações, se pronunciando somente acerca da possibilidade jurídica do pedido por inexistência de vedação legal, ou seja, o pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva sendo juridicamente possível e podendo ser analisado sob a ótica do direito de família, baseado na não vedação e nos direitos fundamentais resguardados do artigo 5º.

As conquistas, de fato, do reconhecimento da união homoafetiva se iniciaram em decisões isoladas do Tribunal do Rio Grande do Sul, tendo como seu principal propulsor José Carlos Teixeira Giorgis, que em 14 de março de 2001, foi relator do processo²⁰ que permitiu que um homossexual herdasse metade dos bens do parceiro com quem viveu por duas décadas.²¹

Mesmo diante do cenário conservador da época, o já aposentado Desembargador, pensou “fora da caixa” e teve a sensibilidade de visualizar a evolução dos costumes, garantindo que não há ponto de retorno na criação e fortalecimento dos direitos, ou seja, a concessão da decisão poderia abrir mais portas para os direitos dos homossexuais que, até aquele momento, não eram discutidos. E ainda, para José Carlos Teixeira Giorgis, em relação as barreiras ainda existentes sobre o tema, acredita que deve ser criada uma legislação específica que possibilite minimizar os conflitos, harmonizando, assim, a consciência nacional.

Ainda sobre o processo da 7ª Câmara Cível que foi acompanhado pelo voto da Desembargadora Maria Berenice Dias e também defensora das causas homossexuais, o caso foi originado pela morte de um dos parceiros do casal, o maior responsável pela formação do

²⁰ TJ-RS - Apelação Cível : AC 70047017827 RS

²¹ <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=700#t>, acesso em 05.02.2017

patrimônio construído ao longo dos anos. Assim, na abertura do inventário, a filha adotiva da dupla exigiu todos os bens, deixando o parceiro vivo de fora. Inconformado, este ingressou com a ação de reconhecimento de sociedade de fato e de partilha. Em primeiro grau foi reconhecida a sociedade de fato e, no TJ, a decisão foi parcialmente reformada para também reconhecer a união estável e redistribuir os bens igualmente.²²

Após as primeiras decisões favoráveis ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo naquele Estado, outras unidades da federação trilharam o mesmo caminho, a Desembargadora Maria Berenice escreve sobre o tema:

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.²³

A primeira união homoafetiva com um policial militar, também aconteceu isoladamente, em outubro de 2010 no Espírito Santo, quando após 18 anos de relacionamento, o policial entrou com pedido de reconhecimento da união. Antes mesmo do STJ se mostrar favorável à união estável entre pessoas do mesmo sexo, o casal já tinha requerido o pedido.²⁴

No ano seguinte, em Porto Velho²⁵, o juiz da 4ª Vara de Família reconheceu a união estável entre duas mulheres, concedendo em sentença todos os direitos e garantias legais atribuídas aos casais heterossexuais. Além do reconhecimento da união, determinou também a partilha de bens construídos por ambas no decorrer dos 12 anos de relacionamento.²⁶

²²<http://plantaos.rs/32896/brasil/2016/03/ha-15-anos-tjrs-reconhecia-primeira-uniao-estavel-para-casal-homoafetivo-no-brasil/>, acesso em 02.02.2017

²³ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000

²⁴ <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=263#t>, acesso em 02.02.2017

²⁵ <http://thonnyhawany.blogspot.com/2011/09/tribunal-de-justica-de-rondonia.html>, acesso em 02.02.2017

²⁶ Assessoria de Comunicação Social do TJRO

Com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e fulcro nos demais princípios que estabelecem os artigos 1º e 5º da Carta Magna, foi também oficialmente declarado o reconhecimento da união homossexual para fins previdenciários. Com a maior aceitação no meio social e até mesmo nas decisões judiciais, o Brasil demorou a reconhecer as uniões homoafetivas e alguns tribunais ainda resistem a tratá-las como união estável. Entretanto, o STJ já considera essa união válida, até porque a Constituição Federal, em seu artigo 5º, garante a igualdade entre as pessoas. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90.

- A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos.

- No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, "c" do referido Estatuto.

- Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vêm reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher.

- Acrescento, ainda, que a mais recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, o que revela não haver mais espaço para renegar os direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal.

- Quanto à redução do percentual dos juros de mora, esta Corte assentou compreensão de que a Medida Provisória nº 2.180/2001, que modificou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, determinando que os juros de mora sejam calculados em 6% (seis por cento) ao ano nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, tem incidência nos processos iniciados após a sua edição.

- No que pertine à correção monetária, o entendimento perfilhado pelo Tribunal a quo está em total sintonia com o deste Tribunal Superior já pacificado no sentido de que a dívida de valor da Fazenda Pública para com o servidor público deve ser corrigida desde o vencimento de cada prestação.

- Recurso especial a que se dá parcial provimento, apenas para redução do percentual dos juros de mora para 6% ao ano.²⁷

²⁷ REsp 932.653/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 03/11/2011

Ainda sobre o tema, em 2009, em mais uma decisão isolada, o Instituto de Previdência do Município de Teresina - IPMT deferiu pedido de pensão para companheira homoafetiva de uma servidora municipal já falecida no Piauí. O casal viveu em união estável durante dez anos e durante o relacionamento construíram e mobiliaram uma casa. Com a morte de uma das companheiras, os familiares da vítima quiseram apossar o imóvel. Depois do pedido de pensão ser negado, em sede de reconsideração, foi concedida a pensão após dois anos da sua solicitação.²⁸

No mesmo ano, o Superior Tribunal da Justiça Militar também reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo, decidindo que todos os servidores gays teriam o direito de incluir os seus parceiros no plano de saúde. A decisão foi tomada no julgamento de Questão Administrativa remetida ao tribunal pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal de Minas Gerais. Ao votar, a ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, relatora, disse que a assistência à saúde é um direito garantido pela Constituição Federal, responsável por resguardar os princípios da igualdade e do respeito às diferenças. Sobre a decisão, o ministro Flávio Bierrenbach disse que foi uma sinalização importante da Justiça Militar, considerada muito conservadora para certas questões²⁹.

Se fosse há 25 anos, nem se tocava no assunto, era tabu. Nessa quinta, votamos com a maior naturalidade e foi aprovado. É uma sinalização importante que mostra ao conjunto do Judiciário que este tribunal (STM), embora seja o mais antigo do país, está aberto a novas ideias.³⁰

Dessa maneira, a sociedade evoluiu, as questões sociais se transformaram e as problemáticas se alteraram diante do contexto histórico jurídico, sendo imprescindível uma mudança de mentalidade e, porque não, de razão, racionalismo, de evolução do conceito de moralidade, do abandono de crucificações cristãs e, além de tudo, a renovação do tema a ser positivado. Assim, ventilar a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, e as primeiras decisões isoladas, demonstraram essa teoria.³¹

²⁸ <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=42#t>, acesso em 20.02.2017

²⁹ <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=12#t>, acesso em 20.02.2017

³⁰ <http://www.conjur.com.br/2009-out-09/justica-militar-reconhece-uniao-entre-pessoas-mesmo-sexo>

³¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.196.

1.2.3. O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil

Finalmente, em 2011, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277³² e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132³³, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

O relator da ação, ministro Ayres Britto entendeu pela exclusão de qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que gerasse interpretação contrária ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E ainda, argumentou que o art. 3, inciso IV da CRFB veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça cor e que, dessa forma, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em razão de sua preferência sexual.

Nesse ínterim, os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Vale destacar passagens pertinentes e interessantíssimas de cada voto³⁴:

“Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal.”

Marco Aurélio

“Daremos a esse segmento de nobres brasileiros, mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.”

Luiz Fux

“Aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria.”

³² Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, proposta em 22 de julho de 2009 pela Procuradora-Geral da República

³³ STF - ARGUMENTO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL : ADPF 132 RJ

³⁴ <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132610,11049-STF+reconhece+uniao+homoafetiva>, acesso em 02.06.2017

Cármem Lúcia

"Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas romanos, ex facto oritur jus."

Ricardo Lewandowski

"Estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito."

Joaquim Barbosa

"Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas que de vez em quando temos tido notícias em relação a essas pessoas, práticas lamentáveis, mas que ocorrem."

Gilmar Mendes

"O Supremo restitui [aos homossexuais] o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade."

Ellen Gracie

"E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, 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."

Ayres Britto

"É arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual."

Celso de Mello

"Da decisão da Corte folga um espaço para o qual, penso eu, que tem que intervir o Poder Legislativo", disse o ministro. Ele afirmou que o Legislativo deve se expor e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional."

Cezar Peluso

1.3. Passagem de união homoafetiva em casamento a casamento homoafetivo

Até pouco tempo, grande parte da doutrina acreditava que não poderia haver casamento entre pessoas do mesmo sexo, argumentando que a diversidade de sexos era requisito

fundamental para a caracterização do casamento, assim como a forma solene e o consentimento. Nessa linha, não se concebia a união homossexual com natureza jurídica de casamento.³⁵

1.3.1. Conversão de união homoafetiva em casamento

Após o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF em 2011,³⁶ começou a ser suscitado se haveria ou não a possibilidade de sua conversão em casamento. Como o STF não se manifestou sobre essa hipótese e apenas restringiu-se a reconhecer a ausência de vedação constitucional à união estável, começaram-se as discussões.

A primeira corrente alega que o Supremo Tribunal Federal quedou-se em reconhecer a ausência de vedação constitucional à união estável homoafetiva, esclarecendo que o artigo 226, parágrafo 3º, da CRFB, seria uma norma inclusiva, com intuito de preservar na esfera jurídica o direito daqueles que tem um relacionamento público, duradouro e contínuo com outra pessoa do mesmo sexo³⁷. Além disso, a corrente que não reconhece a possibilidade de conversão da união estável em casamento, preceitua que o casamento possui diversas regras a serem cumpridas para sua concessão e o Estado garante tal ato apenas para homem e mulher. E ainda, que a possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento traria uma interpretação extensiva, passando por cima da legislação.³⁸

Já a corrente oposta, não se limitou em olhar apenas para o regramento do casamento previsto no Código Civil, mas sim, para os próprios direitos da personalidade dos casais homoafetivos, em união estável, que buscam a respectiva conversão em casamento. A possibilidade de conversão de união estável em casamento se baseia nas mesmas premissas usadas para o reconhecimento da união estável homoafetiva, ou seja, o respaldo de proteção da dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade, não discriminação, busca da felicidade e segurança jurídica.

³⁵ <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=390#t>, acesso em 15.03.2017

³⁶ STF. ADI 4277, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341

³⁷ <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8368/Uniao-estavel-homoafetiva-e-possivel-a-sua-conversao-em-casamento>, acesso em 04.04.2016

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”, Ed. Saraiva, 4ª edição, pp. 22/23

E, para abrilhantar o raciocínio da segunda corrente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ³⁹, aprovou, em maio de 2013, uma resolução que determinou que os cartórios de todo o país convertessem a união estável homoafetiva em casamento civil. Tal resolução teve como seus criadores o presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, sendo aprovado por maioria dos votos dos conselheiros.⁴⁰

E foi baseado na ideia de efetivar a decisão que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo em 2011, que o Presidente do CNJ apresentou a resolução, sendo as decisões proferidas com eficácia vinculante à administração e aos demais órgãos do Poder Judiciário baseada no julgamento do RESP 1.183.378-RS⁴¹ que estabeleceu que não existem obstáculos legais à celebração de casamento homoafetivo.

Na época, o Ministro Joaquim Barbosa qualificou como contrassenso ter de esperar que o Congresso Federal estabelecesse a norma e, afirmou também que, os cartórios estariam descumprindo a decisão do STF. "O conselho está removendo obstáculos administrativos à efetivação de decisão tomada pelo Supremo, que é vinculante".⁴²

Entretanto, mesmo após a resolução prever que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, de início houve uma certa resistência e, na prática, os cartórios só faziam a conversão de união estável em casamento, ou seja, o casamento sem cerimônia civil.⁴³

1.3.2. Pedido Direto de Casamento Homoafetivo

A primeira habilitação em casamento civil foi realizada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no qual deram provimento ao Recurso Especial que possuía como pedido a reforma da decisão em primeira instância realizada por duas cidadãs do Rio Grande

³⁹ Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

⁴⁰ <http://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>, acesso em 11.11.2016

⁴¹ STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1183378 RS 2010/0036663-8

⁴² [http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/569417/?noticia=STJ+RECONHECE+CASAMENTO+HOMOSSEXUAL)

[justica/news/569417/?noticia=STJ+RECONHECE+CASAMENTO+HOMOSSEXUAL](http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/569417/?noticia=STJ+RECONHECE+CASAMENTO+HOMOSSEXUAL), acesso em 11.11.2016

⁴³ <https://www.casamentocivil.com.br/casamento-gay>, acesso em 11.11.2016

do Sul. Em primeira instância o pedido foi negado com o fundamento de que não haveria possibilidade jurídica do pedido. No Recurso Especial nº 1.183.348, foi defendido de que não há impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que deveria ser aplicada a regra do direito privado na qual é permitido tudo aquilo que não é expressamente proibido.⁴⁴

Dessa maneira, o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, defendeu que a dignidade humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo quando é usada com intenção de negar a dignidade e a liberdade de outro, como nos casos de crimes sexuais:

O sexo, entendido como gênero – e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações –, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação.

O ministro lembrou que um dos objetivos fundamentais da República, motivo da própria existência do Estado, é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação:

É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

E ainda, salientou que os dispositivos do Código Civil não vedam o casamento civil entre homossexuais e, o que caracterizaria como afronta, seria negar os princípios constitucionais à esse grupo, ou seja, o legislador poderia, se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal, o que não ocorreu.

Por fim, o Ministro concluiu que:

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo

⁴⁴ <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=286#t> , acesso em 12.11.2016

porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

1.3.3. Resoluções sobre Casamento Homoafetivo em Nível Estadual

Após 4 anos de vigor da Resolução do Conselho Nacional de Justiça⁴⁵ n. 175 de 2013⁴⁶, ao menos 15 mil casamentos homoafetivos foram realizados no Brasil. A Resolução que obrigou todos os cartórios do país a realizarem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, contribuiu para derrubar as barreiras administrativas e jurídicas que inviabilizavam as uniões homoafetivas no país.⁴⁷

Antes da Resolução, o casal precisava entrar na Justiça para que a união fosse reconhecida e, mesmo assim, corria o risco de não conseguir realizar seu sonho. Ainda que em 2011, o STF tenha afirmado a possibilidade de união estável, muitos estados, até 2013, sequer confirmavam as uniões homoafetivas. No primeiro ano em vigor, a norma viabilizou 3.700 casamentos em todo o país. Os números foram aumentando: em 2015, foram realizados 5.614 casamentos – um acréscimo de 52%. Assim, depois de superadas, em tese, as controvérsias da possibilidade de conversão da união estável em casamento ou não, diversos estados começaram a formalizar tal ato:

No Rio de Janeiro, entre 2013 e 2015, mais de 400 casamentos homoafetivos foram realizados. Segundo a Corregedoria de Justiça do TJRJ, foram celebrados até o ano de 2017 aproximadamente 2 mil, isso porque a opinião dos juízes não era uniforme em relação a conversão de união estável em casamento e, após a Resolução do CNJ já supracitada, foi possível, de certo modo, “uniformizar” o raciocínio acerca do tema.

Ainda no Rio, em 2014, foi celebrada a maior cerimônia coletiva de casamento civil do mundo. Ao todo 160 casais homossexuais oficializaram a união na zona portuária do Rio de Janeiro. O superintendente de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos e coordenador do

⁴⁵ Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 - Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

⁴⁶ <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>, acesso em 20.11.2016

⁴⁷ <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/13902/Norma+sobre+casamento+homoafetivo+completa+quatro+anos%22>, acesso em 20.11.2016

Programa Estadual Rio Sem Homofobia, Cláudio Nascimento, e seu companheiro, João Silva, foram o primeiro casal a ter a união convertida em casamento no estado do Rio de Janeiro:

“É uma ação afirmativa para chamar a atenção de todos para as conquistas e os desafios na área dos direitos civis e humanos da comunidade LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros). O casamento garante a possibilidade de vários projetos de futuro juntos, como a casa própria, ampliar a família e um nível de segurança jurídica formidável”⁴⁸

Já no Distrito Federal, foram celebrados 332 casamentos entre pessoas do mesmo sexo nos primeiros três anos de vigência da norma do CNJ. Segundo a Coordenadoria de Correição e Inspeção Extrajudicial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), que verifica anualmente a regularidade dos atos dos cartórios em relação à Resolução 175, nunca foram encontrados cartórios descumprindo a norma, o que demonstra um grande avanço para estabelecer a linearidade das regras.

Mesmo com tantos progressos, a realidade de alguns estados ainda é muito cruel em relação ao assunto. Como por exemplo em Florianópolis que, membros do Ministério Público se posicionam contrários às uniões. Florianópolis é uma das cidades onde a recusa tem sido sistemática. Ainda assim, em 2015, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e a Associação Amigos em Ação de Santa Catarina conseguiram realizar uma cerimônia coletiva de casamento civil para 40 casais homoafetivos, sem custo aos noivos. Em 2016, o número diminuiu: foram 12. Em todo o estado, segundo dados da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, foram realizados 1.444 casamentos nos últimos 4 anos.⁴⁹

Salienta-se que, caso o cartório não aplique as regras da Resolução do CNJ, os casais podem levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor competente, possibilitando a abertura de processo administrativo contra a autoridade que se negue a celebrar ou converter a união estável homoafetiva em casamento.

Por fim, de acordo com a pesquisa do IBGE, do total de 1.775 casamentos entre cônjuges masculinos, 897 (50,5%) foram realizados no Estado de São Paulo, 126 (10,7%) em Santa

⁴⁸ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-11/rio-realiza-maior-cerimonia-coletiva-de-casamento-civil-homoafetivo-do-mundo>, acesso em 22.11.2016

⁴⁹ <http://rodrigocosta.com/tag/casamento-homoafetivo/>, acesso em 22.11.2016

Catarina e 112 no Rio de Janeiro (6,3%). Em relação aos 1.926 registros feitos por casais femininos, São Paulo também teve o maior percentual entre os Estados, com 1.048 (54,4%) dos casamentos, seguido por Minas Gerais, com 109 (5,7%), Ceará, com 104 (5,4%) e Rio de Janeiro, com 99 (5,1%).⁵⁰

Apesar de já haver uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de maio de 2011 reconhecendo a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, somente com a resolução nº 175 do CNJ foi determinada a obrigatoriedade, a todos os cartórios de títulos e documentos, a habilitação ou celebração do casamento civil, ou ainda, a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

1.3.4. A Abertura do Casamento aos Casais Homoafetivos

Atualmente, os casais do mesmo sexo podem ter uma cerimônia no civil no cartório, no buffet, e até mesmo na igreja, ou seja, podem também se casar no religioso com efeito civil. Na prática o casamento gay é exatamente igual ao casamento convencional, o prazo, os documentos e os valores são os mesmos. Os noivos gays podem escolher o regime de bens, adotar um o sobrenome do outro, participar do plano de saúde, pensão alimentícia, divisão de bens adquiridos e também adotar filhos; não há impedimentos legais à adoção por casais homossexuais. Assim, a resolução do CNJ foi um passo definitivo em direção à inclusão social e ao respeito de suas identidades, possibilitando que o casamento homo ou heteroafetivo não se diferissem legalmente.

Insta asseverar que, recentemente, o Projeto de Lei⁵¹ nº 612/2011⁵², que busca o reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi aprovado pela Comissão

⁵⁰ <https://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/9149/Ouvidoria+do+CNJ+recebeu+53+manifesta%C3%A7%C3%B5es+sobre+obrigatoriedade+de+registro+de+casamento+homoafetivo>, acesso em 15.11.2016

⁵¹ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>, acesso em 25.11.2016

⁵² Altera a redação do art. 1.723 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) para reconhecer como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; altera a redação do art. 1.726 da referida Lei para prever que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração, produzindo efeitos a partir da data do registro do casamento.

de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ do Senado e, agora, a matéria seguirá para apreciação em plenário e, se aprovada, irá para a Câmara dos Deputados.

O projeto que legaliza o casamento homoafetivo é de autoria da senadora Marta Suplicy (PMDB-SP). O texto determina ainda que a união estável:

“poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração”.

Alguns juízes, como já mencionado, autorizam que pessoas do mesmo sexo em união estável se casem. No entanto, há casos de recusa, fundamentada na inexistência de previsão legal expressa. O projeto de lei teria como objetivo eliminar as dificuldades nesses casos, pois, a partir da previsão legal, não haveriam mais lacunas e questionamentos acerca do tema.⁵³

Segundo o relator, senador Roberto Requião, é de responsabilidade do Legislativo adequar a lei em vigor ao entendimento consagrado pelo Supremo, “contribuindo, assim, para o aumento da segurança jurídica e, em última análise, a disseminação da pacificação social”. O que quer dizer que, os princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia privada e igualdade estariam garantidos e previstos, sendo coerentes com as premissas basilares de nossa Constituição.⁵⁴

⁵³ SARMENTO, Daniel. *Casamento entre homossexuais, Estado e Religião*. Publicado no Jornal do Brasil do dia 09/08/2010.

⁵⁴ <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI255219,21048-CCJ+do+Senado+aprova+casamento+homoafetivo>, acesso em 02.04.2017

2. A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NO BRASIL

O fenômeno da reprodução assistida, conjunto de técnicas que inclui a inseminação e a fertilização *in vitro*, está ocorrendo desde meados do século passado. No Brasil, sua chegada se deu em 1982 e, apesar de já utilizarmos há algum tempo, só agora estamos nos atentando à importância e revolução jurídica que essas técnicas promovem. Segundo a Autora Anna de Moraes Salles Beraldo⁵⁵:

Reprodução assistida pode ser conceituada como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana.

Nos grandes centros urbanos, a utilização dessas técnicas é cada vez comum, estima-se que em 2008 mais de 278 mil casais brasileiros tiveram dificuldade para gerar um filho em algum momento da idade fértil, entretanto, existindo apenas 8 serviços de suporte que realizam tratamento pelo Sistema Único de Saúde, atendendo apenas 2 mil casos por ano.⁵⁶

Lamentavelmente, embora a infertilidade seja vista como problema de saúde e a constituição resguarde o direito ao planejamento familiar, na maioria dos casos, tais procedimentos seguem inacessíveis aos pacientes no Sistema de Saúde Suplementar, a despeito de a legislação determinar a cobertura por parte dos planos de saúde. Assim, inúmeros casais veem frustrado o sonho de ter filhos.

Importante frisar que, desde 1960, a taxa de crescimento da população brasileira vem sofrendo paulatinos declínios, intensificada pela queda da taxa de fertilidade. Dessa forma, tais fatos demonstram a necessidade de regulamentação e legislação adequada para matéria, principalmente no condiz às estruturas familiares, e aos casais homoafetivos.⁵⁷

⁵⁵ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem. Um estudo sobre as consequências jurídicas no Direito de Família e Sucessões*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. V. 1. P.80

⁵⁶ PEREIRA, Tânia da Silva, MENEZES, Rachel Aisengart e BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010

⁵⁷ <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>

E ainda, para os casais homoafetivos, a situação é ainda mais séria, pois a rigor da lei, não há previsão de reprodução assistida para as uniões estáveis. O que ocorre é que a lei não prevê, em sua literalidade, a união homoafetiva, estendendo-se, apenas, por analogia a união estável dos heterossexuais a esses. Ou seja, não há previsão da técnica de reprodução assistida nas uniões estáveis, sendo assim, baseia-se na constituição para resguardar o direito dos mesmos, após ter sido definido a possibilidade de utilização das técnicas pelos casais heterossexuais constituídos em união estável. Assim, em nosso país, a literatura sobre o assunto ainda é escassa, a jurisprudência é praticamente inexistente e, embora se tenha conhecimento de um caso ou outro, o fato é que o uso da técnica por casais homoafetivos não é fato comum ou não chega ao conhecimento da grande massa populacional.⁵⁸

A lentidão do legislador no exame dos diversos projetos existentes no Congresso Nacional provoca o acúmulo de dúvidas e o agravamento de diversas questões que se encontram em aberto sobre o tema. Atualmente, a única regulamentação é a de nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina. A legislação brasileira ainda é muito acanhada. As normas no sentido formal, de lei, ainda estão engatinhando, apesar de alguns pesquisadores estarem há tempos empenhados nesse assunto. Quanto às ações judiciais, temos poucas, pois só agora a técnica estão disponíveis, em parte, no Sistema Único de Saúde – SUS, e são normalmente desenvolvidas, em sua maioria, em clínicas particulares. Com a maior publicidade das questões femininas, questões de fertilidade dos casais, liberação de novos arranjos familiares é que possibilitado “popularizar” e “estimular” a utilização das técnicas.

Os métodos de reprodução assistida, segundo Heloisa Helena Barboza, desconstituem a estrutura tradicional da família, no sentido da forma de composição dessa família. Por sua vez, as técnicas socorrem as pessoas que não podem ter filhos, o que não é privilégio de nenhuma classe social, pois, como já constatado, as classes menos favorecidas tem muito problemas de infertilidade, e é por essa razão e porque existe um direito constitucionalmente assegurado ao planejamento familiar, que é necessário recorrer ao SUS.

2.1. Algumas Noções sobre Métodos de Reprodução Medicamente Assistida

⁵⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. in Temas de Responsabilidade civil. Coord. Guilherme Magalhães Martins. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.486

Trata-se de procedimentos biomédicos que promovem a reprodução humana sem a necessidade de haver contato sexual. A infertilidade é tida como problema de saúde, elencada como doença N97 – Infertilidade feminina e N98 – Complicações associadas à fecundação artificial na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde da Organização Pan-americana de Saúde e da Organização Mundial da Saúde, motivo pelos quais os métodos viabilizam e solucionam essa questão.

As pesquisas demonstram que, cada vez mais, existem a procura pelos métodos alternativos de fertilização, principalmente quando as mulheres se encontram em idades mais avançadas. Sabe-se que, atualmente, pelos direitos conquistados pela mulher e, conseqüentemente, a inserção da mesma no mercado de trabalho, ocorreu o retardamento da gravidez em sua idade “mais fértil”, o que, por muitas vezes, complica e agrava quando decide-se ter um filho em idade evoluída.⁵⁹

As técnicas de reprodução assistida abrangem a inseminação artificial e a fertilização in vitro (FIV). A primeira é realizada com a concepção – união do espermatozoide com o óvulo, dando origem ao embrião humano – no interior da mulher que fará a gestação, sendo denominada intracorpórea. Já a segunda técnica supracitada é quando o embrião é feito em laboratório, mais conhecido como “bebê de proveta”.⁶⁰

Na fertilização in vitro são criados vários embriões em laboratório para os beneficiários da técnica. Esses beneficiários, em regra, serão considerados como pais e os embriões serão transferidos para o útero de uma mulher na tentativa de se obter uma gravidez. Pelo código Civil, os embriões excedentários, ou seja, aqueles que não forem utilizados, permanecem congelados.

Por outro lado, a técnica de reprodução assistida utiliza gametas do casal cujos integrantes serão os pais da criança – espermatozoides e óvulos –, sendo, dessa maneira, designada como homóloga. Já nas hipóteses de o material genético – gametas – serem doados por terceiro, a técnica será denominada heteróloga. Insta asseverar que, a gestação que for desenvolvida pela

⁵⁹ <http://www.procriar.com.br/fertilizacao-in-vitro-para-casais-homoafetivos>, acesso em 30.11.2016

⁶⁰ <http://www.brasil.gov.br/saude/2014/07/relatorio-revela-numeros-sobre-reproducao-assistida-no-pais>, acesso em 30.11.2016

mulher que não será a mãe da criança é denominada gestação de substituição, conhecida também por “barriga de aluguel”.⁶¹

A utilização dessas técnicas geram numerosos e complexos problemas jurídicos que, até o momento, não foram solucionados pela legislação infraconstitucional vigente, como será demonstrado.

2.1.1. Infertilidade Humana como problema de saúde

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), cerca de 15% da população mundial apresenta dificuldade para engravidar. As causas para infertilidade são as mais variadas: consumo de álcool e tabaco, o sedentarismo, a obesidade, a poluição e as doenças sexualmente transmissíveis (DST) podem interferir negativamente na fertilidade feminina e masculina que crescem cada vez mais entre a população. Assim, é indubitável que a infertilidade é um problema de saúde tendo que ser tratado como doença.

Após séculos de transição em relação a estrutura familiar, finalmente, em 1988, com a promulgação da Constituição, foi possível verificar a possibilidade, proteção e o respaldo jurídico acerca do planejamento familiar e, conseqüentemente, do direito à saúde como será demonstrado.⁶²

Vejamos que, primeiramente é preciso salientar que os direitos fundamentais, vieram como pilares da Constituição para garantir a subsistência do ser humano, sendo estes de interesse internacional. Tanto é verdade que diversas declarações foram feitas em âmbito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, por exemplo. Esta, basicamente, preocupou-se em dividir os direitos individuais em quatro ordens, conforme afirma Celso Ribeiro Bastos:⁶³

(...) logo no início, são proclamados os direitos pessoas do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade,

⁶¹ <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/03/mulheres-conquistam-direitos-nos-ultimos-100-anos>, acesso em 30.11.2016

⁶² RÁO, Vicente. apud BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina e TEPEDINO, Gustavo. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª Edição

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo. Ed. Saraiva, 2000, p. 38.

direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.

Dentre os direitos fundamentais encontramos alguns com mais relevância do que outros, pois trata de proteção à sobrevivência humana, como o princípio da igualdade, o direito à saúde e o direito à vida, que resumem em si toda a substância humana necessária à sobrevivência.

No que condiz à igualdade, Gilmar Mendes⁶⁴ entende que, se houver uma concessão de vantagens ou benefícios a determinados seguimentos ou grupos, sem contemplar outros que encontram em condições idênticas, estaremos diante de uma exclusão de benefício incompatível com a igualdade havendo, dessa forma, uma afronta. Assim, é possível visualizar a ideia de que o direito ao planejamento familiar, concomitante com o direito a saúde, devem beneficiar todo e qualquer tipo de ser humano: heterossexual, homossexual, solteiro, casado e etc, garantindo-os tratamento igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais.

Quanto ao direito à vida, precisa-se frisar que o mesmo está intimamente ligado ao acesso igualitário à saúde. Dessa forma, objetivando progredir a vida, o Estado comprometeu-se, em sua Constituição, a prestar à toda a população ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme disposto no artigo 196 da CRFB. E é diante disso que encontraremos o respaldo para o nosso atual cenário: direito a saúde para sanar a infertilidade com as técnicas ora apresentadas e, conseqüentemente, resguardar o direito ao planejamento familiar.

Posto isto, acompanhando os direitos fundamentais, a saúde aproxima-se da ideia central de qualidade de vida e constitui elemento da cidadania, preceituada também como direito social presente no caput do art. 6º da CRFB. E é dessa maneira que a Lei 9.656 de 1998⁶⁵ dispõe sobre

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Diretos Fundamentais e Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 48, 49.

⁶⁵ Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, Brasília, 3 de junho de 1998; 177oda Independência e 110o da República, que entrou em vigor da data de sua publicação.

os planos e seguros privados de assistência à saúde e o art. 226 da CRFB prevê o planejamento familiar.

É preciso atentar que o artigo supracitado, não encerra, definitivamente, segundo a doutrina majoritária, todas as possibilidades de constituição de família, tratando-se de mera enumeração exemplificativa das situações:

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.

E é com a infertilidade sendo tratada como problema de saúde e com o entendimento de que o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar é incumbência do Poder público, podemos afirmar que o direito à saúde é um bem jurídico tutelado pelo texto constitucional.⁶⁶

2.1.2. Reprodução assistida por casais homoafetivos

A união de casais do mesmo sexo até algum tempo atrás impedia, legalmente, a chance de se ter filhos naturais. Atualmente, além da adoção, os casais homoafetivos podem recorrer

⁶⁶ RE-AgR n 393175-RS AG. Reg. no Recurso Extraordinário

às técnicas de reprodução assistida para realizarem o desejo de se tornarem pais e mães biológicos.⁶⁷

O Conselho Federal de Medicina estabeleceu, na atual Resolução em vigor nº 2121/2015⁶⁸, a reprodução assistida, também, para os casais homoafetivos. Tendo em vista que todos, constitucionalmente, sem distinção, tem direito à saúde e ao planejamento familiar, não restam dúvidas que a técnica deveria ser viabilizada para os homossexuais.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente. **2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.**

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

Assim, cada vez mais, os casais homoafetivos têm procurado clínicas de reprodução assistida. As novas normas beneficiam um número maior de mulheres e homens homossexuais que desejam ter filhos biológicos. A medida permite que a técnica seja desenvolvida, independentemente do estado civil ou orientação sexual, ou seja, pessoas do mesmo sexo e/ou homens e mulheres solteiros. Trata-se de um novo marco da sociedade moderna. A medicina tem grande preocupação no bem-estar e na saúde de todos os indivíduos, respeitando-os sempre da mesma maneira. Este é um grupo carente que merece nossa preocupação e respeito acima de tudo.

Para os casais homoafetivos o procedimento é ainda mais complexo, pois, além das dificuldades de tratamento, há um preconceito, muito atrasado, da sociedade. Doutro lado, o aumento dos relacionamentos, e a maior atenção a esse grupo, fez com que esses conflitos, até então muito acentuados, fossem diminuídos. Dessa maneira, as normas éticas estabelecem que nos casos de mulheres homossexuais, não se pode utilizar o sêmen de um familiar, como por exemplo o irmão de uma das parceiras, para fertilizar os óvulos de sua companheira. Os especialistas esclarecem que o doador não pode ser um irmão, familiar ou conhecido da paciente,

⁶⁷ <https://fecondare.com.br/artigos/casais-homoafetivos-podem-ter-filhos-atraves-da-reproducao-assistida/>, acesso em 01.12.2016

⁶⁸ A Resolução nº 2.121/2015 foi publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117 e entrou em vigor na data de sua publicação.

pois os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Obrigatoriamente, é mantido o anonimato. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação de saúde, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se sua identidade civil.

Já para os homens homoafetivos, o cenário é ainda mais complicado, pois é necessário que os óvulos doados sejam de um parente próximo, como irmã ou mãe, que nem sempre aceitam gerar o bebê. O procedimento só é permitido em uma mulher parente do casal homossexual – a chamada “barriga solidária”. É muito importante lembrar que nestes casos, independente da barriga de aluguel ser a mãe ou a irmã de um dos indivíduos, a aprovação do Conselho Federal de Medicina é obrigatória. Em outros países há mais possibilidades, pois se pode pagar a uma mulher pelo “aluguel” do seu útero. Porém, essas opções continuam proibidas no Brasil.

2.1.3. A ANS

Superado os princípios e os direitos supracitados que são constitucionalmente resguardados, insta demonstrar que tentar ter um filho faz parte do planejamento familiar, tanto quanto tratamentos anticoncepcionais. Assim, uma vez que a Lei 9.656/98 prevê expressamente que planos de saúde são obrigados a cobrir atendimentos nos casos de planejamento familiar, cabe aos planos custear também tratamentos de reprodução assistida.

Ao contrário e, para decepção dos casais que necessitam de tratamento para a infertilidade, a Agência Nacional de Saúde -ANS, por meio de Resolução Normativa (RN nº 387, de 28 de outubro de 2015⁶⁹), determinou que as técnicas de reprodução assistida não sejam de cobertura obrigatória pelos convênios. Assim, diante da dificuldade de acesso aos tratamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, casais com problema de infertilidade recorrem à rede suplementar e se deparam com a falta de cobertura por parte dos planos e operadoras de saúde.

Neste contexto, torna-se evidente a ambivalência da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Ela é no mínimo omissa ao não garantir a inclusão dos tratamentos para infertilidade no rol de procedimentos dos planos de saúde, Afinal, a Constituição Federal

⁶⁹<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzExMA==>

determina como direito do cidadão e dever do Estado garantir a saúde da população. Heloisa Helena Barboza, esclarece que, de maneira errônea, isso ocorre pois há falta de previsão de orçamento para a realização dessas técnicas.

Para a advogada Nathália Monici, o Poder Judiciário reconheceu o direito não somente ao tratamento da doença, mas também ao planejamento familiar, previsto no Código Civil, na Constituição Federal e também na legislação que rege as operadoras de planos de saúde (Lei 9.656/98):

A infertilidade é doença reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), razão pela qual entendemos que seu tratamento faz jus à cobertura. Caso não fosse reconhecido judicialmente o direito à reprodução assistida, o casal seria punido ao não poder concretizar o sonho de gerar um filho.

A agência, de fato, parece caminhar na contramão. Tal percepção é explicada pelo contexto de que em 12 de maio de 2009 foi sancionada a lei 11.935, que altera o art. 36-C da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. A nova lei, assinada pelo então presidente da República na época, Luiz Inácio Lula da Silva, determinou a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar pelas operadoras. A homologação aconteceu poucos dias antes da publicação da Resolução Normativa da ANS que exclui a inseminação artificial. Ou seja, contrariando a sanção presidencial, a ANS, em 27 de maio de 2009, por meio da Resolução nº 192, alegou que “a inseminação artificial e o fornecimento de medicamentos de uso domiciliar não são de cobertura obrigatória”

Doutro lado, as decisões judiciais e o entendimento têm sido favoráveis. O Desembargador Josaphá dos Santos do TJDF, por exemplo, concedeu o pedido de tutela de urgência ao reconhecer a necessidade imediata para o início do tratamento, para ele:

a Lei 9.656/98 estabelece como obrigatória a cobertura para o planejamento familiar e esse, por sua vez, deriva de lei que regulamenta dispositivo constitucional e inclui como uma das formas de planejamento a utilização de técnicas de concepção, não há como prevalecer a exclusão imposta por resolução normativa da ANS.⁷⁰

⁷⁰ Processo nº 070144295.2017.8.07.0000

Por óbvio, as empresas de saúde privada acabam por optar pela regra que mais lhes convém, negando o acesso a seus usuários, restringindo a cobertura apenas aos métodos contraceptivos.

2.2. Direito e Biotecnologia face à Regulamentação da Reprodução Medicamente Assistida

Os grandes avanços no campo das ciências e tecnologias exigem uma nova conduta, um repensar sobre a ciência jurídica e, principalmente, o reconhecimento da necessidade de serem criados novos instrumentos que permitam acompanhar ou tentar acompanhar essas constantes inovações. O direito não pode, nem deve permanecer alheio às constantes e múltiplas transformações do mundo, que ocorrem na atualidade. A manutenção de um pensamento retrógrado é inadmissível tendo em vista a realidade em que se inserem.

O desenfreado desenvolvimento das ciências nas últimas décadas, de forma especial no campo da genética e da embriologia, tem suscitado polêmicas nos mais destacáveis campos do saber humano. Isso porque, se esses novos conhecimentos resultam em inegáveis benefícios para a humanidade, podem, também, se indevida e inadequadamente utilizados, redundando em consequências imprevisíveis, com riscos inquestionáveis para o homem e, por conseguinte, o futuro da humanidade.

Dessa maneira, esses conhecimentos possibilitam que o homem intervenha na criação da vida, algo que até então era apenas visto na teoria “divina”. Portanto, não é de se estranhar a perplexidade com que esse tipo de notícia é recebida pela sociedade, até porque a velocidade com que as coisas vêm acontecendo é tão grande que, mesmo antes de as novidades serem assimiladas, antes que se possa refletir a respeito, outras são anunciadas, deixando atordoados aqueles que delas tomam conhecimento.

A legislação que, necessariamente, deve resultar de longas reflexões, não tem acompanhado essa evolução sem limites e questões polêmicas – filosóficas, éticas e jurídicas –, decorrentes das novas técnicas de fertilização, da manipulação de embriões, da criopreservação, da utilização e do descarte de embriões excedentários, dentre outros, não tendo encontrado instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios, capazes de responder adequadamente a essa

nova realidade. Sendo assim, justificam-se os questionamentos filosóficos, éticos e jurídicos sobre o tema.⁷¹

Insta asseverar ainda que, filosóficos porque é preciso repensar os conceitos e os valores do ser humano; Éticos, pois a ética deve constituir o alicerce da conduta humana, sendo o elo entre o avanço e o limite, entre o progresso e o bom senso; e Jurídicos, porque cabe ao direito disciplinar e limitar, uma vez que, frente ao princípio da legalidade: “o que não proibido é permitido”.

Posto isto, cabe ressaltar que o Brasil ainda não possui legislação específica que regule a Reprodução Assistida, sendo que o Código Civil menciona algumas técnicas de reprodução assistida, mas não vai além, visto que a matéria deveria ser tratada futuramente por lei específica – mas ainda não é.

Mesmo após as técnicas de Reprodução Assistida serem inseridas no cotidiano brasileiro, a sua regulamentação jurídica ordinária é “embrionária”. Isso porque só possuímos três acanhados incisos acerca do tema, previstos em nosso Código Civil, que não primam pela precisão de conceitos, não tratam da matéria que se desdobra, o que acaba gerando grandes lacunas para a solução de conflitos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
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.

Em relação a este problema, Silvio de Salvo Venosa lembra:

O Código Civil de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é

⁷¹ MIRANDA, Jorge, A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 45

cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.

O Código Civil não trata da gestação de substituições, por exemplo. Dos projetos de lei que estão em trâmite, a gestação de substituição possui grandes divergências, ou seja, as questões não estão pacificadas, sendo sugerido por deputados a realização de audiências públicas sobre os temas. Estes propõe regulamentar boa parte das questões, que vai desde o controle das clínicas, quem é o pai e a mãe, o que fazer com os embriões congelados, responsabilidade com embriões, o que fazer com as mães substitutas e etc. Ao todo são aproximadamente 14 projetos de lei na Câmara tentando regulamentar as técnicas.

Cumprе ressaltar que dos principais projetos pode-se citar: PL nº. 3.638/1993, PL nº 2.855/1997, PL nº.4.655/2001, PL nº 1.135/2003, PL nº. 1.184/2003, PL nº 2.061/2003, PL nº. 4.892/2012 e PL nº.115/2015. Em sua maioria, eles proibem a gestação por sub-rogação na sua forma comercial. E ainda, temos dois principais que ainda estão na Câmara, 11 dos quais estão apensados ao PL nº1184 de 2003⁷² de autoria do ex-senador e médico Lúcio Alcântara. Essa proposta, já aprovada pelo Senado, aguarda votação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), antes de seguir para o Plenário.

Um dos projetos apensados ao de Alcântara (PL nº 1135/03, do ginecologista e ex-deputado José Pinotti, já falecido), por exemplo, tem receptividade muito maior entre a comunidade médica porque é mais parecido com a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) que, na falta de lei, regulamenta a prática desde 1992. Já a resolução do CFM é mais aceita pela comunidade médica do que o PL nº 1184/03, que abarca preocupações do segmento cristão da sociedade brasileira, como questões relativas ao início da vida humana.

Além do Código Civil e dos projetos ainda em trâmite, possuímos as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), que estabeleceram normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dispositivo deontológico que é seguido pelos médicos. Embora não tenha natureza de lei, tem sido de grande valia na solução de problemas que se apresentam na prática, servindo de verdadeiro regulamento da matéria, a orientar os que lidam com a reprodução assistida.⁷³

⁷² <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>, acesso em 05.12.2016

⁷³ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. Publicado em: Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002. Editora: Del Rey

Deve-se ressaltar, porém, que o tema não se encontra juridicamente desamparado, de acordo com o parágrafo 7º do artigo 226 da CRFB:

§ 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. Regulamento.

O dispositivo supracitado é regulamentado pela lei n. 9.263 de 1996, que estabelece que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, ou seja, a garantia de todas as ações possíveis que regulamentam a fecundidade e permitem direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou por qualquer tipo de casal. Logo, para o exercício do direito ao planejamento familiar, deveria ser oferecido todo e qualquer tratamento pelo SUS – Sistema Único de Saúde, o que, na prática, não é satisfatório em sua totalidade. Os métodos de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas, deveria ser constitucionalmente resguardados e fornecidos pela saúde pública, mas, como se sabe, ainda não foi devidamente implementado, haja vista a assistência médica pública precária brasileira.

Assim, considerando que as técnicas de Reprodução Assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas, não restam dúvidas quanto à necessidade de inserção da reprodução assistida no rol dos métodos e técnicas que devem ser asseguradas à mulher, ao homem ou a qualquer casal, para o exercício do direito ao planejamento familiar.

Por isso e, principalmente, por ser indeclinável a proteção da dignidade humana e de todas as pessoas envolvidas nesses processos, é que devem ser buscadas, na Constituição da República, as diretrizes que devem conduzir a interpretação dos dispositivos existentes, que estão ainda distantes de solucionar os problemas já constatados e enfrentados.

2.3. Regulamentações do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina (“CFM”) foi criado em 1951 e trata-se de uma autarquia que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica. Além

de atribuições como o registro profissional do médico e a aplicação de sanções do Código de Ética Médica, adquiriu funções que atuam em prol da saúde da população e dos interesses da classe médica.⁷⁴

E é este o Conselho que, atualmente, dentro de suas limitações, consegue guiar e orientar como lidar com as técnicas e procedimentos de Reprodução Assistida, com base nas normas éticas e princípios garantidores fundamentais presentes em nossa Constituição.

2.3.1. Regulamentação nº 1.358/1992

De maneira muito acanhada, a Resolução nº 1.358 /1992⁷⁵ do Conselho Federal de Medicina previa a possibilidade de Reprodução Assistida. A técnica era restringida apenas às mulheres, respeitando os princípios da autonomia e do consentimento informado, além da necessidade de submeter a aprovação do cônjuge ou companheiro, caso essa possuísse:

II- USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

- 1- Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.
- 2- Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Além disso, seus pilares eram baseados na possibilidade de resolução dos problemas de infertilidade, viabilizando o uso da técnica. A resolução ainda trata da questão da responsabilidade das clínicas que realizam o procedimento, bem como a destinação dos gametas ou pré-embriões doados, resguardando, sempre, a identidade do doador.

Outra questão importante que é salientada na resolução, é a destinação dos gametas e embriões excedentes, permitindo a discricionariedade dos doadores sobre o destino dos mesmos, principalmente em casos de divórcio, doença grave ou falecimento de um deles ou ambos, sendo denominada criopreservação. Por fim, destaca que a gestação de substituição, mais conhecida

⁷⁴ https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Federal_de_Medicina , acesso em 15.05.17

⁷⁵ Resolução CFM nº 1358/1992 foi publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Seção I, p; 16053 e entrou em vigor na data de sua publicação.

como “barriga de aluguel” deve ser realizada por alguém pertencente à família da doadora genética.

2.3.2. Regulamentação 1.957/2010

Com um novo formato, a Regulamentação do Conselho Federal de Medicina de 2010⁷⁶, revolucionou trazendo a possibilidade de novos pacientes das técnicas de Reprodução Assistida:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 -Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

Dessa maneira, a Resolução não restringiu ou limitou as pessoas que poderiam utilizar a técnica, como feito na anterior, permitindo que qualquer pessoa capaz a realize. E ainda, a nova Resolução estabeleceu a possibilidade da Reprodução Assistida post mortem, ou seja, a utilização dos gametas excedentes após a morte de um dos doadores:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia especificado(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Insta asseverar que, até hoje, existem muitas discussões e diferentes posições doutrinárias acerca da possibilidade supracitada. A lei de biossegurança, Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005, prevê a possibilidade de aproveitamento dos embriões que não são utilizados, desde que haja autorização dos genitores. Toda essa questão implica, por exemplo, nos casos de separação dos casais, morte de um dos casais, pois acredita-se que a destinação deveria ser dada antes da inicialização do tratamento. A Resolução orienta o uso dessa técnica e ressalva a ideia de que, de antemão, a destinação desses embriões deve ser prevista. Entretanto, como não se trata de lei, a opinião de outras áreas pode ser divergente.

⁷⁶ A Resolução CFM nº1965/2010 publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, seção I, p.79 e entrou em vigor na data de sua publicação.

Por fim, limita, por motivos óbvios, a quantidade de oócitos e embriões que podem ser utilizados para que o tratamento seja eficaz sem colocar em risco a vida da genitora:

6 -O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

2.3.3. Regulamentação nº 2013/2013

A Regulamentação nº 2013/2013⁷⁷ revogou a Resolução CFM nº 1957/10 e trouxe, mais uma vez, mudanças significativas para as questões condizentes à Reprodução Assistida. A mais considerável e inovadora é o fato de que, após a sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconhecer e qualificar como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), os mesmos passaram a compor o quadro de possíveis pacientes para as técnicas de RA:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

A mesma apresenta também maiores explicações acerca da gestação de substituição e o motivo da criação da Resolução, apontando, principalmente, a questão da falta de legislação específica e tentando orientar o procedimento da melhor forma ética possível:

No Brasil, até a presente data **não há legislação específica** a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo. Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.957/10 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução

⁷⁷ A Resolução foi publicada no D.O.U de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119 e entrou em vigor na data de sua publicação.

assistida. A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. No entanto, **as mudanças sociais e a constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária a sua revisão.** Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança (Lei no 11.105/05), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células-tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco. Outros fatores motivadores foram a **falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade**, que necessitam a recepção de óvulos doados. Esses aspectos geraram dúvidas crescentes oriundas dos Conselhos Regionais de Medicina, provocando a necessidade de atualizações. (...)"

2.3.4. Regulamentação 2.121/2015

Por fim, após o aperfeiçoamento da práticas de reprodução assistida e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, a última atualização se deu no ano de 2015. A mesma manteve a idade das candidatas à gestação até o limite de 50 anos, com o intuito de preservar a saúde da mulher.

E o mais importante, foi permitida a gestação compartilhada da união homoafetiva feminina, ou seja, foi frisado a possibilidade da utilização da técnica pelos casais de mulheres do mesmo sexo:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

1 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.⁷⁸

A nova resolução publicada pelo Conselho Regional de Medicina (CFM) também trouxe a questão que aumenta as chances da mulher receber auxílio para pagar pelo procedimento e

⁷⁸ A Resolução nº 2.121/2015 foi publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117 e entrou em vigor na data de sua publicação.

realizar o sonho de ser mãe. Trata-se da doação compartilhada, esta prevê que uma mulher com muitos óvulos, mas sem dinheiro para pagar o tratamento de fertilização, tenha em seu tratamento a participação de outra mulher que precise do mesmo tratamento e também de óvulos.⁷⁹

9- É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

Assim, a doação deve ser feita de maneira anônima e é a clínica que se encarrega de fazer a ponte entre as mães. O valor do subsídio não é estabelecido por lei. A mulher que deseja receber os óvulos pode optar por pagar uma parte ou até mesmo custear todo o tratamento da doadora.

⁷⁹ <http://vilamulher.uol.com.br/familia/planejamento/como-funciona-a-doacao-compartilhada-8-1-52-110.html>, acesso em 20.12.2016

3. ASPECTOS JURÍDICOS DO ACESSO À REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Como já incessantemente debatido, o desejo de ter filhos é um sentimento primitivo. O ato de constituição de família está ligada à realização pessoal, e a incapacidade de as fazer representa uma falha ao tentar atingir o destino biológico, além de toda questão referente ao estigma social. E não é só isso, como se sabe, não é apenas a incapacidade biológica, tendo em vista que atualmente, muito bem posicionado e tratado, os casais homoafetivos também possuem o direito à essa realização pessoal. Sabe-se que um entre cada seis casais apresenta problemas de fertilidade e para 20% deles, o único modo de obter gestação é através da utilização das técnicas de reprodução.⁸⁰

Todos os profissionais envolvidos na técnica de Reprodução Assistida devem estar intimamente atentos e ligados às questões bioéticas, assim como, e principalmente, ao cumprimento da autonomia privada e direito reprodutivo dos casais (beneficência), ao respeito ao embrião e a preocupação com os interesses da criança (não-maleficência).⁸¹

E é baseado nisso que, as questões mais sensíveis geradas pela Reprodução Assistida serão tratadas nesse capítulo e no próximo. O status de cada componente no procedimento de Reprodução Assistida serão os pilares para o melhor entendimento e proteção que cada um merece, desembocando em seu principal assunto: a filiação.

3.1. Status da Mãe de Substituição

A maternidade por substituição é um acordo no qual uma mulher aceita engravidar com o objetivo de gerar e dar à luz a uma criança que será criada por outros. Tal acordo é denominado contrato de gestação, podendo o bebê ser filho biológico da mulher em estado de gravidez ou ser fruto do óvulo de uma outra mulher, no qual é previamente fertilizado e implantado no útero da gestante.

⁸⁰ HERZ EK. Infertility and bioethical issues of the new reproductive technologies. *Psychiatric Clinics of North America*, 12 (1): 117-31, 1989

⁸¹ <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>, acesso em 21.05.207

Popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, a gestação por substituição é a técnica de reprodução humana artificial na qual há uma cooperação de um terceiro, denominado de mãe substituta ou mãe de aluguel, para a consumação da gestação, tendo em vista que existe uma contraindicação ou impossibilidade absoluta da mulher engravidar, ou ainda, é um desejo dos casais homoafetivos.

A gestação por substituição pode utilizar métodos de fertilização *in vitro* ou inseminação artificial, dentre outras técnicas de reprodução humana assistida, só que “com a diferença fundamental que a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental”⁸²

Entre os países que adotam o método, é o unânime o entendimento que a maternidade de substituição só é recomendável nos casos em que houverem indicação médica. O status da mãe de substituição está previsto na última resolução atualizada do Conselho Federal de Medicina – CFM, qual seja, de nº 2.121/2015. Em seu tópico VII é elencado como as clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem utilizar a técnica para a situação de gestação de substituição, submetendo-a à existência de problema médico que inviabilize ou contraindique a gestação na doadora genética ou nos casos de casais homoafetivos que desejam ter filhos.

No Brasil, as doadoras temporárias do útero precisam pertencer a família de um dos parceiros com parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), não podendo, de maneira alguma, possuir caráter lucrativo ou comercial. Para os casos de casais homoafetivos, segue-se a mesma linha, devendo as mães substitutas pertencerem à família do casal.

Além disso, a formalização é feita por um termo de consentimento livre e esclarecimento informado no qual os pacientes e a doadora temporária do útero devem assinar, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, assim como os

⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

aspectos legais da filiação. É necessário também a aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, caso a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Não menos importante, há a previsão e necessidade de um termo de compromisso entre os pacientes e a mãe substituta para estabelecer claramente a questão da filiação da criança, garantindo o seu registro civil pelos pacientes (pais genéticos) ainda durante a gestação. Uma das peculiaridades também trazida pela Resolução n.º 52/ 2016 do CNJ é que nos casos de gestação por substituição não mais constará na Declaração de Nascido Vivo (DNV) o nome da gestante. Além disso, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco entre o doador ou doadora e a pessoa gerada por meio de reprodução assistida.⁸³

Do ponto de vista ético, os questionamentos são a presença de um terceiro elemento na relação conjugal, as questões ligadas à seleção da doadora, à exploração comercial do uso temporário do útero, sem contar que pode haver disputa pela criança ou o abandono da mesma. Algumas situações podem gerar discussão em relação a quem é de fato a mãe: quando existe disputa pela posse da criança; em casos de crianças mal formadas, onde existe chance de abandono da criança; e em situações de separação dos pais biológicos durante a gestação da mãe substituta. No primeiro caso e em algumas situações a Justiça pode decidir com base no que considerar o melhor para a criança. Porém, de forma geral aceita-se o parecer do Conselho da Europa: pais são os que tiveram a intenção de procriar, os que se mobilizaram na busca da gravidez e do filho.⁸⁴

3.2. Status do Doador

A doação de gametas e embriões é uma forma de reprodução de terceiros, onde é dada com a finalidade de implantação. Há 30 anos, quando começou a se pensar nos avanços da Reprodução Assistida, parecia óbvio e fácil imaginar que o uso de óvulos ou espermatozoides doados de forma anônima significariam a realização do sonho de ter um filho. O que tudo indicava era a solução para o problema da infertilidade, até então, não existente. Entretanto, e o que não se esperava e desarmou toda a teoria, é o fato de que, as crianças geradas por esses doadores anônimos passariam, no futuro, a possuir o interesse e desejo de conhecer seus pais biológicos.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito, São Paulo: Saraiva, 2008

⁸⁴ <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>, acesso em 20.12.2016

Para os homoafetivos, os casais masculinos têm se utilizado do esperma de um ou de ambos, e, realizada a fecundação in vitro, a gestação é levada a termo por meio do que se passou a chamar de barriga de aluguel. Outra forma, adotada, no caso pelos casais femininos, é pela utilização do óvulo de uma, que, fecundado em laboratório, é introduzido no útero da outra, que leva a gestação a termo.

Na inseminação artificial as questões que surgem no âmbito jurídico a respeito desta técnica situam-se, basicamente, no questionamento em relação à origem do sêmen empregado, o momento da sua utilização e a necessidade de consentimento de ambos os cônjuges. A espécie homóloga (aquela na qual o sêmen utilizado pertence ao marido ou companheiro da mulher receptora) é a que apresenta menor índice de contestações, visto que não altera as estruturas jurídicas existentes, na medida em que a paternidade biológica coincide com a legal.

Já a inseminação artificial heteróloga, aquela na qual se utiliza material genético pertencente a terceiro doador, pode-se chegar a outras consequências, visto que a hereditariedade jurídica diverge da biológica, fazendo com que as normas de presunção de paternidade preceituadas no Código Civil tornem-se obsoletas. A grande questão é que os doadores, em sua maioria, só fizeram as doações por causa da garantia do anonimato e de que ninguém surgiria, anos depois, apresentando-se como seu filho. O impasse, como se vê, está apresentado e deverá ser tratado com muita delicadeza pois, evidentemente, há pós e contras dessa manifestação de vontade e até mesmo, do conflito com o preceito fundamento de direito à identidade. À primeira vista pode parecer estranho ir atrás de quem doou o óvulo ou o esperma. A motivação para fazê-lo, porém, não se resume a mera curiosidade.

Primeiramente, deve-se evidenciar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.121/2015 garante, em seu item IV, a preservação da identidade dos receptores, bem como o sigilo sobre a identidades dos doadores de gametas e embriões:

1- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

E, além disso, há a preocupação em se manter um registro do doador com seus respectivos dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de seu

material celular, isso porque, em casos de doença da criança gerada, as informações genéticas serão relativamente importantes para o tratamento. Também é priorizada a questão da área de atuação de um mesmo doador em determinado local para evitar a possibilidade de incesto. Se numa mesma região há um número considerável de “filhos” de um mesmo doador, corre-se o risco destes se casarem e, inevitavelmente, causarem problemas de saúde a seus filhos, sem contar com a questão moral e de tabu ocidental:

“6- Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.”

Posto isto, insta demonstrar que, em pesquisa realizada, na qual foram ouvidos 485 adultos cujas mães recorreram a espermatozoides doados, dois terços dos entrevistados gostariam de ter acesso aos dados do doador. Para 45% dos participantes, o modo como foram concebidos é razão de incômodo. A saúde também é afetada. Eles são duas vezes mais propensos a abuso de substâncias químicas quando comparados com quem conhece os pais biológicos. E têm uma vez e meia mais chances de apresentar distúrbios psicológicos.⁸⁵

Como se vê, a resolução do CFM limitou-se às questões iniciais e básicas, sendo necessária urgente legislação específica para regulamentar os pontos mais delicados das consequências da técnica, como a questão da filiação e origem genética. Além disso, seria necessário analisar se o fim do anonimato dos doadores, não causaria impacto negativo em relação a quantidade de pessoas dispostas a doar, pois passariam a correr o “risco” de se envolver com a pessoa gerada. Doutro lado, a quebra do anonimato viabilizaria o direito da criança a conhecer a história dos seus pais biológicos, bem como sua origem genética, possibilitando gerenciar os antecedentes familiares de doenças.⁸⁶

Por fim, a resolução do CNJ nº 52 de 2016, prevê o termo de consentimento do doador para que seja autorizado o registro da criança em nome de outro:

§ 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:
I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem:

⁸⁵ http://istoe.com.br/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS/, acesso em 04.01.2017

⁸⁶ <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f7efa4f864ae9b88>, acesso em 04.01.2017

3.3. Status do Cônjuge ou Companheiro do Doador

O Conselho Nacional de Justiça, em sua Resolução nº 52/ 2016, estabeleceu a necessidade de termo de aprovação do cônjuge ou de quem vive em união estável com o doador e com a beneficiária ou receptora do tratamento:

§ 1º Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados: (...)

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Dessa forma, no caso da fecundação homóloga, isto é, quando a fecundação é feita com o óvulo e o espermatozoide do próprio casal, a paternidade é dada a ambos, uma vez que o material genético envolvido provém deste. Sendo assim, não há necessidade de declaração da doadora do útero sobre os gametas, apenas a necessidade sobre a doação temporária do útero.

Já no caso da fecundação heteróloga, ou seja, quando a fertilização é feita com o óvulo ou o espermatozoide de terceiros; sendo este do banco de sêmen ou de óvulos, a filiação é atribuída ao casal envolvido, sem necessidade de declaração pública da gestante solidária quanto a tal fato, sendo somente preciso sua declaração de “mãe” solidária, ou seja, de mero reservatório do feto. Agora, se a mulher que irá gestar o bebê for também a doadora do gameta é absolutamente necessária sua declaração de doação do óvulo para que se possa atribuir mão da maternidade a “outra mãe” envolvida.⁸⁷

A resolução do CFM estabelece que caso a mãe substituta possua cônjuge ou companheiro, deverá sujeitar a aprovação dos mesmos: “3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.”

Para os casais homoafetivos, “o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.” Ou seja, aplica-se a necessidade

⁸⁷ <https://juliacasaresfuza.jusbrasil.com.br/artigos/337791410/reproducao-assistida-barriga-solidaria-e-barriga-de-aluguel-uma-analise-juridica-e-social>, acesso em 05.02.2017

dos termos de aprovação pelos companheiros da forma supracitada, frisando que a ascendência biológica não importará, efetivamente, na questão do registro condizente aos pais que desejaram ter o filho:

2º. Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Dessa forma, apenas será necessário que um deles compareça ao ato de registro, desde que com o termo de consentimento público do cônjuge, companheiro ou beneficiária/receptora da Reprodução Assistida.

Assim, desde março de 2016, a emissão de registro de crianças havidas por técnicas de RA por casais heteroafetivos ou homoafetivos deixa de ser problema para os pais em todos os cartórios do país. Além de tranquilizá-los, tal medida desafoga o judiciário, eliminando a necessidade de buscar decisões judiciais que autorizem os registros dessas crianças. Por conseguinte, a norma traz relevante avanço no direito de filiação e no exercício dos princípios da igualdade, afetividade, do planejamento familiar, da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e, principalmente, do reconhecimento das diversas formas de famílias previstas constitucionalmente.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO ESTABELECIDO ENTRE OS CASAIS HOMOAFETIVOS E A CRIANÇA

Além do histórico do conceito de família e suas transformações, a filiação foi alvo de profundas mutações, redirecionando as relações paterno-filiais e os valores que as moldam. Foi possibilitado chegar à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais, assim, a Constituição extinguiu a perversa classificação dos filhos.⁸⁸ O afeto, certamente, passou a ser o elemento identificador das entidades familiares, servindo de parâmetros para definição de vínculos parentais.⁸⁹

Doutro lado, o fácil reconhecimento da verdade genética, desencadeou a busca pela verdade real, cabendo a justiça a tarefa de definir o vínculo paterno-filial quando a estrutura familiar não reflete o vínculo de consanguinidade.

Desse modo, e adentrando ao tema principal, existem várias questões relativas à filiação que podem ser analisadas baseando-se na relação de parentalidade com o sujeito homossexual: direito de visita, guarda, tutela, adoção – por uma pessoa “isoladamente” ou por um casal homossexual – exemplos que o jurídico deverá se basear no melhor interesse da criança, posto que as mesmas sofrem discriminações, evitando, dessa maneira, sua exclusão social.

As considerações elaboradas nesse sentido devem – ou deveriam – estar em sintonia com os valores e princípios do Direito de Família Contemporâneo, bem como, de acordo com as progressivas conquistas na busca da superação da discriminação em virtude da orientação sexual. Contudo, as discussões no campo jurídico ainda encontram-se norteadas por vários estigmas que podem traduzir-se na ausência do reconhecimento da legislação e, em muitos casos, em graves prejuízos àqueles quem deveriam receber a maior proteção – os filhos.

Em análise as legislações, podemos perceber que, aos poucos, o tratamento discriminatório foi se afastando, porém, ainda não por completo: Decreto-Lei 3.200/41⁹⁰: determina a não menção, nas certidões de registro civil, da filiação ilegítima; Decreto-lei

⁸⁸ [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf), acesso em 31.05.2017

⁸⁹ ALMEIDA, Maria Cristina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁹⁰ Decreto-Lei nº 3.200, publicado em de 19 de Abril de 1941, e entrando em vigor na data de sua publicação.

4.737/42⁹¹: o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que fosse declarada sua filiação; Lei 883/49⁹²: permitiu que qualquer dos cônjuges, dissolvida a sociedade conjugal, reconhecesse o filho havido fora do casamento, e ao filho, a ação para que se lhe declarasse a filiação; Lei 6515/77: permitiu o reconhecimento ainda na constância do casamento, desde que em testamento cerrado; Lei 7250/84: facultou o reconhecimento de filho adulterino, se o pai estivesse separado de fato da cônjuge por período superior a cinco anos; E então, somente em 1989, com a lei 7841, uma norma específica permitiu o reconhecimento dos filhos espúrios, depois de a Constituição Federal de 1988 ter previsto o princípio da igualdade entre os filhos.

O preconceito existente acerca da homossexualidade pode ser traduzido na dificuldade expressa ou velada de se estabelecer o vínculo jurídico de uma criança por motivos outros que não sejam o de proteção e cuidado. Isso ocorre quando fatores ligados à uma pretensão moral prevalecem ao bem estar da criança, sendo os filhos penalizados por se encontrarem “fora” dos padrões tido como “normais”. Na expressão de Maria Berenice Dias:

Ao se arrostar a realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança e o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.⁹³

Posto isto, é claramente demonstrado que, atualmente, o princípio da igualdade entre os filhos ainda não se concretiza em toda a sua potencialidade quando se condiz à família homossexual. Ainda há distinção de tratamento entre crianças, oriunda da falta de sintonia entre sua realidade e os padrões sociais dominantes, tidos como os “normais”. Num passado próximo, os filhos então chamados de ilegítimos sofriam estigma social e jurídico; da mesma forma, a filiação de homossexuais é, atualmente, a categoria a desejar o paritário tratamento do Direito.⁹⁴

Por fim, cabe mencionar que, com o avanço da medicina e seu atual estágio, foi possibilitado a filiação utilizando o material genético de doador para eventual reprodução

⁹¹ Decreto-Lei Nº 4.737, de 24 De Setembro De 1942, publicado no DOU em 26.09.1941 entrando em vigor na data de sua publicação

⁹² Lei n 883, De 21 De Outubro De 1949, publicado no DOU em 26.10.1949, passando a vigorar na data de sua publicação

⁹³ DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva, Carta Forense, ano III, n. 21, fev.2005, São Paulo p.4

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Porto Alegre: Ajuris, 1997. p.290 e ss. v.70.

assistida. Assim, no caso de homossexualidade de mulheres, uma pode ser doadora do material genético feminino, unido com material masculino de doador, e a outra parceira vir a desenvolver a gestação; ou mesmo uma única parceira solteira utilizar-se do método para ser mãe.

É vislumbrado, nos parceiros homossexuais masculinos, a possibilidade de ambos doarem o material genético para a procriação, não se revelando, ao final, quem de fato fecundou o material feminino de banco de doação na “mãe de substituição”. Da mesma forma, um único homossexual homem pode, mediante gestação por outrem, realizar seu projeto parental.

Dessa maneira, sujeitos com sexualidade exclusivamente voltada para sua orientação homossexual podem, do ponto de vista técnico-científico, tornarem-se pais ou mães biológicos, segundo o estágio de desenvolvimento contemporâneo de reprodução assistida.⁹⁵

4.1. Registro do Nascimento de Crianças Nascidas no Brasil

No Brasil, a certidão de nascimento é o primeiro passo para o pleno exercício da cidadania. Esta serve de documento de comprovação da existência do ser que acabou de nascer, seguindo de local, data de nascimento, nome dos pais e dos avós.

Além disso, o provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 13 de 2010⁹⁶ irá dispor sobre a emissão de certidão de nascimento nos estabelecimentos de saúde que realizam partos. Nela são elencados os tópicos de como os profissional da unidade de saúde deverão proceder, custos de manutenção e documentação necessária.

A Corregedoria Nacional de Justiça⁹⁷, em 14 de março de 2016, regulamentou e possibilitou também a emissão de certidão de nascimento dos filhos cujos pais optaram por essa modalidade de reprodução. Até 2016 esse tipo de registro só era realizado mediante decisão judicial, tendo em vista a inexistência de regras específicas para esse caso. O Provimento nº 52/2016⁹⁸ o fez, e, segundo a Ministra Nancy Andrighi: “A medida dá proteção legal a uma

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000

⁹⁶ Provimento nº 13/2010 de 03.09.2010, que entrou em vigor 30 (trinta) dias após a sua publicação

⁹⁷ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>, acesso em 31.05.2017

⁹⁸ Provimento de nº 52 de 14 de março de 2016

parcela da população que não tinha assegurado o direito mais básico de um cidadão, que é a certidão de nascimento “.

Assim, para os casos de registro de nascimento de filhos cujos pais optaram pela técnica de reprodução assistida, é necessário seguir um procedimento específico, diferente dos registro “simples” supracitado⁹⁹. O provimento é considerado um avanço pois garante a famílias homoafetivas o direito de registro de filhos nascidos por reprodução assistida diretamente em cartório¹⁰⁰. Os casais heteroafetivos e homoafetivos, casados ou com união estável escriturada, que tiverem filhos gerados a partir de técnicas de reprodução assistida, podem fazer o registro da criança diretamente em cartório:

Art. 1. O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro “A”, independentemente de prévia autorização judicial e, observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos de documentação exigida por este provimento.

O Estado do Piauí foi propulsor da medida, Ana Carolina Fortes, assessora jurídica do Grupo Matizes¹⁰¹ e presidente da Comissão de Diversidade Sexual da OAB, explicou que o Provimento nº 52 do CNJ, consolidou uma ação vanguardista protocolada pelo grupo Matizes em 2003, perante a Corregedoria Geral de Justiça do Piauí, para que um casal de lésbicas pudesse registrar uma filha nascida por meio do procedimento da reprodução assistida.¹⁰²

Marinalva Santana, coordenadora do Grupo Matizes salientou:

Com exceção de alguns estados, como o Piauí, esse registro só era feito por meio de decisão judicial, já que não havia regras específicas para esses tipos de casos. A medida extensiva para todo o país dá proteção legal a uma parcela da população que não tinha assegurado o direito mais básico de um cidadão, que é a certidão de nascimento. Esse provimento facilitará a vida das famílias homoafetivas, que não precisarão de manifestação judicial, muitas vezes morosa, para terem os seus direitos básicos de cidadão garantidos.

⁹⁹ http://www.conjur.com.br/1999-set-30/aspectos_juridicos, acesso em 01.04.2017

¹⁰⁰ [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf), acesso em 01/04/2017

¹⁰¹ O Grupo Matizes é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, cuja missão principal é a defesa dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. Foi fundado em 18 de maio de 2002.

¹⁰² <http://www.portalodia.com/noticias/piaui/filhos-de-casais-homoafetivos-poderao-ser-registrados-diretamente-no-cartorio-263357.html>, acesso em 01.04.2017

4.1.1. Procedimento para Registro

Pelas vias “normais”, tirar uma certidão de nascimento é um procedimento simples e o objetivo é que o bebê, logo após seu nascimento, saia da maternidade com nome e sobrenome. Assim, Se a criança nasceu em hospital ou maternidade, os pais recebem uma via da Declaração de Nascido Vivo (DN) que deve ser levada a um Cartório de Registro Civil. Se a criança nasceu em casa, os pais ou a pessoa responsável pelo registro podem ir direto a um cartório.

A primeira via da certidão de nascimento é gratuita, conforme o artigo 30 da Lei nº 9.534/97. A segunda via também é gratuita para os reconhecidamente pobres. A certidão deve ser feita logo após o nascimento da criança no local de nascimento ou no cartório. Os pais tem o direito de fazer a certidão no lugar de nascimento ou no local de residência da criança, conforme assegura a Lei 6.015/73.

Já para o procedimento de Registro de filhos gerados por meio de técnica de reprodução assistida, se os pais forem casados ou conviverem em união estável, apenas será necessário que um deles compareça ao ato de registro, desde que com o termo de consentimento público do cônjuge, companheiro ou beneficiária/receptora da Reprodução Assistida:

Art. 1 Parágrafo 1: Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art.2, parágrafo 1, inciso III deste Provimento.

E ainda, a resolução dispõe que, nos casos de filhos de casais homoafetivos, não haverá distinção quanto à ascendência paterna ou materna, devendo ser o assento de nascimento adequado para que constem os nomes dos ascendentes, o que demonstra, sem sobra de dúvidas, um grande avanço e acolhimento para essa questão.

4.1.2. Formalidades e Conteúdo do Registro

A documentação necessária para tal ato, quando não contém nenhuma implicação ou resolução específica é, nos casos de pais casados, comparecimento no cartório com certidão de casamento e companhia de duas testemunhas maiores de vinte e um anos. Caso não sejam casados, um deles ou os dois devem comparecer com carteira de identidade ou registro de nascimento, além das testemunhas, assim o pai só constará no Registro Civil de Nascimento se

declarar a filiação paterna ou autorizá-la por escrito. E ainda, se os pais da criança tiverem menos de 16 anos, é necessário ir a um cartório civil acompanhados dos avós da criança ou de um responsável com mais de 21 anos.

Nos casos das técnicas de Reprodução Assistida, também serão necessários declaração do diretor técnico da clínica na qual foi realizada o procedimento, termo de consentimento do doador ou doadora, do cônjuge ou de com quem convive em união estável e do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida:

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV:

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem:

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Uma das peculiaridades da Resolução nº 52 de 2016 do CNJ é que nos casos de gestação por substituição não mais constará do registro o nome da gestante informado na Declaração de Nascido Vivo (DNV). Além disso, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco entre o doador ou doadora e a pessoa gerada por meio de reprodução assistida.

Com a resolução específica, os órgãos oficiais registradores estão proibidos de se recusar a registrar as crianças geradas por reprodução assistida, sejam filhos de heterossexuais ou de homoafetivos. Se houver recusa do cartório, os oficiais poderão responder processo disciplinar perante à Corregedoria dos Tribunais de Justiça nos estados.

Art. 3º. É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento

§ 1º. A recusa prevista no caput deverá ser comunicada ao respectivo juiz corregedor para as providências disciplinares cabíveis.

Por fim, insta esclarecer que, embora tenhamos diversas discussões acerca da possibilidade de conhecimento da origem genética dos filhos e, por muitas vezes, a curiosidade e desejo dos mesmos de querer saber quem são seus ascendentes biológicos, a Resolução estabelece que o conhecimento não gerará vínculo de parentesco:

§4º. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

4.2. Registro de Nascimento de Crianças Nascidas no Exterior

O conteúdo disponibilizado pelo Itamaraty prevê que os serviços consulares, mediante requerimento, poderão lavrar o registro de nascimento de filho(a) de pai brasileiro ou mãe brasileira, ocorrido no exterior. Só podendo haver registro de nascimento se não houver anterior, lavrado em outra Repartição Consular brasileira ou em Cartório de Registro Civil no Brasil.¹⁰³

A Constituição estabelece em seu art. 12, inciso I, alínea c, que os filhos de brasileiros nascidos no exterior são brasileiros natos, desde que registrados em Repartição Consular brasileira:

Art.12.São brasileiros:

I- natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

¹⁰³ <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/outros-servicos/registro-de-nascimento>, acesso em 04.06.2017

Dessa forma, o registro de nascimento das crianças nascidas no exterior parece, em um primeiro momento, algo simples e de fácil acesso. Entretanto, tratando dos casos de reprodução assistida fora do país, realizadas por pais brasileiros ou por aqueles que possuem nacionalidade diferente da mãe de substituição ou doador, torna o cenário completamente diferente.

4.2.1. Formalidades

Para os casos de registro “simples”, serão necessários, o registro de casamento dos genitores (caso exista vínculo matrimonial entre eles), preferencialmente, precedido ao registro de nascimento dos filhos. Serão exigidas testemunhas apenas para os registros de maiores de 12 anos. Não há impedimentos de que a testemunha seja funcionário da Repartição Consular, no entendimento de que concordará com os termos do requerimento.

A diferenciação em relação ao registro realizado no Brasil é que, para gerar efeitos aqui, a certidão consular de nascimento deverá ser posteriormente transcrita no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do local de domicílio do registrado, no Brasil, ou, ainda, no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do Distrito Federal, na falta de domicílio, nos termos do art. 32 da Lei 6.015/1973 e da Resolução nº 155 do CNJ.

A lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) Decreto-Lei nº 4.657/1942 em seu art. 7º, estabelece que “a lei do país em que é domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Ou seja, a regra de conexão para o direito de família é a *lex domicilli*. Doutra lado, o art. 17 prevê que leis, atos e sentenças de outro país não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Nesse sentido, questiona-se se configuraria ofensa à ordem pública brasileira a contratação de “barriga de aluguel” no exterior.

Nesse interim, se cidadãos brasileiros, domiciliados em país no qual a legislação interna permite a celebração de contrato oneroso de gestação de substituição, optem por esse procedimento, estarão agindo de acordo com a lei local¹⁰⁴. Entretanto, caso fossem domiciliados no Brasil, esse contrato oneroso poderia ser considerado violação à ordem pública, podendo ser arguida por ocasião do registro consular de nascimento, mesmo este tendo ocorrido no exterior,

¹⁰⁴ RBDA, Salvador, V.11, N.22, pp 177-200, Mai-Ago 2016

já que as normas pátrias, regem a capacidade e o direito de família de todos os domiciliados no país. Ou seja, poderiam ocorrer implicações quanto à questão do registro e, conseqüentemente, da filiação.

Entretanto, para as autoras Araujo, Vargas e Martel, a tradição brasileira moderna tem sido de respeitar a lei do foro no que tange aos documentos legais. Assim, não ocorrendo litígio sobre a relação contratual entre as partes e havendo certidão local de nascimento lavrada nos termos das normas do país, não haveria razão, a princípio, para que a Autoridade Consular brasileira extrapolasse suas funções questionando a validade jurídica de um contrato que não diz respeito diretamente a ato sob sua responsabilidade, qual seja, o registro de nascimento válido no local em que foi emitido, com base no qual lavrará o registro consular de nascimento brasileiro.¹⁰⁵

Dessa forma, o Manual do Serviço Consular e Jurídico¹⁰⁶, baixado pela Portaria nº 457, de 02/08/2010, do Ministro de Estado das Relações Exteriores, bem como Postos do Governo brasileiro no exterior, se posicionam nesse sentido. Assim, deverão lavrar o registro consular de filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira ocorrido no país sede da Repartição Consular. Por sua vez, o registro terá como base a certidão estrangeira de nascimento do registrando, que servirá como prova do nascimento e da filiação, sendo lavrada, obviamente, nos termos do ordenamento jurídico local.

Nos casos dos países que reconhecem a gestação por substituição de forma comercial, deverá ser apresentada perante a Embaixada ou Consulado brasileiro uma certidão local de nascimento nas quais os pais socioafetivos (genéticos ou não) brasileiros constam como genitores do bebê. A peculiaridade é que, nesse documento, não há anotação sobre a forma em que a criança foi concebida e gerada, fugindo das atribuições da Autoridade Consular efetuar algum questionamento a respeito. Assim, competirá à Autoridade Consular brasileira lavrar o registro de nascimento desse bebê, o que lhe garantirá a aquisição da nacionalidade brasileira nata, conforme estabelecido na Carta Magna.

¹⁰⁵ ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). Direito Internacional Contemporâneo. Curitiba, Juruá, 2014, p. 501-502

¹⁰⁶ Nos termos das normas do serviço consular e jurídico NSCJ 4.4.1, caput, e NSCJ 4.4.7 do Manual do Serviço Consular e Jurídico.

Salienta-se ainda que, quando a lavratura de registro de nascimento com genitores do mesmo sexo, a regra consular específica é de que: “não se levará em consideração o método utilizado para a fecundação, que poderá ter sido homóloga ou heteróloga, e também tampouco o fato de o registrando ter nascido por meio de gestação de substituição”.¹⁰⁷

E ainda, no âmbito internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1990, ratificada pelo Brasil e promulgadas pelo Decreto 99.710/1990, prevê, em seu art. 3º, que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.¹⁰⁸ Nessa linha, o art. 7º do mesmo tratado dispõe que “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”. Sem sombra de dúvidas o interesse maior da criança ter uma nacionalidade sempre prevalecerá. Posto isto, se o direito à nacionalidade brasileira viesse a ser negado a esses menores, poderia afirmar que o Brasil estaria descumprindo o tratado internacional.

E são por todos esses motivos que: um casal saiu de Minas Gerais para ter três filhos gerados em uma barriga de aluguel na Tailândia.¹⁰⁹ Que o casal que vive no interior de São Paulo, juntos há seis anos, buscaram sua realização pessoal e o direito ao planejamento familiar, e foram até Miami atrás do sonho de serem pais.¹¹⁰ Também, na África do Sul, os moradores de Governador Valadares, após diversas tentativas de adoção que não foram bem-sucedidas, procuraram uma doadora de óvulos e, cinco tentativas de inseminação depois, tiveram três filhos.¹¹¹

¹⁰⁷ Nos termos do item 1 da NSCJ 4.4.49 (norma do serviço consular e jurídico 4.4.46) do Manual do Serviço Consular ne Jurídico.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. acesso em 06.06.2017

¹⁰⁹ <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/11/casal-gay-volta-da-tailandia-com-filhas-gemeas-geradas-em-barriga-de-aluguel.html>, acessado em 01.06.2017, acesso em 06.06.2017

¹¹⁰ <http://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/barriga-de-aluguel-fora-do-brasil-atrai-casais-homoafetivos-que-querem-se-tornar-pais/>, acessado em 01.06.2017, acesso em 06.06.2017

¹¹¹ <http://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/barriga-de-aluguel-fora-do-brasil-atrai-casais-homoafetivos-que-querem-se-tornar-pais/>, acessado em 01.06.2017, acesso em 06.06.2017

Cumprido destacar que, quanto à aceitação global relacionada às práticas de reprodução assistida e sua consequente filiação, temos, genericamente, três tipos de sistema no mundo: (i) aqueles países que permitem a gestação sub-rogada sem qualquer restrição; (ii) países que a permitem de forma bastante limitada e rigorosa e (iii) Estados que negam veementemente a prática, proibindo-a em seus territórios.

Para os que permitem a gestação sub-rogada sem qualquer restrição, temos os Estados Unidos, Canadá, Israel, Grécia, Holanda, Índia e Ucrânia, os quais alguns possuem legislação específica sobre o tema ou simplesmente permitem a prática mas não legislam sobre ela. Já para os que limitam a utilização da procriação humana artificial, temos Brasil, Argentina e Chile. Por fim, os que condenam e proíbem toda e qualquer utilização de um útero solidário temos França, Alemanha e Espanha. A Espanha inclusive prevê, expressamente, que mãe é aquela dá a luz.¹¹²

Posto isto, imperioso destacar que, os países que permitem a prática, são unânimes em reconhecer que, a filiação proveniente da técnica de reprodução assistida é definida, essencialmente, pela vontade procriacional dos solicitantes, ou seja, o consentimento dos comitentes é o suficiente para torná-los pai e mãe da criança gerada por outrem. Insta asseverar que, os mesmos países também são claros quanto ao que se condiz aos doadores de material genético, pois acreditam que os mesmos jamais serão os pais da criança. Já quanto à gestante substituta, na grande maioria dos países sua maternidade deve ser contestada judicialmente pelos comitentes, a fim de se transferir a filiação estabelecida pelo parto.

Outro ponto específico é que, o doador de gametas não adquire nenhuma relação jurídico parental com o nascido e não tem nenhum dever ou direito em relação a essa criança. Assim, com a possibilidade estabelecida por alguns países de reprodução assistida sem implicações legais, dezenas e milhares de casais têm se deslocado de seus Estados de origem em busca de legislações mais favoráveis e viabilidade médica de realizarem o sonho da maternidade/paternidade.

O problema se estabelece quando, não raros os casos, após concretizado o contrato de sub-rogação transfronteiriça, e nascida a criança, os pais solicitantes sofrem problema de ordem

¹¹² LOPES, Adriana Dias. Gravidez a Soldo. Veja. Edição 2059. Publicada em 7 de maio de 2008. p. 140. 143

jurídica para levarem seu bebê de volta ao país de origem, ou para registrarem a criança em Estados que não reconhecem válido o instrumento particular que foi gerado no país o qual foi realizado a técnica

É neste contexto que se verifica que, ao firmar o contrato supracitado, surgem os seguintes empecilhos: (i) registrar a criança e leva-la para o país de origem do casal comitente (ii) regularização da nacionalidade do recém-nascido; (iii) definição da parentalidade; (iv) em caso de conflito entre o casal solicitante e a gestante, qual lei deve ser aplicada: a do país da parturiente ou aquela lei advinda do país do casal comitente?

A questão da filiação e da nacionalidade são pontos tomentosos e conflitantes entre os Estados envolvidos, pois cada qual sustenta suas próprias regras e legislações na condução dos assuntos acerca da reprodução assistida, conforme já demonstrado. Primeiramente é preciso destacar como a questão da nacionalidade influenciará no desenrolar dos casos. Como se sabe, esta é um vínculo jurídico-político de direito público interno pelo qual cada indivíduo se torna parte dos elementos integrantes. Cada Estado tem competência exclusiva para definir os critérios pelos quais um cidadão se tornará um nacional ou um estrangeiro em seu território, determinado pelo direito interno local.

Os critérios comumente utilizados são: i) *ius solis* ou critério da territorialidade, por meio do qual a nacionalidade de uma pessoa será determinada através do local do seu nascimento, portanto, serão considerados nacionais todos aqueles que nascerem no território do Estado e ii) *ius sanguinis* ou critério da consanguinidade, em que a nacionalidade de alguém será determinada pela origem de seus ascendentes, independentemente do local de seu nascimento. No Brasil, a posição adotada é a mista, ou seja, consideram seus nacionais tanto aqueles que nasceram em seu território como aqueles que, nascidos fora do território, são ascendentes de nacionais e pleiteiam a nacionalidade.

As problemáticas em relação à nacionalidade começam a ocorrer quando as crianças geradas por meio de técnicas de reprodução assistida não encontram nacionalidade em nenhum Estado, ou seja, as que possuem a “mãe de substituição” de nacionalidade diferente das dos “pais solicitantes” não encontram reconhecimento e, conseqüentemente, registro em nenhum dos dois países. Com efeito, quando o embrião é fruto de uma doação de gametas, a criança não guardará identidade genética com o casal que encomendou seu nascimento, posto que não terá

“seu sangue” e não fará jus à nacionalidade sob o critério do *ius sanguinis*. Neste compasso, se esta mesma criança nascer em um Estado que não adota o critério do *ius solis*, também não poderá adquirir a nacionalidade em razão do seu nascimento, o que a tornará uma cidadã apátrida.

E ainda, como consequência do cenário supracitado, a criança poderá se encontrar em situação na qual não conseguirá ser realizada a sua filiação, vinculando-a com o “respectivo” ascendente. Isso acontece quando as leis do Estado em que o bebê nasce consideram como mãe a mulher que solicitou a gravidez, ou seja, que elaborou o projeto parental, em contrapartida, deparando-se com o Estado de origem da mulher solicitante ser guiado por leis que determinem ser mãe apenas aquela que dá a luz ao filho. Nesta situação em que as leis são conflitantes, nenhum Estado reconhece que seu nacional seja mãe/pai daquele bebê, o que faz com que a criança também fique sem filiação.

Para ilustrar o mencionado, temos o caso do casal solicitante inglês que viajou até a Ucrânia para contratar uma gestação por sub-rogação. A gestante que cedeu o útero era casada e gerou duas garotas gêmeas, fruto de inseminação heteróloga e obtida através da junção de um óvulo doado por uma terceira mulher com o espermatozoide do casal que compunha o casal comitente. Entretanto, a lei inglesa entende que só poderiam ser pais dos bebês a ucraniana e seu marido, pois vige neste Estado a regra de que “mãe é aquela que dá a luz” e, presumidamente, o pai seria o marido ou companheiro desta mulher parturiente. A contrário senso, a lei ucraniana entendia que os pais eram os ingleses solicitantes, ao passo que defende a teoria jurídica de que pais são aqueles que idealizaram o projeto parental e solicitaram uma gravidez através de terceira pessoa, além do mais, o homem inglês foi quem aportou material genético, sendo o pai biológico das gêmeas. As crianças se encontravam, à época, em um limbo jurídico: apátridas e com filiação incerta.¹¹³

O conflito legislativo, felizmente, foi solucionado da maneira mais brilhante possível: foi instaurado um processo e, após um longo tempo, devido aos testes de DNA, foi permitida a entrada das crianças no Reino Unido “fora das regras”, fazendo prevalecer o bem estar das mesmas, pois estas não possuíam documentação, sendo solicitada a parentalidade pelo casal

¹¹³ EWHC 3030 Fam, [2009] 1 FLR 733

inglês. Todavia, a concessão de uma “parental order” não conferiu automaticamente a nacionalidade, que foi posteriormente objeto de um processo autônomo.

Relevante consignar que, em muitos outros casos, as soluções dadas aos conflitos gerados pelos contratos de gestação por substituição internacionais foram ainda mais complexas, tendo como expoente o ocorrido com o notório caso *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.*¹¹⁴ O caso trata de um casal japonês que recorreu a gestação sub-rogada na Índia, entretanto, duas semanas antes do nascimento do bebê, a mulher comitente desistiu do projeto parental, pois o casal havia se divorciado. Em consequência, o homem enfrentou diversas dificuldades para obter a documentação de registro e viagem do filho. Somente depois de três longos meses de incertezas e discussões jurídicas é que o bebê Manji conseguiu ser registrado na Índia e, com isso, obteve uma autorização para viajar para o Japão, onde sua entrada foi permitida tão somente por meio de um visto emitido por razões humanitárias.¹¹⁵

Além dos conflitos supracitados, pode ser encontrado, diante do desespero, atos criminosos de falsificação de documentos ou até contrabando de menores¹¹⁶ para levá-los de volta ao Estado de onde os pais comitentes vieram. Também pode ser encontrado os conflitos de ordem moral e ética, quando se descobre, por exemplo, que o bebê tem problemas de saúde ou deficiências e há o questionamento de abortar ou manter a gravidez. Para Heloisa Helena Barboza¹¹⁷, os piores casos de utilização da reprodução assistida são as de quando se cogita a redução embrionária – proibida no Brasil-, que se trata de matar embriões que estejam “fora do planejamento” no útero da mulher e nos casos de quando a criança nasce com alguma doença, diferente do que, inicialmente, fora desejado pelos pais e também há, conseqüentemente, o abandono. Na opinião da Autora, se o casal opta pela escolha da fertilização em vitro, deve assumir os riscos da possibilidade de terem mais de um embrião fecundado e devem responder por isso.

¹¹⁴ *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* Writ petition No 369 de 2008 da Suprema Corte da Índia.

¹¹⁵ <http://timesofindia.indiatimes.com/india/Baby-Manjis-case-throws-up-need-for-law-on-surrogacy/articleshow/3400842.cms>, acesso em 07.06.2017

¹¹⁶ Por exemplo, o homem solicitante francês que tentou contrabandear meninas gêmeas nascidas de uma mãe de aluguel na Ucrânia para a Hungria: (última consulta em 16 de março de 2012) ou o casal do mesmo sexo belga que tentou contrabandear seu filho da Ucrânia para a Polónia : (Última consulta em 16 de março de 2012). E ainda, o casal italiano que falsificou a certidão de nascimento, “simulando” uma técnica de reprodução assistida, mas na verdade estavam adotando uma criança: <http://centrodireitointernacional.com.br/remocao-coercitiva-de-crianca-nascida-por-gestacao-de-substituicao-e-sem-vinculos-biologicos-com-os-pais-nao-viola-direitos-humanos/>

¹¹⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=jCUe9pZtf6I> (Sala Entrevista Regulamentação de Reprodução Assistida no Brasil, acesso em 23.04.2017).

Por fim, cabe ainda observar que problemas de ordem financeira também são causadores de discussões entre a mulher gestante e o casal comitente, quando valores acordados contratualmente deixam de ser pagos ou novos gastos com a gestação surgem depois de assinado o contrato de gestação por substituição e as partes se negam a aportar mais dinheiro. Nestes casos que envolvem a discussão pura e simples sobre o cumprimento e execução do contrato, não há uma definição sobre qual legislação seguir ou qual seria o Estado competente para julgar uma eventual demanda: aquele em que reside a gestante substituta ou aquele de onde proveio o casal comitente.

Tamanha a preocupação voltada à todos os conflitos que giram em torno da utilização das técnicas em diferentes países que, em 05 de abril de 2011 foi editada uma Resolução do Parlamento Europeu¹¹⁸ sobre “as prioridades e definição de um novo quadro estratégico da União Europeia para combater a violência contra as mulheres”, para paralisar o “turismo reprodutivo”, bem como a atenção da Convenção de Haia voltada para questão, como será demonstrado no próximo tópico.

4.2.2. Aspectos de Direito Internacional Privado

A globalização, segundo os dizeres de Garreton:

“não é simplesmente a interdependência entre as nações ou a multiplicidade de contatos entre elas; ao contrário, a globalização se refere à constituição de um espaço social global unificado, com relações assimétricas entre seus componentes. A globalização não significa necessariamente a homogeneização de culturas ou a desaparecimento de padrões de dominação e exclusão, mas se refere à sua redefinição.”¹¹⁹

Sua conseqüente diminuição de distâncias, gerada pelo advento da internet e outras tecnologias, fizeram com que o Direito Internacional Privado passasse a ter grande relevância pois os relacionamentos afetivos uniram cidadãos de nacionalidades distintas e também geraram conflitos familiares internacionais pois ligaram interesses, deveres e direitos de

¹¹⁸ Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de Março de 2011, sobre a igualdade entre homens e mulheres na União Europeia – 2010 (2010/2138(INI)).

¹¹⁹ GARRETON, Antonio Manuel et al. América Latina no século XXI: em direção a uma nova matriz sociopolítica. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 37.

pessoas que, apesar de viverem sob um mesmo teto, são regulamentadas e amparadas juridicamente por leis diferentes.¹²⁰

Neste contexto, a UNESCO se preocupou em editar um relatório, em setembro de 1997, para consignar que:

A natureza internacional, interativa e descentralizada da internet e seu potencial para tornar disponível vastas quantidades de conteúdo para e de qualquer lugar do mundo faz surgir uma série de dilemas éticos e legais. Através do ciberespaço, são difundidos conteúdos diversificados e informações sob variadas formas (textos, imagens fixas ou em movimento e sons), provenientes de múltiplas fontes (e muitas vezes anônimas), originárias de qualquer parte do globo. (...) as legislações nacionais que tratam dessas questões são muitas vezes incompatíveis ou contraditórias entre si.¹²¹

Nesse interim, a intenção maior do Direito Internacional Privado é possibilitar a estabilidade e continuidade das relações transfronteiriças, objetivando a pacificação social e segurança jurídica. Assim, este auxilia na seleção (i) da lei aplicável em caso de disputas que envolvem mais de um Estado, (ii) da competência de uma jurisdição nacional para conhecer e julgar litígios transfronteiriços e, por fim, (iii) das regras que permitam a execução e cumprimento de uma decisão de um Estado em outro.

Dessa maneira, pode ser percebido o impacto gerado pela procriação humana artificial no cenário jurídico mundial. Como é de se esperar, não há definições claras quanto à forma de se aplicar a lei ao caso concreto, até porque, muitos países sequer legislam sobre o assunto com a pretensão de que a omissão faça com que o conflito acerca da matéria desapareça.

Com efeito, as técnicas de fertilização artificial fizeram com que a maternidade, a paternidade e a filiação fossem repensadas, pois o fator biológico não é mais determinante para a definição da realidade fática. Isso ocorre porque uma mulher casada pode gerar um filho com material genético de um doador diferente do seu marido; pode ocorrer ainda que uma gestante empreste seu útero para gerar um bebê em favor de um casal heterossexual infecundo ou de um casal homoafetivo composto por dois homens.

¹²⁰ http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf, acesso em 06.06.2017

¹²¹ UNESCO. The internet and some international regulatory issues relating to content: a pilot comparative study commissioned by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Relatório de setembro/1997.

Nos casos de gestação por substituição transfronteiriça, ou seja, aquela que os pais que “encomendam” o filho tem nacionalidade diversa da gestante- “barriga de aluguel”, causou contornos muito complexos e delicados em escala internacional, pois, transformou-se em um chamado “turismo reprodutivo”. Atualmente, muitos casais se deslocam de seus países de origem em busca de legislações mais flexíveis que possibilitem que as mulheres “cedam” seus corpos para gerarem filhos com materiais genéticos alheios, conforme demonstrado no tópico anterior. Entretanto, a ideia de viabilizar esse acontecimento por “baixos preços”, enseja abusos e ilegalidades, além da, indiscutível, exploração da mulher e desamparo do melhor interesse do menor que irá nascer.

Nesse cenário, foi preciso que a Convenção de Haia de Direito Internacional Privado¹²², se dedicasse a estipular uma cooperação multilateral para regularizar a utilização das gestações por sub-rogação transfronteiriça, bem como medidas de contenção de seu crescimento para que evite ou pelo menos, contenha, os problemas supracitados. A unificação, em nível internacional, das regras de jurisdição das cortes, das leis aplicáveis (escolha de leis), reconhecimento e cumprimento de decisões estrangeiras que versem sobre a matéria são essenciais para a organização da questão.¹²³

Conhecida por muitos anos como a Conferência da paz, a Conferência de Haia se destaca por editar as seguintes importantes convenções: Convenção de 28 de Maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de adoção Internacional; A Convenção de 19 de Outubro de 1996, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças; Convenção de 13 de Janeiro de 2000, sobre a Proteção Internacional dos Adultos; e Convenção de 23 de Novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Apoio à Criança e Outros Membros da Família.

Assim, em abril de 2011, o Secretariado apresentou ao Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência de Haia um relatório acerca da necessidade de apreciação da matéria

¹²² Com mais de 60 Estados membros representando todos os continentes, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global. Mescla de diversas tradições jurídicas, ela desenvolve e oferece instrumentos jurídicos multilaterais que correspondem às necessidades mundiais.

¹²³ MASSARO, Ana Carolina Pedrosa "Baby Business: A Indústria Internacional da 'Barriga de Aluguel'" sob a Mira da Convenção da Haia" – pg.- 5767-5806, RIDB, Ano 3(2014), nº8 – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

relativa à gestação por substituição internacional, tendo sido, na mesma oportunidade, autorizada a realização de pesquisas e estudos sobre a situação legal mundial dos contratos de sub-rogação transnacionais.

Diante dos conflitos e almejando resguardar os direitos das crianças que nascem por meio destas técnicas médicas e os direitos das gestantes substitutas, os membros da Convenção de Haia, aprofundaram os estudos e a coleta de informações dos sistemas jurídicos dos países que estão envolvidos com a prática, bem como realizaram o mapeamento do problema, com o apontamento dos principais conflitos e dissensos.

Dessa forma, os estudos foram apresentados pelo Secretariado em reunião anual do Conselho de 2012 ¹²⁴ e, por meio de documento preliminar nº 10 foi destacado a necessidade de se regular a matéria em âmbito multilateral, já que as soluções unilaterais, até aquele momento, não tinham sido suficientes para conter os abusos e irregularidades. Nesse contexto, foi aprovada em reunião a continuação dos trabalhos, com a consciência de que não haviam se esgotado todas as possibilidades para solução adequada do problema.

Foram elaborados questionários especificamente dirigidos aos Estados, para compor o projeto “International Surrogacy Arrangements: an urgent need for a legal regulation at the international level”, projeto de pesquisa dos professores Paul Beaumont e Katarina Trimmings, da Universidade de Aberdeen, na Escócia. Os resultados preliminares dessa obra, como já supracitados, foram objeto de análise no documento número 10, da Conferência de Haia. Tais estudos foram publicados em 2013, ano seguinte, em um livro sobre *International Surrogacy Arrangements*.¹²⁵

Os estudos possuem como objetivo desenvolver uma regulamentação jurídica que vincule os Estados que praticam ou de alguma forma têm cidadãos envolvidos com a gestação por substituição internacionais. A pretensão maior, mais do que isso, é criar mecanismos de

¹²⁴ Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General and Policy of the Conference*. 17.20, abril de 2012.

¹²⁵ Ver Trimmings, K., Beaumont, P. General report on surrogacy. Em: Trimmings, K., Beaumont, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 439-550. Ver também Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. General Aff airs and Policy: Doc. Prel. Núm. 11, março de 2011, e Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. General Aff airs and Policy: Doc. Prel. n.º 10, março de 2012.

supervisão de cumprimento das normas por ela editadas, bem como possibilitar uma cooperação entre as jurisdições envolvidas (o Estado de origem da mulher gestante e o Estado de origem do casal solicitante), com canais formais de comunicação entre as jurisdições.

Para que o estudo se inicializasse foi preciso elencar os pontos a serem analisados, quais sejam: (i) analisar a escala e o padrão do problema; (ii) a magnitude dos casos já registrados; (iii) a legislação nacional sobre gestação por substituição de cada um dos Estados (Austrália, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, China, República Checa, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Japão, México, Holanda, Nova Zelândia, Romênia, Rússia, África do Sul, Espanha, Uganda, Ucrânia, Reino Unido, Estados Unidos e Venezuela); e iv) as incompatibilidades mais preocupantes nas diversas leis nacionais sobre ‘barriga de aluguel’.

Assim, os métodos utilizados para tal, foram os levantamentos estatísticos dos acordos de sub-rogação internacionais e o mapeamento da situação legal da técnica de reprodução medicamente assistida, sendo elaborados quatro tipos de questionários:

- * Questionário nº 1: dirigido aos membros da Conferência da Haia e outros Estados interessados;
- * Questionário nº 2: destina-se aos profissionais jurídicos com experiência prática relevante nesta área;
- * Questionário nº 3: destina-se aos profissionais de saúde que trabalham nesta área;
- * Questionário nº 4: será respondido pelas agências e clínicas de sub-rogação

Nas reuniões anuais ocorridas em 2013 e 2014, os Estados membros da Convenção de Haia optaram por prosseguir com os estudos e os trabalhos de investigação, ao passo que reconheceram que o Secretariado ainda não está apto a apresentar um relatório final. Imperiosos aduzir, que vários formatos de Convenção sobre esta matéria já estão em análise, seja aquela em que se faz uma regulamentação do tema em âmbito global, seja aquela em que se prepara um conjunto de princípios gerais para orientação dos signatários da Convenção, a conhecida soft Law.

Em fevereiro de 2016¹²⁶ o grupo determinou que, devido à complexidade da matéria e à diversidade de abordagens dos Estados sobre esses assuntos, não foram alcançadas conclusões definitivas com um possível produto final de trabalho nessa área devido a seu tipo e escopo. O

¹²⁶ Report Of The February 2016 Meeting Of The Experts’ Group On Parentage / Surrogacy

grupo concluiu que o trabalho deveria continuar, devendo, principalmente, se concentrar no seu reconhecimento. Foi sugerido também que o Conselho dirigisse as discussões à mesa permanente para que realizasse o trabalho necessário com o intuito de preparar uma próxima reunião para alocar os recursos em conformidade.¹²⁷

Por fim, na última reunião ocorrida do dia 31 de janeiro a 3 de fevereiro de 2017¹²⁸, o grupo concordou sobre a viabilidade de desenvolver um instrumento multilateral vinculativo com o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre parentes legais, devendo, posteriormente, discutir sobre a forma de como esse instrumento funcionará. E ainda que, devido à diversidade de abordagens em relação a determinação da parentalidade e o reconhecimento da filiação legal quando registrada em documento público, serão necessárias mais considerações e discussões acerca dessa questão. Por fim, que, devido à complexidade do assunto e diversidade de abordagens realizadas pelos Estados, os casos relativos a acordos de barriga de aluguel de âmbito internacional não tiveram uma conclusão definitiva na reunião.¹²⁹

Independentemente da forma escolhida para se traçar diretrizes para os Estados sobre a gestação por substituição, uma orientação multilateral é de extrema importância, pois somente um quadro jurídico multilateral poderia garantir que as normas jurídicas internacionais que já existem sejam aplicadas em um contexto transnacional, e que novas salvaguardas sejam introduzidas, sempre que necessário, para garantir a proteção das pessoas envolvidas. Com efeito, não há como negar que a maior consequência de se abordar multilateralmente o tema seja a aproximação dos Estados, possibilitando, assim, a fomentação do respeito mútuo e da confiança entre os diferentes sistemas jurídicos em voga, pois, tal como já ocorre com as demais Convenções de Haia, um quadro multilateral sobre a gestação sub-rogada criaria oportunidades para que os Estados trabalhassem em conjunto para a defesa da dignidade da pessoa humana, independentemente de onde ela nasça ou dê a luz um filho.

¹²⁷ <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>, acesso em 10.06.2017

¹²⁸ Report Of The Experts' Group On The Parentage / Surrogacy Project (meeting of 31 January - 3 february 2017)

¹²⁹ <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>, acesso em 10.06.2017

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu demonstrar a admissibilidade em nosso ordenamento jurídico do direito ao planejamento familiar através das técnicas de Reprodução Medicamente Assistida pelos casais homoafetivos, sendo instrumento funcionalizador a respectiva filiação, consagrado pela pauta de valores constitucionais.

Dessa forma, no âmbito constitucional, o direito ao planejamento familiar, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia privada e princípios da igualdade e do respeito às diferenças devem ser atendidos, já que toda pessoa possui prerrogativa as previsões constitucionalmente resguardadas.

Os homossexuais, a partir do período judaico-cristão passaram por incontáveis preconceitos. O assunto até décadas atrás era tratado como tabu, percorrendo um longo período de perseguição e restrição. Na contemporaneidade, os mesmos vem ganhando seu espaço e direitos progressivamente, através de muita luta para sua inserção em sociedade. Contudo, apesar de algumas conquistas, o preconceito ainda existe, devendo ser superado para que a sociedade possa encarar as uniões e casamentos homoafetivos como entidade familiar, garantindo os direitos e deveres desses grupos.

Há ainda que se assinalar a sintonia da Reprodução Medicamente Assistida com a perspectiva biomédica atual, embora a legislação também seja ainda muito vulnerável e rasa quando se trata dessa matéria, sendo preciso, conforme demonstrado ao longo do trabalho, recorrer ao judiciário para buscar solução de “problemas” que deveriam ser tratados de maneira igualitária. Como visto, o Conselho Federal de Medicina é o responsável por “regulamentar” os procedimentos, o que apenas possui caráter de resolução e não de lei.

Nesse sentido, é importante frisar que o preconceito em relação aos homossexuais não está só presente na sociedade como também no legislador constituinte e infraconstitucional que se omite no momento que deveria deixar claro e expresso a possibilidade de união, casamento homoafetivos e acesso ao planejamento familiar. Pelo contrário, existe uma grande parte dos legisladores que acreditam que esses direitos são adquiridos apenas pela junção de homem e mulher. A omissão em nossa legislação, faz com que os diversos problemas relacionados a

filiação, parentalidade, origem genética, mãe de substituição no Brasil e no exterior fiquem com suas lacunas em branco.

Nesse sentido, as considerações elaboradas devem – ou deveriam - estar em sintonia com os valores e princípios do Direito de Família Contemporâneo, bem como, de acordo com as progressivas conquistas na busca da superação da discriminação em virtude da orientação sexual. O Sistema Único de Saúde deveria estar apto para realizar as técnicas de reprodução assistida e, todo o Brasil, ciente dessa possibilidade e consciente da aceitação em relação ao seu uso para casais homoafetivos. Além disso, o direito dos doadores, mães solidários e cônjuges dos mesmos deveriam estar expressamente resguardados, assim como a filiação piamente garantida diante de seu registro. Contudo, as discussões no campo do jurídico ainda se encontram norteadas por vários estigmas que podem traduzir-se na ausência do reconhecimento jurídico e, em muitos casos, em graves prejuízos àqueles quem deveriam ser os principais protegidos – os filhos e seus pais.

Em âmbito internacional, o assunto deve ser o quanto antes pacificado para que também não haja prejuízo as crianças frutos dessa biotecnologia, assim como às mães solidárias, que não podem ser tratadas como um negócio. Os problemas existentes, intensificados pelo “baby business” e “turismo reprodutivo”, precisam ser combatidos visando sempre a proteção em relação a violência contra a mulher e o melhor interesse do menor.

A Convenção de Haia de Direito Internacional Privado se dedica a estipular uma cooperação multilateral para regularizar a utilização das gestações por sub-rogação transfronteiriça, bem como medidas de contenção de seu crescimento para que evite ou pelo menos, contenha, os problemas supracitados. A unificação, em nível internacional, das regras de jurisdição das cortes, das leis aplicáveis, reconhecimento e cumprimento de decisões estrangeiras que versem sobre a matéria, são essenciais para a organização da questão.

A sociedade contemporânea depara-se com assuntos que só agora ganham visibilidade, e, não raramente, do estranhamento das situações não habituais vem o desejo de “afastar o que não se conhece”. A reprodução dos valores preconceituosos ocorre muitas vezes de forma inconsciente, velada e sorrateira. Contrariamente, a mudança requer de esforço, uma postura ativa, de reflexão, de revisão de pontos de vista antes adotados e necessidade de encarar o novo, sem medo de enfrentar o inusitado. Se antes sequer imaginadas, devido ao grau de ocultamento,

hoje as questões de filiação e homossexualidade são uma realidade concreta ou ao menos potencial, caminhando à procura da ponderação de princípios adequados e não reprodutoras de valores ultrapassados. É uma forma do reconhecimento do Direito em movimento. A despeito das dificuldades enfrentadas, a utopia de uma sociedade justa, fraterna e igualitária nos alimenta, dá forças a continuar a perseguir um Direito sem excluídos, em um país onde o acesso à justiça ainda não é para todos. É que o sonho também comanda a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Cristina de. DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coord.). Direito Internacional Contemporâneo. Curitiba, Juruá, 2014

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo. Ed. Saraiva, 2000

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. in Temas de Responsabilidade civil. Coord. Guilherme Magalhães Martins. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012,

BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. Publicado em: Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002. Editora: Del Rey

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem. Um estudo sobre as consequências jurídicas no Direito de Família e Sucessões. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. V. 1.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva, Carta Forense, ano III, n. 21, fev.2005, São Paulo

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. Porto Alegre: Ajuris, 1997. v.70.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito, São Paulo: Saraiva, 2008

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARRETON, Antonio Manuel et al. América Latina no século XXI: em direção a uma nova matriz sociopolítica. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”, Ed. Saraiva, 4ª edição

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a Soldo. Veja. Edição 2059. Publicada em 7 de maio de 2008.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa "*Baby Business: A Indústria Internacional da 'Barriga de Aluguel'*" sob a Mira da Convenção da Haia". Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf>, acesso em 05 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Diretos Fundamentais e Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999,

MIRANDA, Jorge, A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 45

PEREIRA, Tânia da Silva, MENEZES, Rachel Aisengart e BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). *Vida, Morte e Dignidade Humana*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010

RÁO, Vicente. *apud* BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina e TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª Edição

SARMENTO, Daniel. *Casamento entre homossexuais, Estado e Religião*. Publicado no *Jornal do Brasil* do dia 09/08/2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2008

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

<https://amb.jusbrasil.com.br/noticias/3041117/em-decisao-inedita-no-brasil-justica-pernambucana-concede-registro-a-bebe-filho-de-casal-gay>

[https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/165500692/avo-da-a-luz-ao-proprio-neto-em-santa-catarina,](https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/165500692/avo-da-a-luz-ao-proprio-neto-em-santa-catarina)

<http://www.conjur.com.br/2010-jul-08/importancia-reconhecimento-legal-uniao-homoafetiva>

<http://www.tex.pro.br/artigos/302-artigos-fev-2015/6926-o-reconhecimento-da-uniao-homoafetiva-para-concessao-do-beneficio-da-pensao-por-morte>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=700#t>

[http://planta.rs/32896/brasil/2016/03/ha-15-anos-tjrs-reconhecia-primeira-uniao-estavel-para-casal-homoafetivo-no-brasil/,](http://planta.rs/32896/brasil/2016/03/ha-15-anos-tjrs-reconhecia-primeira-uniao-estavel-para-casal-homoafetivo-no-brasil/)

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=263#t>

<http://thonnyhawany.blogspot.com/2011/09/tribunal-de-justica-de-rondonia.html>

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=42#t>

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=12#t>

<http://www.conjur.com.br/2009-out-09/justica-militar-reconhece-uniao-entre-pessoas-mesmo-sexo>

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132610,11049-STF+reconhece+uniao+homoafetiva>

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=390#t>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8368/Uniao-estavel-homoafetiva-e-possivel-a-sua-conversao-em-casamento>

<http://www.conjur.com.br/2013-mai-14/cnj-determina-cartorios-convertam-uniao-estavel-homoafetiva-casamento>

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/13902/Norma+sobre+casamento+homoafetivo+completa+quatro+anos%22>, acesso em 20.11.2016

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-11/rio-realiza-maior-cerimonia-coletiva-de-casamento-civil-homoafetivo-do-mundo>

<http://rodrigocosta.com/tag/casamento-homoafetivo/>

<https://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/9149/Ouvidoria+do+CNJ+recebeu+53+manifesta%C3%A7%C3%B5es+sobre+obrigatoriedade+de+registro+de+casamento+homoafetivo>

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>

<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>

<http://www.procriar.com.br/fertilizacao-in-vitro-para-casais-homoafetivos>

<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/07/relatorio-revela-numeros-sobre-reproducao-assistida-no-pais>,

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/03/mulheres-conquistam-direitos-nos-ultimos-100-anos>

<https://fecondare.com.br/artigos/casais-homoafetivos-podem-ter-filhos-atraves-da-reproducao-assistida/>, acesso em 01.12.2016

<https://profertilidade.wordpress.com/2013/04/29/infertilidadeoms>

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzExMA==>

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>

https://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Federal_de_Medicina

<http://vilamulher.uol.com.br/familia/planejamento/como-funciona-a-doacao-compartilhada-8-1-52-110.html>,

<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>

http://istoe.com.br/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS/

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f7efa4f864ae9b88>

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf),

<https://juliacasaresfuza.jusbrasil.com.br/artigos/337791410/reproducao-assistida-barriga-solidaria-e-barriga-de-aluguel-uma-analise-juridica-e-social>, acesso em 05.02.2017

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf)

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>, acesso em 31.05.2017

http://www.conjur.com.br/1999-set-30/aspectos_juridicos, acesso em 01.04.2017

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28__familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28__familia_homoafetiva.pdf)

<http://www.portalodia.com/noticias/piaui/filhos-de-casais-homoafetivos-poderao-ser-registrados-diretamente-no-cartorio-263357.html>, acesso em 01.04.2017

<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/outros-servicos/registro-de-nascimento>

<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/11/casal-gay-volta-da-tailandia-com-filhas-gemeas-geradas-em-barriga-de-aluguel.html>, acessado em 01.06.2017

<http://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/barriga-de-aluguel-fora-do-brasil-atrai-casais-homoafetivos-que-querem-se-tornar-pais/>, acessado em 01.06.2017

<http://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/barriga-de-aluguel-fora-do-brasil-atrai-casais-homoafetivos-que-querem-se-tornar-pais/>, acessado em 01.06.2017

<http://timesofindia.indiatimes.com/india/Baby-Manjis-case-throws-up-need-for-law-on-surrogacy/articleshow/3400842.cms>

<https://www.youtube.com/watch?v=jCUe9pZtf6I>

http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf

<https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>

<https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>