



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MARJORY DE OLIVEIRA CRUZ

GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Brasília

2014

MARJORY DE OLIVEIRA CRUZ

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito para
obtenção do grau de bacharel em Direito
no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Danilo Porfírio

Brasília

2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por este momento e pela força que ele sempre me proporciona, para que eu alcance as minhas metas, me permitindo realizar mais essa conquista.

Ao Professor Danilo Porfírio, que me deu todo apoio e coragem necessária, além de todas as orientações imprescindíveis para a composição deste trabalho, se tornando o meu pai acadêmico.

À minha família, por toda paciência, carinho e estímulo para seguir sempre em frente, fazendo com que eu concretizasse mais essa etapa com sucesso.

De maneira especial à minha mãe, por toda a educação e os ensinamentos diários de amor e respeito ao próximo, além de todo incentivo e confiança em mim e na minha capacidade para a conclusão do presente trabalho, sempre disposta a me auxiliar no que fosse preciso.

MARJORY DE OLIVEIRA CRUZ

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito para
obtenção do grau de bacharel em Direito
no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Danilo Porfírio

Brasília, de de 2014

BANCA EXAMINADORA:

Orientador Danilo Porfírio

Prof. Júlio Lérias

Prof. Einstein Taquary

RESUMO

O presente trabalho aborda a gestação de substituição demonstrando implicações sociais e questionamentos relevantes por serem duvidosos à luz do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que este desenvolvimento científico e o Estado necessitam regulamentar de forma específica as técnicas de reprodução assistida, em especial pelas famílias homoafetivas que não possuem condições naturais de se realizarem naturalmente, podendo resultar melhoria de qualidade de vida. O direito de família atual possibilita a incidência da ponderação de princípios em suas relações, com interação entre as normas civis e constitucionais, resultantes de um processo de transformação social intenso, buscando assim a efetividade dos princípios fundamentais dos indivíduos. A evolução científica e biotecnológica apresentam rotineiramente novas descobertas no âmbito da reprodução humana, contrapondo os métodos naturais em face da procriação artificial por casais que por algum motivo não podem se reproduzir naturalmente, como é o caso dos casais homoafetivos. A utilização do procedimento da gestação de substituição tem crescido de maneira significativa e conseqüentemente gerado questionamentos sociais e jurídicos relacionados à prática, que é realizada sob a ausência de limites legais a respeito da matéria.

Palavras-chave: Direito de Família. Homoafetividade. Gestação de substituição. Reprodução assistida. Insegurança jurídica. Princípios constitucionais.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO	7
1 OS NOVOS MODELOS DE ENTIDADE FAMILIAR.....	9
1.1 Das famílias: da tradicional á contemporânea.....	9
1.1.1 <i>Evolução constitucionalizada da família</i>	13
1.2 A afetividade no Direito de Família.....	17
1.3 Família homoafetiva: uma nova concepção de família	22
1.4 Regulamentação da união estável e do casamento civil homoafetivo	25
1.5 Anomia: insegurança jurídica	30
2 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	35
2.1 Natureza jurídica	38
2.2 Reprodução humana assistida	39
2.1.1. <i>Das principais espécies</i>	41
2.3 Barriga solidária o ordenamento jurídico brasileiro.....	43
2.4 Situação internacional da “barriga de aluguel”	47
2.5 Projetos de lei sobre a reprodução humana assistida.....	48
3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENTRE PARES HOMOAFETIVOS	50
3.1 Útero solidário para casais homoafetivos.....	53
3.2 Aspectos jurídicos da maternidade substitutiva.....	56
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O momento em que se vive é composto de diversas modificações e transformações científicas, históricas, sociais, jurídicas e culturais incididas com passar do tempo. Neste contexto, torna-se clara a necessidade de variações em todos estes aspectos mencionados anteriormente, e é com base nisso que se pretende abordar aqui questão não tutelada pela legislação, como é o caso da gestação de substituição e esta advinda pelas famílias homoafetivas.

O direito é um conjunto de normas jurídicas vigentes que visam o amparo, a proteção, e ao mesmo tempo as obrigações e os deveres dos indivíduos, uns para com os outros, para que a convivência torne-se suportável mediante determinadas limitações. O reconhecimento da homoafetividade é um tema atual, polêmico e complexo. Tornou-se interessante seu estudo, principalmente frente ao instituto chamado família sob um olhar dinâmico, levando em consideração as restrições e os obstáculos, tanto naturais quanto sociais, que estes indivíduos enfrentam nesta esfera, além dos desafios que o instituto agrega, tanto no tocante ao cunho ético como também no jurídico. Modernamente, é muito debatida a questão dos direitos que os casais homoafetivos têm adquirido neste contexto. O reconhecimento da união estável homoafetiva por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2011, aumentou ainda mais a discussão no que se refere ao direito à liberdade de orientação sexual como sendo um direito implícito e individual de cada um, além da incidência do princípio da dignidade humana e da isonomia. Esses direitos têm como objetivo precípua assegurar a igualdade de todos perante a sociedade, constatação essa adquirida pelo grande número de ações protocoladas no judiciário em busca de soluções adequadas e satisfatórias no âmbito do Direito de Família, da afetividade e de questões sobrevindas destas, como do uso de procedimentos científicos e tecnológicos para constituição das famílias, entre outros casos.

Muitas são as divergências e posicionamentos a respeito do assunto que é uma realidade hoje no Brasil e no mundo. Ao longo do tempo, acompanhando a evolução da sociedade e suas constantes alterações, a afetividade tem ganhado muita importância, e aliado a esta os casais homoafetivos estão cada vez mais dispostos e determinados a lutarem por seus direitos fundamentais quanto a

composição da formação familiar e liberdade sexual, conquistas estas que têm sido frequentes.

A problemática do presente trabalho consiste na forma com que a sociedade e a esfera jurídica, com base no ordenamento brasileiro, suportam e se comportam mediante aos avanços científicos genéticos, jurídicos e sociais que atingem a temática da gestação de substituição por famílias homoafetivas frente aos aspectos éticos, jurídicos, morais e sociais incidentes sobre estas questões.

Procurou-se então abordar o tema organizadamente da seguinte maneira: o primeiro capítulo dispõe a respeito da evolução do conceito de família, em face das constantes variações do tempo, da sociedade e da maneira como esta se comporta, dos costumes e das normas constitucionais e civis vigentes em seus principais períodos. Ademais, apresenta o princípio da afetividade como base das relações familiares atuais, independentemente de vínculos sanguíneos, e deste princípio como essencial para o reconhecimento das famílias, da união estável e do casamento civil entre os pares homoafetivos. Contudo, aborda-se ainda a questão da anomia jurídica pelas quais esses indivíduos ainda encontram-se subordinados, em virtude da ausência de legislação infraconstitucional expressa que os amparem, além do preconceito ao qual ainda padecem.

Já o segundo capítulo exhibe o que é o procedimento da gestação de substituição, como esta pode ser procedida e por quais fundamentos é regida e utilizada, além de suas espécies e o tratamento que recebe pelo ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, demonstra-se a carência e necessidade de regulamentação jurídica específica quanto ao assunto.

Por fim, o terceiro capítulo demonstra o procedimento de reprodução assistida pelos pares homoafetivos e os efeitos jurídicos causados em virtude da gestação de substituição.

1 OS NOVOS MODELOS DE ENTIDADE FAMILIAR

Apesar da dificuldade na definição pra conceituar a palavra família, essa instituição se mantém organizadora da sociedade desde o princípio da vida. Presente na legislação brasileira como base da sociedade, a família tem proteção garantida pelo Estado, tanto pela Constituição Federal como pelo Código Civil. A composição da família exige projeto comum, decisão, vontade e disponibilidade. A forma tradicional se diferencia do que se vive atualmente, e é sobre isso que discorre o texto a seguir.

1.1 Das famílias: da tradicional á contemporânea

A família é a instituição necessária para a ampliação e o desenvolvimento da sociedade, e surgiu muito antes dos códigos, do Direito, e da intervenção do Estado. O direito de família, por sua vez, regula as relações existentes entre os membros desta e suas influências sobre as pessoas e bens¹.

No Direito Romano, a família era instituída sob o Princípio da Autoridade. Era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina, sob as vontade do *pater famílias*², que exercia sobre seus filhos o direito de vida e de morte. Carlos Roberto Gonçalves afirma: “podia desse modo, vendê-los, impor-lher castigos e penas corporais. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido”³. Portanto, em Roma reinava o autoritarismo e a falta de direitos aos componentes da família.

¹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 4. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.17.

² *Pater famílias* era o mais elevado estatuto familiar na Roma antiga, sendo sempre uma figura masculina. Em latim este termo significa “pai de família”.

³ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6). p. 31.

Ao estudar a família romana, fica evidente que o afeto nunca foi uma de suas características, já a autoridade do homem sobre seus filhos e sua mulher, seu principal alicerce. À mulher cabiam os afazeres domésticos além de depender inteiramente do marido. Assim, o homem possuía mais liberdade que todo o restante da família, tanto civil quanto moral.

Caio Mário Pereira afirma que “a família romana, longe de ser uma organização democrática alicerçada no princípio ético da afeição, tal qual a moderna, apresenta antes as características de uma entidade política, fundada no princípio da autoridade” ⁴. Para os romanos, era obrigatória a procriação dos filhos, sendo necessário ainda que estes fossem frutos do casamento. A falta destes acarretava consequências cruéis, em regra para as mulheres, pois na época não haviam formas de comprovação da esterelidade masculina, sendo então sancionadas com a anulação do casamento e até a exclusão da sociedade. A família era unida somente quanto ao propósito de conservação dos bens e a preservação da honra. Apenas ao homem era concedido o direito de romper matrimônio ou até mesmo repudiar sua mulher, caso a mesma fosse estéril ou cometesse o adultério.

A compreensão de família no período da Revolução Francesa do século XIX é retratada a partir da visão de Napoleão, ou seja, assim como o chefe de família está sujeito de forma absoluta ao governo, do mesmo modo a família está sujeita de forma absoluta a seu chefe⁵.

A partir disso é que surgiu o instituto da adoção, que beneficiava os casais que de fato não podiam ter filhos, vez que ter filhos era exigência naquele período. Sendo assim, o Direito Romano marcou o Direito de Família de maneira muito significativa, afinal, os conceitos de família e filiação eram fundamentados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do pater, denominando assim o poder familiar. Esses conceitos eram ainda mais evidentes no Código Civil de 1916, sendo que ainda hoje podem ser percebidos alguns de seus reflexos e influências na legislação vigente.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7.

⁵ PUCRS. **O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada**. Disponível em: www3.pucrs.com.br/direito/graduação/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolívar_telles.pdf Acesso em: 20 set. 2014.

Durante a Idade Média as relações de família eram regidas exclusivamente pelo Direito Canônico, que diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo, sendo o casamento religioso o único conhecido. As famílias eram instituídas somente através da cerimônia religiosa.

O cristianismo elevou o casamento ao sacramento, sendo que este não poderia ser desfeito pelas partes. Somente a morte seria capaz de desconstituir a união indissolúvel entre um homem e uma mulher. Essa nova concepção surgiu em decorrência do declínio do Império Romano. O fortalecimento do poder espiritual deu a Igreja capacidade de interferência nas decisões e intenções no âmbito familiar.

De acordo com Caio Mário, a partir desse momento a igreja passou a emprenhar-se em evitar tudo que pudesse desagregar o seio familiar:

O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinatus havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos⁶.

Nesta época, a supremacia do casamento fez com que o adultério fosse detestado pela sociedade, no entanto, sendo praticado de forma oculta, ou seja, os homens tinham suas concubinas escondidas da família e da sociedade.

O catolicismo fortaleceu ainda mais a autoridade do homem no que concerne a família, tornando este o chefe absoluto. A mulher, por sua vez, estava condenada a educação dos filhos e os deveres domésticos, além de não poder se ausentar do lar sem a autorização do marido. O objetivo principal da família era a preservação do patrimônio e a procriação, fazendo com que os filhos se tornassem instrumentos para atingir tal finalidade.

Aos poucos, o Estado conseguiu se apartar das mediações da igreja católica, passando a considerar a visão social como forma de disciplinar as famílias⁷. Tornou-se base da sociedade, não sendo mais agente integralizador do Estado. Houve

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. v.3.15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 16-17.

⁷ FINAN. **A evolução do conceito**. Disponível em: <<http://www.finan.com.br/a-evolucao-do-conceito.pdf>> Acesso em: 07 mai. 2014.

então a necessidade de adaptação do legislador para disciplinar as outras uniões que não fossem aquelas oriundas do casamento, as mudanças em relação à comunhão de bens, o nome do cônjuge como facultativo e não mais obrigatório, dissolução do matrimônio pelo divórcio e a proteção e o tratamento igualitário aos cônjuges.

Portanto, com o passar do tempo o instituto familiar foi gerando novos conceitos e se adaptando à medida que a sociedade se transformou, não mais sendo o casamento a única forma de constituir uma família, mas sim o elo afetivo, construindo assim as famílias modernas.

Marise Soares Corrêa destaca a respeito da influência histórica da família e em decorrência do direito⁸:

Assim, deve-se comentar também que a família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Desta maneira, a submissão da esposa e dos filhos ao marido, ao tornar o homem o chefe de família – que, fincada na tradição, vem resistindo, na prática, a recente igualdade legal que nem a força da Constituição conseguiu sepultar – encontra a sua origem no poder despótico do pater famílias romano. Ainda, o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do século XVI.

No Código Civil de 1916 a família era originariamente constituída apenas pelo casamento, sacramento matrimonial, sendo esta indissolúvel e severa, sem vínculos de afeto. Ademais, o marido era o chefe da família, pois sempre prevalecia a sua autoridade. Este modelo conservador e patriarcal foi que deu origem a propagação de uniões extramatrimoniais, que acabou abalando a estrutura familiar daquele período. A família atual caracteriza-se pela diversidade, explicada pela busca do afeto e pela felicidade de todos que a compõem.

A noção de família tem se modificado com o passar do tempo. No direito romano significava não apenas o grupo de pessoas ligadas pelo sangue ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade como também se confundia com patrimônio destas. A família brasileira conceituada hoje em dia passou por fortes

⁸ CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei**: o discurso antecede à história. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 81.

influências da família romana e da família canônica⁹. O direito de família possui características próprias e são elas que o diferenciam dos outros ramos do direito. Este abrange além de normas essencialmente jurídicas, diretrizes morais que só revestem aspecto jurídico e passam a ser equipadas de sanção quando frontalmente violadas. Em especial, as tradições históricas e as crenças religiosas de um povo refletem diretamente no sistema adotado por cada família. Além disso, este está preocupado com os interesses do grupo e não apenas de um indivíduo.

Versam sobre direitos intransferíveis, por ato voluntário, irrenunciáveis e imprescritíveis.

1.1.1 Evolução constitucionalizada da família

Tem-se aqui, a demonstração histórica da evolução constitucionalizada das famílias, de acordo com as necessidades que o tempo e as transformações sociais e afetivas se tornaram indispensáveis, protegidas pelo Estado legislativamente e socialmente, tendo sido reconhecidas como entidades familiares autênticas, caracterizadas de diferentes formas.

A formação da família tradicional se dá por um homem e uma mulher, unidos por matrimônio, com finalidade de procriação, compõem uma família considerada elementar. É a representação de um grupo social original e primário que é influenciado e que influencia outras instituições e pessoas.

A evolução legislativa demonstra as necessidades da sociedade ao decorrer do tempo. A Constituição de 1824 não fez qualquer menção de fato relevante no tocante à relação familiar, determinava apenas o requisito do casamento religioso, pois nessa época era a Igreja quem detinha poder e delineava a questão da

⁹ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. v. 4. ed. 12. Revista dos Tribunais. p.30.

moralidade e da tradição, não acolhendo qualquer outra forma de união senão a que por ela fosse definida¹⁰.

Sendo assim então, até 1891, admitia-se que a união formadora da família só poderia ser concretizada a partir do casamento religioso. O Código Civil de 1916 já admitia como único elemento formador da família o casamento civil, no entanto já existiam jurisprudências, doutrinas e leis especiais que admitiam o reconhecimento das uniões estáveis.

A Constituição de 1934 foi a primeira a se preocupar com a situação familiar, determinando que o casamento fosse indissolúvel, salvo nos casos de desquite ou anulação. A Constituição Federal de 1937 implementou a igualdade entre os filhos naturais e os filhos legítimos.

Em 1967, a Constituição Federal manteve a visão de que a família só poderia ser aquela formada e constituída pelo casamento civil. No entanto, contrariamente a tal panorama, a emenda constitucional de 1969 que mantinha a questão do casamento indissolúvel, foi modificada pela Lei do Divórcio de 1977, passando-se então a existir concordância de novos modelos paradigmas.

A família contemporânea surgiu a partir do século XIX e foi precedido pelas Revoluções Francesa e Industrial, quando o mundo vivia em processo de crise e renovação.

A Constituição de 1988 então, buscando tutelar de forma exemplificativa e necessária, passou a acolher a existência de outras espécies de família que não fossem aquelas exclusivamente provenientes do casamento, trazendo à seara constitucional outros modelos de convivência, como o reconhecimento da união estável e o núcleo formado por qualquer dos pais e seus descendentes, como entidades familiares, valorizando assim o afeto como um princípio fundamental implícito constitucionalmente, na medida em que concordou com tal reconhecimento¹¹. A partir desta, a família recebeu novas características,

¹⁰ LOUZADA, Juíza Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em: 28 abr. 2014.

¹¹ ZIMAR, Geraldo de Sá. **Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio**. Disponível em: <

enxergando e levando em consideração princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante deste novo ponto de vista com relação a família, passou-se a valorizar a convivência entre os membros deste instituto, integrando assim o campo sentimental e afetivo da questão. O modelo tradicional entre o homem, a e seus filhos advindos do casamento, passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar.

O matrimônio se descaracterizou como parâmetro exclusivo da composição familiar, vez que esta pode se formar por situações diversas, já reconhecidas na esfera jurídica. A relação de fato conquistou importância e relevância para se tornar entidade familiar, por ser exercida de modo público, contínuo, duradouro e objetivando construção de família, sendo análogo ao casamento, prevalecendo a afetividade dos companheiros, sendo esta caracterizada como união estável, podendo ser convertida inclusive em matrimônio nos dias atuais.

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família passa a ser uma comunidade fundada na igualdade e no afeto, nos termos do mesmo:

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 relações¹².

A Constituição de 1988 foi denominada como “Constituição cidadã”, pois proporcionou profundas mudanças na estrutura da sociedade e da família. Vários princípios constitucionais foram abraçados pelo direito de família e a partir deles o conceito de família foi se amoldando e se aprimorando, passando a ser considerada uma união fundada no afeto recíproco. Uma nova base jurídica foi então criada, visando alcançar o respeito aos princípios constitucionais, tais como igualdade, liberdade e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Até a promulgação desta, o rol no tocante as famílias era totalmente taxativo e limitado. Após tal acontecimento, os princípios constitucionais refletiram diretamente no Direito de Família. A partir disso, houveram diversas inovações jurídicas, como a equiparação dos direitos garantidos às famílias formadas pelo casamento, pela união estável e às monoparentais, a igualdade conferida aos homens e mulheres, assim como a igualdade de proteção a ambos, sendo esta estendida aos filhos, provenientes ou não do casamento ou por adoção, o divórcio como forma da dissolução do casamento civil, dentre muitas outras coisas.

Portanto, a sociedade é constantemente mutável e a legislação carece quanto ao acompanhamento dessa evolução em variados aspectos.¹³

O legislador mudou o enfoque da letra da lei, deixando de oferecer proteção especial ao casamento e aos filhos legítimos para contemplar prioritariamente proteção da família à pessoa dos filhos, de forma igualitária. Igualou o homem e a mulher na sociedade conjugal (art. 5º, I e 226, §5º), conferiu igualdade aos filhos (art. 227, §6º) e reconheceu a pluralidade dos modelos de família (art. 226, §§1º ao 4º).

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 mar. 2014.

¹³ LEVY, Laura Affonso da Costa. **Família Constitucional, sob um olhar da afetividade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568>. Acesso em 02 out. 2014.

1.2 A afetividade no Direito de Família

A afetividade é um princípio constitucional inerente ao dever familiar e tem presunção do princípio da dignidade da pessoa humana. É imprescindível a concessão da proteção dos vínculos familiares oriundos da afetividade, pois são através deste que as pessoas se escolhem, se unem e desenvolvem seus projetos de vida em comum. Assim, o Estado deve então assegurar a concretização deste dever perante as leis brasileiras, aplicando consequentemente as devidas sanções aos que não cumprirem o papel que estão submetidos. Atualmente, não há como dimensionar o direito de família sem direcioná-lo à afetividade como requisito essencial dessas relações.

Rodrigo da Cunha Pereira destaca:

De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua. [...] o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental¹⁴.

As relações de parentesco não se definem mais apenas pelo reconhecimento biológico ou consanguíneo, tendo em vista que a própria legislação admite que o parentesco resulte de outra origem¹⁵.

Paulo Lôbo define parentesco como:

A relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei. A relação de parentesco identifica as pessoas como pertencentes a um grupo social que enlaça num conjunto de direitos e deveres¹⁶.

Sendo assim, foram ampliadas as possibilidades de reconhecimento de outros vínculos decorrentes do afeto. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria têm valorizado e reconhecido o afeto como elemento indispensável para a formação do

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 180.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Artigo 1.593 do Código Civil: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 11 jun. 2014

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 181.

vínculo socioafetivo, sendo este por vezes, maior até que o vínculo biológico. O Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, decidiu que o vínculo afetivo deveria se sobrepôr ao vínculo biológico para atender o melhor interesse e bem estar do menor:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.
2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.
4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.
5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.
6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.
7. Recurso especial provido¹⁷.

Nesse viés, é conveniente transcrever o trecho de um julgado que demonstra que o vínculo sanguíneo não mais impera quando estiver em concorrência com a relação socioafetiva:

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial. **REsp 1087163/RJ**. Terceira Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 18 de agosto de 2011, DJe 31/08/2011. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/jurisprudência>>. Acesso em: 22 set. 2014.

O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetividade desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrário sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica¹⁸.

Carlos Roberto Gonçalves explicita um pouco a respeito da mudança do Código Civil vigente em 1916 e o mesmo, após diversas mudanças, em 2002, no sentido de que:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação”. (GONÇALVES, 2005, p. 16)¹⁹.

De acordo com a tradição, tem-se por família o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa, formando um lar. Esta é ponderadamente responsável por promover a educação, influências no comportamento social, transmissão de valores sociais e morais, além das tradições e costumes advindos de gerações.

Tornou-se então ultrapassado o conceito de família que visa somente a procriação. Atualmente, está sendo construído um novo conceito, no qual dois indivíduos que resolvem se unir com intuito de conviverem juntos, baseando-se no afeto, no respeito, no sentimento recíproco de ficarem juntos, na liberdade de escolha, independe de suas orientações sexuais. A realidade social é que inseriu as relações homoafetivas no Direito de Família, com apoio de doutrina moderna e jurisprudências.

A Constituição Federal de 1988 prevê que a família é base da sociedade, e as relações interpessoais desta, independem de previsão legal para que recebam a

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 878.941/DF**. Terceira Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 21 de agosto de 2007, DJe 17/09/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 22 set. 2014.

¹⁹ SILVA, Keith Diana da. **A proteção da criança e do adolescente em face do poder familiar**. Rev. Núcleo de Pesquisa Interdisciplinar. set. 2010. Disponível em: <<http://www.fmr.edu.br/npi/044.pdf>> . Acesso em 14 abr. 2014.

devida proteção do Estado²⁰. A evolução da sociedade e da família acabou obrigando a criação e a alteração dos dispositivos legais aplicáveis ao direito de família. A afetividade encontrou amparo constitucional, surgindo no ordenamento jurídico como princípio que representa a evolução deste direito, instaurando um novo olhar sobre essas questões e relações, insistindo na ideia de que não se pode ignorar as modificações culturais e científicas ocorridas na sociedade. O afeto então assume papel de base pra composição da família moderna, deixando de lado a formação clássica, composta por pai, mãe e filhos legítimos.

Portanto, assim como outros campos do Direito, o Direito de Família é um sistema aberto a valores, princípios, adversidades e transformações que indicam um caminho que deve ser percorrido, buscando sempre a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. A função social das normas familiares em sintonia com a Constituição Federal tende a garantir a funcionalidade, a eficácia de seus institutos.

A ausência de previsão legal acerca de algumas situações, principalmente no Direito de Família, não significa que esta esteja desprovida de tutela jurídica ou que os membros daquela família estejam à margem da lei. Luiz Edson Fachin afirma:

Não está apenas no Código o “código” da família. O estatuto jurídico da família e da filiação desdobra dessa visão estrita de sistema. Causas e razões explicitam a constituição e a superação do modelo clássico: transpessoal, matrimonializado, patriarcal e hierarquizado²¹.

O Pluralismo familiar é um princípio referente às diferentes possibilidades de constituição familiar, podendo ser esta composta das mais diversas maneiras, devidamente reconhecidas pelo Estado. As inovações exigem a busca de novos princípios, conceitos e leis que disciplinem o assunto. O exemplo disso tem-se a própria evolução do direito de família, que num primeiro momento só poderia ser constituída pelo matrimônio e após tantas mudanças ocorridas, houve a necessidade do reconhecimento da união estável. Hoje em dia, existem as famílias homoparentais, onde o pai ou a mãe convive sozinho com seu filho, as famílias homoafetivas, onde duas pessoas do mesmo sexo convivem com seus filhos, dentre

²⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 308.

outras, todas sendo consideradas e devidamente reconhecidas como entidades familiares. Sendo assim, atualmente são reconhecidas as possibilidades de diversos arranjos familiares, como o matrimonial, o constituído por união estável, monoparental, complexas ou pluriparental, as paralelas, as anaparentais, a eudemonista, unipessoal, as previstas no ECA (Lei 8.069/1990), ou seja, a família natural, extensa, substituta, adotiva e as famílias homoafetivas²².

Os avanços da tecnologia e as novas legislações sobre família oportunizam outros acessos à parentalidade e filiação. O casamento e o desejo de partilhar a vida a dois deixam de ser condições para tornar-se pai e mãe. No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente não restringe a família à existência dos dois sexos como casal parental, basta que exista um e sua prole, oferecendo reconhecimento e visibilidade para uma situação fática.

Entre os novos arranjos familiares, os compostos por pais gays são os mais controversos. Este fenômeno adquiriu visibilidade com o crescimento e força que o movimento vem ganhando nos últimos anos. A estabilidade do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e seu desejo de ter filhos desperta a curiosidade de muitos, que desconfiam de uma impossibilidade, inadequação, impropriedade e até más influências.

As pessoas que integram uniões homossexuais caracterizadas pela estabilidade, comunhão de vida, afetividade e externalização social constituem efetivas comunidades familiares, que merecem tanto a proteção do estado quanto aquelas integradas por casais heterossexuais. O reconhecimento da “conjugalidade” do par garante direitos patrimoniais, até então previstos apenas para cônjuges ou companheiros heterossexuais. Por mais que os direitos patrimoniais venham sendo concedidos sem maiores objeções, qualquer alusão quanto ao direito de família, quando se trata de pessoas do mesmo sexo, é resistida. As justificativas e decisões de alguns juízes hoje são as de reconhecer o casal homossexual como entidade familiar. O desdobramento possível do reconhecimento do casal homossexual como família é o direito à parentalidade, porém, esta parece ser a grande dificuldade, no

²² RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792>. Acesso em: 17 set. 2014

Brasil, para a concessão plena de direitos a casais compostos por pessoas do mesmo sexo.

Abordando a questão do fato da homossexualidade já ser um instituto passível de tutela jurisdicional, aborda-se ainda quanto a homoparentalidade, que assim como o homossexualismo, não possui autorização e nem vedação expressa que impeça a adoção homoparental, infringindo assim direitos de casais e de indivíduos que desejam realizar este ato, restringindo ainda os direitos das crianças e adolescentes que poderiam ter outras oportunidade e qualidade de vida advindas de ações como estas.

A adoção é um ato jurídico criador de vínculo parental não correspondente à realidade biológica, e sim afetiva. Não conhecer ou não admitir que a adoção seja realizada por um casal homossexual significa limitar direitos, tanto do que seria adotado quanto do adotante, diminuindo ainda mais a possibilidade da criança ou adolescente usufruir da assistência familiar e patrimonial que lhes pode ser oferecida. O surgimento de um novo instituto, chamado de filiação socioafetiva é atualmente reconhecido como gerador de vínculo parental.

1.3 Família homoafetiva: uma nova concepção de família

As distintas formas de expressar e vivenciar o afeto, bem como as diferentes maneiras de compartilhamento de vida demandam o adequado reconhecimento jurídico e da coletividade. O crescente reconhecimento do afeto como valor jurídico concedeu ao vocábulo homoafetividade grandes conquistas no âmbito familiar.

Aqui, o conceito de família necessariamente procriadora começa a ser questionado, pois da Constituição Federal irradiam os valores normativos que regem todo o ordenamento jurídico. A realidade é o principal motivo das representações e

das conquistas jurídicas neste âmbito, que até um certo momento permanecem à margem do ordenamento formal²³.

O modelo familiar de hoje é o da família eudemonista, no qual cada indivíduo é importante em sua singularidade, tendo o direito de ser feliz em seu contexto de qualquer maneira, independentemente de sua orientação sexual. Limitar os direitos tendo como parâmetro o sexo a quem é destinado esse afeto é perverso e injusto.

O vocábulo homossexualismo foi criado por um médico húngaro chamado Benkert em 1869, que significa sexualidade semelhante, podendo ser interpretada tanto a ideia de semelhança, igual, análogo, como também por sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo²⁴. Já foi considerado como doença pela Classificação Internacional das Doenças – CID, que o identificava como um “desvio ou transtorno sexual” e em 1995, após diversos estudos e revisões, foi nominado de “Transtornos da Preferência Sexual”, sendo que o sufixo ismo, que indica doença, foi substituído pelo sufixo dade, que significa modo de ser²⁵, denominado então como homossexualidade. Os conceitos existentes são variáveis, tendo em vista que cada Ciência (medicina, psicologia, social, genética, jurídica) estuda essa questão de formas diferentes.

É da natureza do ser humano, a diversidade de orientação sexual.

Na idade média a união homossexual foi sacramentada e o ato sexual foi considerado pecado, com o advento do cristianismo²⁶. A prática homossexual é fática desde a época das civilizações antigas, romanas, gregas, incluindo reis e imperadores, conforme um trecho do julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul:

Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíam predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual e prática recomendável por sua utilidade. A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que, na Renascença, artistas

²³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. ed. 6. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 852.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000.

²⁵ Ibidem

²⁶ ARCANGELO, Livia Gomes. **A nova família**. Disponível em:< <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=385>>. Acesso em: 18 ago.2013.

como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade²⁷.

Com o passar do tempo, a sociedade passou por inúmeras transformações, assim como a religião, a cultura e os costumes. Esta evolução passou a interferir no âmbito familiar e social de forma radical, tornando a sociedade em tese mais tolerante aos fatos e a realidade. A igreja perdeu força e influência, e em contrapartida a valoração do afeto cresceu e estas novas estruturas de convívio deixaram de ser vistas como repúdio social. A orientação sexual passou a ser caracterizada como opção, não mais como ilícita ou vergonhosa. Tornou-se então um direito, que pode e deve ser exercido de forma livre, obedecendo e alcançando todos os direitos assegurados pela Constituição Federal.

Para determinação do atual panorama social, tornam-se muito relevantes alguns aspectos históricos, e com a homoafetividade não poderia ser diferente.

Maria Berenice Dias, advogada especializada em Direito Homoafetivo, Direito das Famílias e Sucessões, primeira Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), sendo uma das fundadoras aborda em seus livros o fato de que a homossexualidade é tão antiga quanto à heterossexualidade e que apesar de não ser admitida, na maioria das vezes, a sociedade jamais ignorou a presença desses casais.

A busca pela justiça e da felicidade se interligaram na busca pelo reconhecimento de direitos igualitários e dignos, sem distinções de qualquer natureza. Começa a aflorar então a felicidade como um direito fundamental. No âmbito dos direitos humanos, o Estado não pode deixar de cumprir com a finalidade do papel de garantir a cada um dos membros de uma família o direito de ser feliz, desempenhando então sua obrigação ética. É imprescindível a concessão da proteção dos vínculos familiares oriundos da afetividade, pois são através disso que as pessoas se escolhem, se unem e desenvolvem seus projetos de vida em comum.

²⁷ Apelação cível nº 700013388982, 7ª Câ. Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 14 de março de 2001.

A homoafetividade tem ganhado visibilidade social e jurídica, principalmente a partir de soluções judiciais que a reconhecem como fato. Suas reivindicações são baseadas em direitos constitucionais fundamentais, devidamente alicerçados pelos direitos humanos e pela Constituição Federal, mas ainda encontram algumas dificuldades em razão da ausência de tutela expressa no ordenamento jurídico.

Seguindo a lógica de Estado Democrático de Direito, torna-se possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro atual possui ferramentas para lidar de forma coerente e justa com as novas formas de arranjos familiares e afetivos que precisam da proteção da justiça. Todo e qualquer país que se diga democrático e guardião dos direitos humanos não pode compactuar com discriminações de qualquer natureza, bem como as que tocam a orientação sexual de cada indivíduo.

A homossexualidade é historicamente tão antiga quanto a heterossexualidade. Sendo assim, as uniões homoafetivas constituem um núcleo familiar, com os mesmos reflexos jurídicos das uniões heteroafetivas no que tange a sua constituição, ou o desejo desta, seu término, a parentalidade exercida por um ou por ambos do par, formando então efeitos jurídicos intermináveis, mas que nem sempre são tratados da forma mais adequada. É importante destacar que o posicionamento dos tribunais tem sido imprescindível para o merecido reconhecimento dessas famílias²⁸.

1.4 Regulamentação da união estável e do casamento civil homoafetivo

A Constituição Federal é a ferramenta norteadora de todo o sistema jurídico. Esta assegura os princípios da liberdade, da dignidade humana e da igualdade sob quaisquer aspectos, evidenciando assim que os vínculos homoafetivos e as relações heterossexuais devem ser tutelados de forma igualitária. Portanto, o meio jurídico e social deve respeitar de forma abrangente a realidade e as normas constitucionais.

²⁸ COSTA, Fabrício Veiga. **Proteção jurídico-constitucional das uniões homoafetivas como entidades familiares**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11826&revista_caderno=14> Acesso em: 24 set. 2014.

A evolução no reconhecimento judicial dos direitos de família homoafetiva, nos últimos anos foi tão relevante que culminou no julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº132/RJ²⁹, em 05/05/2012, no sentido de afastar e até mesmo excluir qualquer tipo de discriminação e aplicar as mesmas regras da união estável, e com as mesmas consequências, na união de pessoas do mesmo sexo, ou seja, levou à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis entre homens e mulheres no território brasileiro, de acordo com o voto³⁰ do Relator Ministro Ayres Britto, que considerou:

“Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei.”

O voto mencionado foi seguido integralmente por seis ministros em favor da união homoafetiva como núcleo familiar, onde buscou dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação segundo os princípios constitucionais básicos, como o da isonomia, pois dispõe o artigo que:

Art.1.723. É reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição familiar³¹.

A Organização das Nações Unidas (ONU) tem entendido de acordo com os princípios fundamentais e os demais princípios que dão base ao reconhecimento destas uniões que é claramente ilegítima a interferência na vida privada dos indivíduos, por conseguinte, na vida dos homossexuais. Por ser um assunto extremamente polêmico e controvertido, tendo em vista a falta de lei que regule o assunto, vale fundamentar-se nos princípios constitucionais que a própria Constituição Federal dispõe, sobretudo questões como igualdade, dignidade

²⁹ JUSBRASIL, Jurisprudência. ADPF nº 132/RJ. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 29 set .2014.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADI nº 4277/DF, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011. DJe de 13 out.2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2014.

³¹ BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

humana, estado democrático de direito e a não discriminação. Atualmente, a não aceitação de casais homossexuais na sociedade é baseado em preconceitos ultrapassados, na resistência de concordância e no pavor de uma suposta homossexualização da sociedade³². Partindo desta ideia, caracteriza-se uma espécie inconstitucional de discriminação, já que a homossexualidade é uma realidade, além da desigualdade que fica estabelecida, devido à restrição de vários direitos fundamentais. A legalidade formal desse direito tem passado por uma construção conturbada, devido a barreiras de natureza religiosa e moral, tanto para o reconhecimento perante o Estado, quanto pela própria sociedade. Em virtude disso, coube ao Judiciário a tarefa de contemplar esses “novos direitos”, preenchendo a omissão deixada pelo legislador. Sendo assim, o STF devido a grande quantidade de ações neste sentido, reconheceu juridicamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo numa Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e numa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Este foi um passo de extrema importância para fazer valer o cumprimento do direito de liberdade à orientação sexual, na medida em que se no Código Civil a união heterossexual pode ser convertida em casamento, as homoafetivas da mesma forma poderão ser concretizadas.

O reconhecimento da união estável homoafetiva por decisão do STF em maio de 2011, aumentou a discussão no que se refere ao direito à liberdade de orientação sexual como sendo direito implícito. O processo para a positivação deste direito tem como base os estados realizados da teoria do Garantismo Jurídico de Luigi de Luigi Ferrajoli e da teoria dos direitos fundamentais. Esse direito tem como objetivo assegurar a igualdade de uma parte significativa da sociedade, constatação essa adquirida pelo grande número de ações protocoladas no Judiciário em busca de soluções adequadas no âmbito do reconhecimento das uniões homoafetivas, entre outros casos a este tema relacionados.

As espécies de família reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro são instituídas pela Constituição Federal, dispostas em seu artigo 226 e pelo Código Civil. Após a decisão do STF, a união homoafetiva também se torna um instituto familiar, assim como a possibilidade dessas uniões serem convertidas em

³² MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p.44.

casamento, porém, estas não se encontram ainda expostas em nenhum código específico ou regulamentado. Uma significativa experiência concreta de regulamentar o direito à liberdade de orientação sexual e gênero é tratada em artigos do projeto criado recentemente, denominado como o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, realizado por parte da Comissão Especial da Diversidade Sexual e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, no julgamento do REsp 1.183.378/RS, ocorrido em 25/10/2011, admitiu o prosseguimento do processo de habilitação e o casamento civil de duas mulheres, criando precedente judicial para a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo em vários Estados do Brasil, conforme a seguinte ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 E 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N.4.277/DF³³.

Apesar de o tópico seguinte ser fatídico, no dia 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma resolução determinando que todos os cartórios civis do país estão obrigados a celebrar o casamento civil entre os homoafetivos, em respeito e garantia ao cumprimento do princípio da igualdade entre os sexos, tendo sido esta igualdade o cerne da decisão do STF. O autor desta resolução foi o ministro Joaquim Barbosa, figura importantíssima para o cenário jurídico atual. A medida prevê que os cartórios não podem se recusar a converter união estável homoafetiva em casamento civil, e que se isso acontecer, o caso deverá ser levado imediatamente para análise do juiz corregedor do respectivo Tribunal de Justiça³⁴.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.183.378/RS**. Quarta Tuma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25 de outubro de 2011. DJe 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 28 set. 2014.

³⁴ DIREITO E HOMOFETIVIDADE. Cartórios brasileiros serão obrigados a celebrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em : <<http://direitoehomofetividade.blogspot.com.br/2013/05/cartorios-brasileiros-serao-obrigados.html>>. Acesso em: 29 set.2014.

O Código Civil não possui uma definição de que o casamento é a união entre homem e mulher. A Constituição Federal tampouco traz uma definição de casamento ou explicita que a diversidade de sexos é requisito para a existência do mesmo, limitando-se apenas em determinar que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher.

Ao julgar procedentes as duas ações constitucionais, o STF deu ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro interpretação conforme à Constituição para apartar qualquer entendimento que obste o reconhecimento da união continua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Assim, restaram para todos os fins de direito, as uniões homoafetivas equiparadas às uniões heteroafetivas. Desta forma, a união estável de qualquer destes poderá ser convertida em casamento, sob o disposto no art. 1.726, do Código Civil:

“Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”³⁵.

O Poder Judiciário tem sido fundamental na consolidação dos direitos relacionados da sexualidade. As últimas decisões judiciais constituem o avanço dos direitos de casais homossexuais no Brasil, sendo então a base dessas conquistas as jurisprudências publicadas neste sentido.

As uniões afetivas-sexuais entre pessoas do mesmo sexo existem, e se existem representam então um dado evidente. Zeno Veloso comenta:

Não é mais possível fechar os olhos para essa realidade. É preciso que uma lei seja editada pelo legislador; embora seja a codição de uma minoria da população, é imprescindível dar cidadania ao homossexual, tal como aconteceu com outras minorias, como os negros, as mães solteiras, as companheiras, os filhos outrora chamados de ilegítimos e tantos outros, que tiveram que lutar muito para terem seus direitos reconhecidos³⁶.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

³⁶ VELOSO, Zeno. **Um amor ainda à margem da lei**. Jornal O Liberal – Belém, 30.03.2003.

1.5 Anomia: insegurança jurídica

As questões referentes à homossexualidade enfrentam dificuldades de ordem cultural e dogmática, que além de encarar a falta de legislação infraconstitucional, enfrentam violações aos direitos constitucionais humanos em afronta ao direito à liberdade e orientação sexual, a dignidade da pessoa humana e à isonomia, que não admitem restrições de qualquer natureza. O pronunciamento do legislativo vincula o julgador quando este examina casos concretos e preenche, de certa forma, o vazio da definição de valores criados pela sociedade.

Anomia significa ausência de leis, normas ou regras de organização.

Robert Bierstedt³⁷ destaca três significados de anomia, sendo estes: a) a anomia seria uma desorganização pessoal que resultaria em um indivíduo desorientado e descumpridor das leis existentes, ou ainda afastado da rigidez da estrutura social ou das normas constantes de seu meio; b) a anomia se caracterizaria por ser uma determinada situação social na qual existem duas normas possíveis de utilização e que, por conseguinte, deixaria o indivíduo em dificuldade sobre como agir perante situações contraditórias; ou c) a anomia se caracterizaria por uma situação social absolutamente desprovida de leis ou normas regentes de tal situação.

Apesar de três ideologias diferentes no âmbito doutrinário, estas possuem uma questão comum, sendo esta a ausência de norma orientadora para que o cidadão conheça a forma ideal de agir. Portanto, a anomia, ou seja, a ausência de normas se formaliza no tocante às relações homoafetivas, levando em conta que nenhum diploma legal administra o assunto.

A propositura de leis que regulamentem a matéria, assim como a aprovação dos diversos projetos de lei que se encontram sob a aprovação do Congresso Nacional, resolveriam questões relacionadas a insegurança jurídica sofrida pelos homossexuais de forma ampla. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa

³⁷ BIERSTEDT, Robert. A dictionary of the social sciences. Londres: Tavistock Publications, 1964.

humana e da igualdade são os principais aliados do tema em discussão na esfera jurídica.

Segundo Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais distinguem-se em normas do tipo princípio e normas do tipo regra, dividindo esta distinção a partir de três teorias. A primeira afirma a impossibilidade de qualquer distinção definitiva, uma vez que a pluralidade de normas efetivamente existente possibilita infindáveis combinações de critérios. A segunda sustenta que a diferenciação entre os princípios e regras é apenas de grau de generalidade, compartilhando princípios e regras da mesma realidade. A terceira, que é a adotada por ele, distingue princípios e regras qualitativamente³⁸. A homossexualidade é rodeada de preconceitos, ilustrados pelas estatísticas e notícias publicadas de violência física, verbal e psicológica contra os homossexuais no Brasil e no mundo. Por isso, além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade requer a compreensão de igualdade sob a perspectiva relacional, sendo esta relação estabelecida entre distintas pessoas, coisas e situações. Além da existência da proibição jurídica da adoção de certos critérios de diferenciação, exige-se a noção e o senso humano quanto ao respeito ao próximo para que estes não sejam criados e muito menos exercidos.

Ocorre então um descompasso entre a evolução social e a evolução legal no tocante a homoafetividade, pois não existem leis específicas que tratem sobre o assunto e as que existem abordam superficialmente e não solucionam de forma efetiva os litígios que de fato existem em tal esfera. Percebe-se então que o ordenamento jurídico não acompanhou como deveria as mudanças sociais no decorrer do tempo. Quando acontece uma situação na qual não há existência de leis para resolver sobre a matéria, existem três possibilidades de ação, sendo que apenas umas destas é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro³⁹:

- a) Sistema non liquet: neste, ao ocorrer uma situação de anomia, o magistrado que recebeu a lide para análise opta por não julgar, aduzindo, para tanto, exatamente a ausência de respaldo legal.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 82-86.

³⁹ COSTA, Alysson Leandro. **Famílias homoafetivas**: da completa anomia regrada de preconceitos aos posicionamentos positivos adotados pelos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9313>. Acesso em: 14 abr.2014

Contudo, tal sistema é deveras criticado, sob o argumento de que a jurisdição não terá os seus fins precípuos devidamente atendidos (sendo estes a efetivação da justiça e da pacificação social, bem como proceder à resolução das lides que, eventualmente, surgirem);

b) Sistema suspensivo: ao constatar anomia, o magistrado procede à imediata suspensão do feito, alegando a inexistência de normas regulamentadoras da matéria; após a aludida suspensão, o poder legislativo é informado acerca de tal fato, para que possa tomar as devidas providências, culminando, assim, com a propositura de uma lei regulamentadora da matéria e o retorno da tramitação do feito. Tal sistemática é severamente de teoria da tripartição dos poderes, teoria dos freios e contrapesos ou teoria do check and ballance, haja vista que, sendo os poderes independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CRFB/88), o poder judiciário interferir na esfera de atuação do Poder Legislativo, ordenando que o mesmo proceda à propositura de uma lei é uma afronta direta a tal princípio;

c) Sistema integrativo: constatada a anomia, não poderá o magistrado se escusar em resolver a lide alegando a lacuna da lei, de modo que, assim ocorrendo, deverá o magistrado utilizar, para a resolução da lide, a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. Esta é a sistemática utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme preceituado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º⁴⁰.

A Lei em momento algum proíbe, anula ou limita os direitos entre os casais homossexuais, afinal, estes direitos são garantidos a partir da interpretação principiológica da Constituição Federal. Portanto, não há nenhum dispositivo legal que vede a garantia de direitos aos casais homoafetivos, e sim uma ausência normativa específica quanto ao assunto, dando assim força para a criação de jurisprudência a respeito.

Não existe respaldo em nosso ordenamento jurídico quanto à inexistência de lei que tutele a homoafetividade. Na seara jurídica, primeiramente busca-se saber quais são as consequências que essas relações podem trazer, e partindo disso, é possível reconhecer e legislar em prol dos direitos que repercutem desse relacionamento, no intuito de serem atendidos os objetivos e direitos fundamentais da Carta da República Federativa do Brasil, que são: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e

⁴⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Art.4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em:16 fev. 2014.

promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, origem, cor, idade, sexo, e quaisquer outras formas de discriminação, erradicação da marginalização (exclusão do meio social), dentre muitos outros⁴¹. A união entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade atual, que vem ganhando cada vez mais espaço no Brasil e no mundo. Assim como na heterossexualidade, os casais homoafetivos desempenham e compartilham relações envolvidas de sentimento, afetividade, sonhos, publicidade, patrimônio, desejos e realizações.

O direito procura sempre cuidar do caso concreto, não tutela somente aquilo que o legislador já tratou um dia, expressamente em lei ou norma. E é por isso que as transformações estão sempre tão presentes, pois os fatos mudam, e suas consequências podem e devem ser tratadas tanto pelo legislativo, quanto pelo judiciário.

É importante destacar aqui o princípio da igualdade e respeito às diferenças, que além de ser um princípio de direito de família, também é um princípio constitucional de grande importância.

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta a relevância da diferença para a existência do sujeito pra viver em sociedade:

“A partir da diferença, da alteridade, que se tora possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano.”⁴².

A diferença é, portanto, fundamental para a existência de direitos. Não se concebe o direito de família moderno sem o devido respeito a igualdade, a afetividade, a mínima intervenção do estado, a isonomia, ao respeito às diferenças e à autonomia privada.

O mesmo autor ainda explica que:

A aplicabilidade do princípio da mínima intervenção estatal vincula-se à questão da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, a tornou-se, na contemporaneidade, uma das questões

⁴¹ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Art. 3º, incisos de I a IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo horizonte: Del Rey, 2006. p. 35.

mais relevantes. Ele nos traz de volta, como se disse, a séria discussão dos limites entre o público e o privado⁴³.

Sendo assim, o caminho destes direitos seguem em direção à priorização do direito da personalidade à intimidade e o respeito as escolhas individuais de cada ser humano, devendo o Estado então tutelar adequadamente as necessidades sociais e jurídicas inerentes ao advento da realidade moderna. Isso tem acontecido em razão das inúmeras conquistas alcançadas e partir de resoluções, jurisprudências e projetos de lei neste sentido.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo horizonte: Del Rey, 2006.p. 154.

2 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A afetividade é o alicerce das relações de família. Hoje em dia, a ciência e a tecnologia extremamente avançadas trouxeram a possibilidade da realização da maternidade de formas diversificadas, a ponto de não mais se fazer necessária à participação efetiva na relação sexual para que seja reconhecida a alguém a condição de ser pai ou mãe. Atualmente, por motivos variados, muitas pessoas acabam adotando este tipo de procedimento.

Sabe-se que o Direito para ser eficaz deve amparar as transformações sociais trazidas pelo desenvolvimento tecnológico descrito anteriormente. Mostra-se então necessária a análise de como o sistema jurídico brasileiro trata esse tipo de questão além dos desafios relacionados a institutos basilares do direito de família, tais como maternidade, paternidade, filiação e responsabilidade parental. A crescente evolução das novas tecnologias não foi acompanhada pelo direito pátrio, não tendo portanto previsão legal para este procedimento. A solução para os conflitos decorrentes do uso desse tipo de técnica de reprodução artificial é tratado mediante analogia aos princípios gerais do direito e sob orientação de algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Técnicas inovadoras de reprodução humana assistida são muito mais utilizadas atualmente, bastando à vontade de ter um filho e buscar os meios para realizá-la. Além disso, o procedimento da gestação de substituição também é chamado de barriga solidária, mais conhecida ainda como “barriga de aluguel” e até como útero solidário, são utilizadas a partir do estabelecimento de diversas normas dispostas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) para tornar possível tal prática. Ademais, é expressamente proibida a contraprestação financeira nestes casos, e por isso é considerado equivocado o termo aluguel, sendo este procedimento válido apenas com caráter solidário de fato⁴⁴.

Tycho Brahe Fernandes, ao tratar deste assunto esclarece que:

⁴⁴ MENDES, Cristine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em 30 jan. 2013.

As técnicas de reprodução assistida são avanços biotecnológicos que tanto permitem contornar os problemas de esterilidade quanto solucionar alguns de infertilidade.⁴⁵

Não há um posicionamento rígido entre os autores que traga o conceito de reprodução assistida de forma única. Alguns podem explorar mais o conceito técnico, outros trazem mais o lado humano e social, evidenciando a necessidade e a realização dos casais em terem filhos.

A gestação por substituição consiste em uma técnica de reprodução humana artificial na qual existe uma colaboração de um terceiro para a realização da gestação, chamada de mãe substituta, respeitando as normas regidas pelo Conselho Federal de Medicina. É a mulher fértil que empresta seu útero para de submeter à inseminação artificial em benefício de outrem e após a realização do procedimento esta deve se comprometer a entregar a criança ao casal solicitante após o parto. Sua função principal é concretizar o desejo da constituição familiar que por algum motivo não pôde ser realizável. O procedimento técnico é de fácil compreensão: o embrião produzido é fruto da união de espermatozoides e do óvulo implantado em um útero “emprestado”. A gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental.

Este tema é muito delicado, pois envolve questões que se embaralham no tocante à medicina, à ética, ao direito, à cultura e à religião. Sendo assim, é um tema divisor de opiniões, mas a maioria dos estudiosos e doutrinadores apoiam a regulamentação para que esta alcance as demandas atuais da sociedade.⁴⁶

Mais conhecida inadequadamente como “barriga de aluguel”, este método é alcançado através de procedimento artificial, sendo a fertilização in vitro a técnica mais utilizada. Essa consiste no material genético proveniente do casal pretendente e o gameta resultante é então transferido para o útero daquela que irá gestacionar em favor do casal interessado. As denominações que se referem ao termo aluguel são erroneamente utilizadas, isso porque a Constituição Federal de 1988 dispõe

⁴⁵ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** aspectos do direito de família e do direito das sucessões. p.52.

⁴⁶ REINERT, Jessiê. **Aspectos Jurídicos da Maternidade Substituta no Brasil: A sub-rogação de Útero.** Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jessie%20Reinert.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2014.

sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, as respectivas disposições devem ser a título gratuito, de acordo com o artigo 199, §4º da Constituição Federal, sob os seguintes termos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.⁴⁷.

É importante ressaltar que os Conselhos Regional e Federal de Medicina operam como fiscalizador e normatizador da atividade médica especialmente na defesa da saúde e dos interesses da classe médica, ou seja, as resoluções constituídas por estes órgãos são normas de caráter principalmente ético, de forma a evitar problemas futuros graves e que não tenham sido previamente ponderados.

Devido à crescente procura e ao avanço das técnicas de reprodução assistida, aumentou também a urgência de normas legais que a regulem no Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo que esta legislação é extremamente variada de país para país. Diante da ausência de regulamentação específica sobre a gestação por substituição, o tema é geralmente solucionado através da jurisprudência e aplicação de princípios relacionados às técnicas de procriação artificial, além dos princípios constitucionais fundamentais essenciais ao caso. Processos assim correm em segredo de justiça, por isso os Tribunais de Justiça dos estados disponibilizam através de seus sites a publicação de notícias e resoluções de conflitos sobre questões semelhantes aos casos de filiação advinda da gestação por substituição⁴⁸.

⁴⁷ BRASIL. **Art. 199, Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02.Out.2014.

⁴⁸ RODRIGUES, Denise D.M. **Maternidade de Substituição**: aspectos éticos e jurídicos. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em 25 maio. 2014.

2.1 Natureza jurídica

A natureza jurídica da gestação de substituição é polêmica. Atualmente, na Índia e nos EUA a técnica é aceita e realizada por meio de Contrato de Gestação, no qual a mãe substituta é obrigada a entregar o bebê aos pais que idealizaram o projeto parental, logo após o parto, seguindo as normas reguladas por resoluções do Conselho Federal de Medicina, que prevê a possibilidade da realização deste contrato anteriormente ao “negócio jurídico”⁴⁹.

A possibilidade contratual é amplamente discutida e criticada, tendo em vista a constituição de ameaça à dignidade humana, pois a criança antes mesmo de ter nascido já é considerada pessoa em desenvolvimento, não podendo pessoa ser objeto de um contrato, pois já são possuem direitos que devem ser respeitados. Outrossim, a principal questão gira em torno da renúncia jurídica de ser mãe daquela que se dispõe a ser substituta, e se for casada, a presunção de renúncia jurídica do marido, sendo esse direito de ambos indisponíveis e já que fica presumida a paternidade deste sobre a criança nascida de sua esposa. No entanto, as normas éticas expostas nas resoluções do Conselho Federal de Medicina também preveem esse aspecto, devendo ser acordado antes o consentimento entre as partes, inclusive do companheiro ou do marido da mãe substitutiva, caso esta queira de fato realizar o procedimento.

Ademais, existem hipóteses que deixam obscuras as intenções e condições que não são previstas ou definidas no contrato, em relação às adversidades que podem acontecer, como por exemplo, a criança nascer com algum tipo de deficiência ou doença que não era esperada, uma vez que os pais desejaram uma criança perfeita, bem como com quem esta deverá ficar quando da ocorrência destes casos.

A gestação de substituição é comparada à adoção pelo caráter socioafetivo e diverso da gestação natural. São institutos semelhantes, pois nestes o vínculo do afeto e do desejo de constituir a família como projeto de realização pessoal,

⁴⁹ Revista Veja. **A barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido.** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml>. Acesso em: 18 set. 2014.

caminham juntos. E são diferentes ao mesmo tempo, pois no primeiro o interesse principal é a busca da satisfação do casal impossibilitado por algum motivo e no segundo privilegia-se junto com tal momento o melhor interesse da criança.

2.2 Reprodução humana assistida

Com o advento da Reprodução Humana Assistida, homens e mulheres passam a ter controle sobre a procriação, podendo decidir assim se querem ou não ter filhos, o momento em que os quer gerar, a quantidade que deseja, dentre outras coisas que a tecnologia e a ciência alcançam dia após dia. Em resumo, é a intervenção do homem no processo de procriação natural. Vinculado a isso, surge a Bioética, que consiste no estudo ordenado das ciências da vida e da saúde, e constrói consenso quantos aos limites da prática médica e científica.

A Bioética é conceituada por José Roque Junges da seguinte maneira:

A Bioética é uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentados. Trata-se, portanto, de um ramo específico da filosofia moral com características próprias.⁵⁰

Dessa forma então, é este instituto que faz críticas aos interesses no uso da medicina para conseguir atendimento e soluções eficazes referentes à saúde, à vida, e à morte do ser humano.

O procedimento da reprodução humana assistida chegou ao Brasil em 1984⁵¹ e consiste em um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados e clínicas autorizadas pelos respectivos conselhos regionais de medicina, que tem como objetivo precípua viabilizar a gestação em mulheres que tenham dificuldades

⁵⁰ JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p.10.

⁵¹ GUIA DO BEBE. **Reprodução humana assistida: três décadas de evolução**. Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/reproducao-humana-assistida-tres-decadas-de-evolucao/>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

para engravidar ou que solidariamente se dispõem a gestar um filho pra outra família. Além disso, é uma conquista da Medicina, pois permite que casais inférteis possam gerar filhos biológicos próprios. Os médicos apontam que somente 30 a 40% dos casais que tentam esta técnica conseguem sucesso. É importante considerar que este procedimento é capaz de melhorar relacionamentos e a aquisição dos mesmos direitos de um filho advindo de concepção própria alcançam também o ser humano gerado por tal técnica. Existe inclusive o site da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida onde estão cadastradas as clínicas especializadas da medicina reprodutiva.

O desejo de ter filhos é inerente à natureza humana, no entanto, quando este torna-se frustrado, não sendo possível de ser realizado naturalmente, recorre-se à procriação medicamente assistida⁵².

Atualmente, existem diferentes técnicas de Reprodução Humana disponíveis para diversos tipos de esterilidades. Inclusive nos casos em que o útero não tem condições de gerar a criança, pode-se então recorrer a maternidade de substituição⁵³.

A Reprodução Humana está condicionada a existência de células sexuais ou germinativas (gametas) femininas e masculinas, as quais são denominadas, óvulos e espermatozoides, respectivamente. A fertilização é uma complexa sequência de eventos moleculares coordenados que se inicia com o contato entre um espermatozoide e um ovócito e termina com a mistura dos cromossomos maternos e paternos formando, assim, o zigoto. Este processo leva torno de 24 horas pra se realizar.

A Resolução nº 1358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina determina as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida⁵⁴. Esta estabelece que a maternidade substitutiva pode ser utilizada desde que exista um

⁵² LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.146.

⁵³ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2005. p.20.

⁵⁴ Portal Médico. **Resolução CFM 1358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

problema médico que impeça ou contra indique a gestação na doadora genética, não podendo ter caráter lucrativo ou comercial a doação temporária do útero.

2.1.1. Das principais espécies

Apresentam-se aqui as variantes técnicas de reprodução assistida que podem ser realizadas, dividindo-se em inseminação artificial, inseminação homóloga e inseminação heteróloga. Estes topos de fecundação ocorrem dentro do corpo da mulher. Importante ressaltar o respeito à dignidade da pessoa humana em qualquer intervenção científica, principalmente neste campo, de maneira essencial.

A Inseminação artificial é a espécie mais antiga, comum e simples dentre as que existem. Consiste na união do espermatozoide ao óvulo da mulher por meios diferentes ao procedimento natural, no período em que esta esteja ovulando, ou seja, em seu período fértil, para a simplificação da união dos gametas para a formação do embrião. O período entre o início do tratamento e a confirmação ou não da gravidez dura em média um mês⁵⁵. Este método é normalmente indicado para casais com alguma leve alteração nos espermatozoides, para casos de alteração no útero, ou mesmo quando não há uma razão aparente para a infertilidade. Também pode ser realizada com espermatozoides doados, nos casos em que o parceiro da mulher não os possui no seu sêmen, ou nos casos de casais homoafetivos. É necessário que o médico tenha especialização em medicina reprodutiva.

a) Inseminação Artificial Homóloga

É assim denominada quando os gametas utilizados na reprodução assistida sejam do próprio casal. Aqui, o material genético pertence ao casal interessado, pressupondo que a mulher seja casada ou mantenha união estável. É geralmente utilizada em situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio de ato sexual⁵⁶. Nestes e nos casos a seguir não há margem

⁵⁵ MINHA VIDA. **Família, tudo sobre inseminação artificial o método mais antigo de fertilização.** Disponível em: <<http://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre-inseminacao-artificial-o-metodo-mais-antigo-de-fertilizacao>>. Acesso em: 07 mai.2014

⁵⁶ ANDROLAB. Disponível em: <<http://www.androlab.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

de dúvidas quanto a maternidade ou paternidade, havendo então uma conciliação entre a filiação biológica e a afetiva. No entanto, a legislação não abrange a este tipo de reprodução no tocante a ausência da convivência, do casamento e nem dos casos de casais homoafetivos, fato este que já é regulado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13.

Quando realizado o procedimento da gestação por substituição homóloga, ou seja, com o fornecimento do material genético de quem projetou a família para a mãe substituta, torna-se duvidosa questão da filiação da criança gerada. A filiação materna estabelecida pelo parto não é justificativa apropriada, pois a mãe substituta quando aceita participar e realizar o procedimento não tem a intenção de assumir a maternidade, mesmo que esteja ligada diretamente ao processo de gestação, e sim de assistenciar o sonho da família solicitante.

Portanto, esse tipo de procedimento provoca a prevalência do critério biológico como determinante da maternidade e da paternidade.

b) Inseminação Artificial Heteróloga

É nomeada assim nos casos em que um ou ambos os gametas sejam obtidos a partir doadores anônimos⁵⁷. É um procedimento mais complexo, tendo em vista que envolve a participação de um terceiro na relação que pode ser doador total ou parcialmente do material genético. Assim, o consentimento do casal é necessário, pois o resultado desta gestação será a concepção de uma criança que não possuirá o material genético de um ou de ambos os solicitantes do procedimento de reprodução humana.

Aqui, entende-se que o vínculo de filiação é decorrente e determinado pela vontade procriante, ou seja, a real manifestação de vontade no sentido de querer a criança, pelo caráter socioafetividade, que será gerada mediante a utilização de qualquer técnica de reprodução artificial.

O princípio da afetividade nas relações de família atuais gera uma dimensão de valor muito importante, pois a intenção de ser pai ou mãe trazem por si só uma responsabilidade de amor, desejo e afeto que possibilitam a determinação do

⁵⁷ GHENTE. **Reprodução**. Disponível em: <<http://www.ghente.org/reproducao/>>. Acesso em 30 abr. 2014.

verdadeiro vínculo entre os pais e seus filhos. Neste caso, o consentimento de ambos no sentido de assumir a maternidade e a paternidade da criança não poderá sofrer qualquer alteração no sentido de não quererem mais o bebê, pois este está diretamente ligado à responsabilidade para com o filho que será gerado, surgindo então desde já o estado de filiação não deve ser desconstituído, um dever jurídico de comportamento de acordo com as expectativas produzidas pela ação e preservando sempre o melhor interesse da criança, pois o casal que tanto a desejou está de criando de pronto uma relação afetiva com a mesma. Ressalta-se aqui que por vezes o critério biológico é afastado pelo critério socioafetivo.

c) Fertilização *In Vitro*

Trata-se de uma técnica capaz de reproduzir artificialmente o ambiente onde a fertilização ocorre naturalmente até que o embrião é transferido para o útero, ou seja, reproduz artificialmente o material genético do homem e da mulher num tubo de ensaio, além do ambiente próprio para que a fertilização dê certo até a transferência para o útero materno. Neste caso, o sêmen pode ser do marido ou não e o desenvolvimento se dará no útero da mulher após a transferência⁵⁸.

Existem outros diversos métodos de reprodução humana, no entanto, foram tragos aqui os mais importantes e mais utilizados atualmente.

2.3 Barriga solidária o ordenamento jurídico brasileiro

A medicina reprodutiva com o advento da tecnologia vem trazendo novas formas de constituição familiar, além das tradicionais, constituídas por homem e mulher. A primeira resolução do Conselho Federal de Medicina a tratar das técnicas de reprodução assistida foi a Resolução nº 1.358/1992⁵⁹.

⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995. p.41.

⁵⁹ PORTAL MÉDICO. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 25 set. 2014.

A gestação de substituição assegura a certas famílias o direito a ter um filho, que nos casos de infertilidade ou impossibilidade não podem ser concebidos de forma natural, e nos casos de casais homossexuais do sexo masculino buscam uma mulher que possa realizar essa reprodução de acordo com algumas situações, determinadas pelo Conselho Federal de Medicina desde 2010⁶⁰, que são:

- 1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
- 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

E é justamente por essa segunda situação acima demonstrada que a chamada “barriga de aluguel” é definida como proibida no Brasil, uma vez que não pode haver de forma alguma qualquer característica de lucro ou comércio, chamada então corretamente como gestação de substituição ou barriga solidária, sendo estes então procedimentos admitidos no país. Não há legislação específica no Brasil a esse respeito, o que existe são as resoluções do Conselho Federal de Medicina. A Resolução nº 1957/2010 diz que a gestação em outro útero deve ser um ato de doação. Mesmo assim, a realidade é que existem mulheres que vendem a barriga pela internet para gestacionar uma criança para outras pessoas e famílias em troca de dinheiro. Trata-se de um comércio valioso e tentador, tendo em vista que as pessoas que desejam a procriação se submetem a qualquer custo para realizar este sonho. As situações vão além do campo ético, em virtude do sentimento pelo recém nascido. Um caso desse tipo chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que determinou que a criança deveria ficar com o pai que fez o registro legal, que alugou a barriga de uma mulher para tê-la.

No Brasil não há legislação específica que disponha sobre a gestação de substituição. Há 11 anos tramita um projeto de lei no Congresso Nacional que trata sobre a reprodução assistida e proíbe a negociação comercial. O tema é divisor de opiniões entre os juristas. De um lado estão aqueles que defendem que se não há a existência de leis, não há crime, de outro, estão os que se baseiam na lei de

⁶⁰ PORTAL MÉDICO. **Resolução CFM nº 1.957/2010.** A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM1957_2010>. Acesso em: 06 jun. 2014.

transplantes, que proíbe a comercialização de qualquer parte do corpo humano. Nesses casos há inclusive previsão de sanção penal, onde as penas variam de 3 a 8 anos de reclusão para todos os envolvidos.

As clínicas, serviços, e centros de reprodução humana podem usar as técnicas e inovações descobertas de reprodução assistida para criarem esse tipo de procedimento nos casos em que de fato exista um problema médico ou genético que impeça ou contraindique a gestação ou nos casos de união homoafetiva, desde que haja ao menos uma destas situações descritas e determinadas pelo Conselho Federal de Medicina⁶¹. Existem várias resoluções deste órgão que abordam o assunto, dentre elas a de nº 1.957, de 2010, que estabelece essas regras para utilização destas técnicas de medicina avançada, produzindo efeitos sobre os médicos e as clínicas.

Apesar de a Constituição do Brasil estabelecer que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e que o Estado deve proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito para aqueles que não conseguem atingir a procriação (art. 226, §7º, Constituição Federal), não há legislação especial destinada a estabelecer os pressupostos requisitos para a utilização do procedimento da reprodução assistida. O que existe de mais moderno é a Resolução nº2. 013/13 do Conselho Federal de Medicina⁶², que revogou àquela citada anteriormente, e regulamenta as normas éticas e técnicas do método. Além disso, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, regulamentou questões referentes a possibilidade e a regulamentação das inseminações homóloga e heteróloga. A doadora temporária deve obrigatoriamente pertencer à família da doadora ou o doador genético, até o quarto grau de parentesco consanguíneo, podendo ser então a mãe, a irmã, a tia e a prima de um dos parceiros, no intuito de evitar o comércio e/ou lucro, respeitando a idade limite de 50 anos. Se não houver este vínculo, o procedimento só será realizado mediante a autorização do Conselho Regional de Medicina. A resolução dispõe ainda de outras regras que devem ser seguidas, dentre elas a realização de

⁶¹ INVIDA. **Barriga solidária**. Disponível em <http://invida.med.br/barriga-solidaria> Acesso em: 12 mai.2014.

⁶² PORTAL MÉDICO. **Resolução CFM nº 2.013/13**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 out .2014.

um contrato entre a doadora temporária do útero e os pais genéticos, estabelecendo claramente a questão da filiação e garantindo aos pais biológicos o registro civil da criança.

A Lei Portuguesa nº32, de 26 de julho de 2006, trata da Procriação Medicamente Assistida, a respeito da maternidade de substituição em seu art. 8º, dispondo que: “Entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

A maternidade substitutiva consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado, quando a gravidez apresenta um risco para a mãe, ou para constituição de família por casais homoafetivos.

O processo de doação temporária do útero, por levantar questionamentos religiosos, éticos e econômicos, vem sendo muito retratado e repercutido no meio social, principalmente em novelas da televisão brasileira. Devido ao grande interesse das mulheres, muitos cientistas e especialistas da área estão investindo cada vez mais na probabilidade deste método ser alcançado com sucesso. Trata-se este de um gesto muito nobre, onde uma pessoa se disponibiliza a gerar uma criança para satisfazer o desejo de outra.

A ausência de previsão legal quanto ao tema torna o mesmo ainda mais complexo, tendo em vista que esta técnica acontece e que existe a necessidade de regulamentação desse tipo de conduta, tal qual os efeitos jurídicos que ela causa, como o conflito da filiação, por exemplo.

Um caso prático ocorreu com um casal de Campo Grande-MS, que conseguiu na Justiça de Rio Preto o direito de ter o filho gerado no útero de uma parente (a irmã as esposa no caso), e esse receber o nome dos pais biológicos no momento do nascimento, mediante um pedido realizado na justiça. Caso estes não tivessem pedido à Justiça, o bebê assim que nascesse seria registrado com o nome de quem o gestou. Como não há legislação específica quanto a estes casos de barriga solidária, o bebê recebe o nome da parturiente, e depois é necessário pedir em

cartório a retificação da certidão, um procedimento burocrático e demorado. O casal do caso em tela não quis passar por tal processo e pediu na justiça o direito de registrar a criança logo após o nascimento. O pedido foi aceito em 10 dias pelo Juiz da Segunda Vara de Família e Sucessões de Rio Preto, sendo a decisão baseada quanto ao encontro dos interesses superiores do nascituro, o respeito ao princípio da dignidade humana e em conformidade com a evolução do direito de família. A técnica utilizada no caso foi a de fertilização *in vitro*, que consiste nos óvulos e os espermatozoides doados pelos pais, e o embrião implantado no útero da irmã ⁶³. Outros casos ⁶⁴ também estão noticiados publicamente via internet a respeito deste assunto.

2.4 Situação internacional da “barriga de aluguel”

A ocorrência da barriga de aluguel no âmbito internacional é um tanto diferente do sistema adotado pelo Brasil. Grande parte dos países é desfavorável à técnica de reprodução humana por gestação de substituição em virtude dos conflitos causados por este tipo de procedimento, em termos de filiação, licitude, entre outras questões. Em países como a Índia, por exemplo, a prática do comércio da gestação de substituição é legal desde 2002. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, em algum de seus estados como na Flórida e na Califórnia, a prática também é permitida mediante o aspecto lucrativo, podendo ser remunerada⁶⁵. O negócio assumiu uma proporção tão grande que por lá se fala em “turismo da medicina reprodutiva”.

Tal dimensão se deu na Índia a partir da legalização do procedimento em 2002 e também em função do baixo preço do aluguel dessas barrigas, como forma de aumentar o orçamento doméstico, tendo em vista as dificuldades que muitas famílias

⁶³ JUSBRASIL. **Criança de barriga de aluguel terá nome dos pais**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/136955922/ms-crianca-de-barriga-de-aluguel-tera-nome-dos-pais>>. Acesso em: 03 out. 2014.

⁶⁴ Caso de gestação de substituição proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2013. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/66581/juiza+autoriza+registro+civil+de+crianca+gerada+em+barriga+de+aluguel.shtml>>. Acesso em: 01 set. 2014.

⁶⁵ REVISTA VEJA. **A prática da barriga de aluguel**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml>. Acesso em: 13 maio. 2014.

dessa região passam financeiramente. É realizada licitamente por meio de um Contrato de Gestação.

A Austrália, França, Espanha Itália, Portugal e Alemanha são países que não permitem nem a barriga de aluguel e por vezes nem mesmo a solidária, dependendo do caso concreto, pois adotam a presunção de que a mãe da criança é aquela que deu à luz, não sendo possível renunciar este direito. No Brasil, como dito neste capítulo, a barriga solidária é permitida, salvo em alguns casos, e a barriga de aluguel, que visa ganho financeiro lucrativo é expressamente proibida pelo Conselho Federal de Medicina, sendo permitida apenas sob o caráter solidário⁶⁶.

2.5 Projetos de lei sobre a reprodução humana assistida

Não existe legislação brasileira específica que regule a Reprodução Humana Assistida. O que rege esse procedimento são as resoluções do Conselho Federal de Medicina que disciplinam a utilização desse tipo de técnica a partir de normas éticas dos profissionais da área médica. A resolução dispõe sobre princípios básicos que devem nortear a utilização de tais técnicas, dando ênfase ao Consentimento Informado das partes envolvidas, bem como proibindo a fecundação com outra finalidade que não a procriação humana. Destaca-se a seguir os projetos de lei mais relevantes a respeito do assunto disposto até aqui.

O Projeto de Lei nº 1.151/95, proposto por Marta Suplicy, apresentado em 26 de outubro de 1995 disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências⁶⁷. É um projeto bem anterior a decisão do STF de 2011 que regulamentou o assunto.

⁶⁶ HUMANA SAÚDE. **Compra de gestações está crescendo no país**. Disponível em: <http://www.humanasaude.com.br/novo/materias/2/compra-de-gesta-es-est-crescendo-no-pa-s_15202>.html Acesso em: 03 out. 2014.

⁶⁷ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1.151/95, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 02 out. 2014.

Em 2011, o Projeto de Lei nº 5.252/01, proposto por Roberto Jefferson, apresentado em 29 de agosto de 2001 cria a disciplina do Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências⁶⁸. Trata-se de um projeto de interesse importante, levando em consideração a necessidade dos limites que devem cercar o pacto solidário entre as pessoas, expondo sobre o objeto deste, entre outras questões.

Já em 2003, surgiu o Projeto de Lei nº1.184/03, proposto por Lucio Alcantara, membro do Senado Federal do período, apresentado em 03 de junho de 2003 que dispõe sobre a reprodução assistida⁶⁹. Consiste num projeto de Lei que caminha contra todas as conquistas alcançadas até agora, vedando a barriga solidária tanto para casais heterossexuais quanto homoafetivos, criando um universo de pessoas excluídas do direito de exercerem o seu direito à maternidade ou à paternidade. Compõem-se de vinte e sete artigos, sendo que o art. 3º veda a gestação por substituição, contrapondo todos os aspectos apresentados até aqui.

Por ter sido apresentado em 2003, é considerado superado mediante à realidade moderna. Ademais, a Resolução do Conselho Federal de Medicina de 2013 que disciplina e autoriza tanto a reprodução humana assistida, quanto o procedimento desta por família homoafetivas, são mais atuais e dispõem de forma mais evidente as vedações e as possibilidades do uso e da necessidade desse tipo de biotecnologia.

⁶⁸ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 5.252/01, que cria a disciplina do Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=32823>>. Acesso em: 01 out. 2014.

⁶⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº1.184/03, que define normas para realização de inseminação artificial e fertilização “in vitro”; proibindo a gestação de substituição e os experimentos de clonagem radical**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 03 out. 2014.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENTRE PARES HOMOAFETIVOS

As relações e situações vinculadas à ciência e ao direito são cada vez mais comuns, tendo em vista que uma lida com a vida e a outra com o ordenamento, ambos institutos associados diretamente. Com relação a isso a chamada gestação de substituição se tornou uma maneira de reprodução acessível a casais tanto heteroafetivos quanto homoafetivos. Este método que tem por finalidade ampliar as possibilidades da constituição concreta e completa de família a partir destes meios.

Sabe-se que um casal homossexual, tanto feminino quanto masculino, é naturalmente infértil. No entanto, nada impede que estes recorram ao método natural de reprodução, pois o casal é infértil, mas os indivíduos, em si, não.

Porém, esse tipo de situação não é tão simples quanto parece, já que existem outros tipos de conflitos existentes por conta da ausência de legislação, normas e/ou dispositivos legais, gerando embates entre os campos jurídico, filosófico e sociológico.

A Resolução Conselho Federal de Medicina Nº 2.013/13 é a mais atual e abrange as normas éticas para o uso das técnicas de reprodução assistida a ser seguido pelos médicos. Esta aponta a função, as possibilidades, vedações e permissões para a utilização desta técnica⁷⁰. Esta permite a utilização da técnica para pessoas solteiras e casais homoafetivos, por força das decisões do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu e rotulou a união estável homoafetiva como entidade familiar. Não possui poder de Lei, é apenas um parâmetro a ser seguido.

Não é de hoje que tais procedimentos são procurados e até mesmo realizados. Porém por vezes torna-se necessário o enfrentamento do processo judicial, em casos como reconhecimento da filiação. Diversas dúvidas são impostas nesse ramo, já que não existe nenhum tipo de instrumento normativo favorável ou desfavorável, causando assim tamanha insegurança jurídica.

Todo este conteúdo é carregado de conotação moral sofrendo ainda influência do campo religioso, especialmente no Congresso Nacional, que trata o assunto na

⁷⁰ PORTAL CMF. **Resolução 2013/2013**. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/2013.2013.pdf>>. Acesso em: 29 maio. 2014.

esfera das infrações morais e religiosas. Essas questões ligam-se diretamente ao que se refere à problemática da justiça, ao que é justo e pra quem é justo. É importante frisar que novos aspectos compõem a família contemporânea, baseando-se no princípio da pluralidade das formas destas famílias que hoje se formam a partir de novos moldes, que fogem ao padrão tido e vivido até aqui. A vida é cheia de surpresas e deve contemplar e resguardar tudo aquilo que for bom e importante, individualmente ou coletivamente.

Portanto, a felicidade e as realizações advindas desta, deverão ser sempre levadas em consideração. Não se pode passar por cima do direito alheio sob hipótese alguma, e é exatamente essa a função primordial do direito, da limitação do seu direito para não interferir no do outro. E mais, deve-se sempre lutar e reivindicar mudanças, principalmente as que alcançam grande número de pessoas, como já é o caso da homossexualidade nos dias de hoje. É um fato consumado e que não deve ser deixado de lado, muito pelo contrário, já que todas as conquistas adquiridas até hoje foram alastradas em função da persistência e força da coletividade.

O Garantismo Jurídico, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, tem o Estado de Direito como um luxo político jurídico limitado pelo Direito. Funciona como um sistema de garantias que transcorre a Constituição e se apresenta como mecanismo de limitação dos poderes da Administração pública. Logo, os poderes, sejam públicos ou privados, ficam funcionalizados aos direitos fundamentais⁷¹. Estes direitos não são negociáveis e nem transferíveis, e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições de identidade de cada pessoa e/ou cidadão. Para ele, os direitos fundamentais são os quais todos são titulares enquanto pessoas naturais, ou enquanto cidadãos, ou, quando se trata de direitos potestativos, enquanto capazes de agir, ou enquanto cidadão capazes de agir⁷².

O direito de liberdade é concebido como a possibilidade que cada pessoa tem de realizar tudo o que não prejudique o outro, sendo obrigatório que as restrições a esse direito estejam determinadas apenas por lei. No que tange as relações homoafetivas, não existe nenhuma limitação ou proibição jurídica estabelecida, e

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado cconstitucional do direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade**. Revista do Ministério Público, 1996, p.10-11.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: teoria Del diritto r della democrazia**, v, l.p. 743, tradução livre do italiano. Por “capacidade de agir” pode-se compreender, conforme a interpretação das construções feitas por Ferrajoli, a capacidade de fato da pessoa natural.

essa é a fundamentação mais adequada para a validade e eficácia dos direitos fundamentais nestes casos. Não há violação a nenhuma norma constitucional no fato de que as uniões e os casamentos homoafetivos existem. O que permanece realmente é o preconceito e a dificuldade de aceitação de que com o advir do tempo a sociedade passa transformações necessárias, e também por situações que fogem de um determinado padrão.

A decisão do STF, de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1273 do Código Civil abre caminho para a efetivação do casamento homoafetivo. Esta constatação reforça ainda mais a necessidade de que a Constituição Federal contemple expressamente o direito à liberdade, privacidade e preferência de orientação sexual e assim seja regulamentada criminalização das condutas homofóbicas. A argumentação mais crível para estes casos é a de que ninguém pode ter seus direitos diminuídos ou sofrer qualquer tipo de discriminação em função de preferência sexual.

O Estado e a sociedade possuem o dever de proporcionar garantias, do pleno exercício da cidadania, da igualdade de oportunidades e o direito de participar das atividades da comunidade, especialmente as de natureza política, econômica, empresarial, educacional, cultural e esportiva. Os principais direitos fundamentais que costumam ser infringidos são: a dignidade humana, a igualdade e respeito à diferença, o direito à livre orientação sexual, o reconhecimento da personalidade de acordo com a identidade de gênero, direito à convivência comunitária familiar, liberdade de constituição de família e de vínculos parentais, respeito à intimidade, à privacidade, a autodeterminação e o direito fundamental à felicidade.

Devido a alta complexidade destes procedimentos da medicina avançada nas esferas jurídica e social, são necessários alguns cuidados especiais no aspecto médico e legal, para que futuros transtornos possam ser evitados⁷³. O fator confiança é primordial nestes casos, visto que a responsabilidade imposta a tais situações não podem e nem devem ser confiadas a qualquer pessoa, afinal, um dos

⁷³ ZAZOU. Disponível em: <<http://www.zazou.com.br/blog/?cat=76>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

maiores problemas gerados pela gestação de substituição é a quebra do acordo feito anteriormente ao procedimento, como a recusa da gestadora em entregar a criança à mãe ou ao casal titular do projeto procriativo por qualquer motivo, principalmente por afeto, ou mesmo quando após a gravidez, em virtude de doenças ou algo do tipo essas pessoas também não aceitam mais receber a criança.

Os casos de casais homossexuais geralmente são ou devem ser analisados judicialmente e só podem ocorrer com autorização do Conselho Regional de Medicina, já que ambos só possuem espermatozoides ou óvulos faz-se necessária a doação de material genético – que exige o anonimato do doador.

Enfim, de tudo isso, é perceptível que a maior problemática encarada neste tema é a ausência de legislação, afinal a legislação é o conjunto de leis que normatizam as relações entre as pessoas através dos direitos e deveres, assegurando a soberania da justiça para todos, de modo com que todas possam se respeitar, apesar das diferenças do dia-a-dia e sem interferir no livre arbítrio relativamente limitado do outro.

3.1 Útero solidário para casais homoafetivos

As dificuldades encontradas aqui, principalmente quanto à delimitação da maternidade e da paternidade advindas das inovações tecnológicas são inúmeras, pois esbarram no silêncio do sistema jurídico nacional que ainda não se conscientizou a respeito da necessidade da delimitação de normas que disponham sobre as práticas relacionadas à Reprodução Assistida.

Conforme abordado no capítulo anterior, o Conselho Federal de Medicina na recente Resolução nº 2.013/13, admite a barriga solidária para casais homoafetivos, sem o caráter lucrativo e sob as normas descritas nesta. Admite que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana usem as técnicas de reprodução assistida para realizarem a gestação de substituição, reforçando aqui que o procedimento se realiza desde que exista um problema médico que impeça ou

contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva, caracterizando então a utilização do procedimento do útero solidário para garantir a constituição familiar deste instituto, mediante a impossibilidade de realizar a gravidez de modo natural.

O que não foi expresso na resolução nº 1.957/2010, ficou mais evidente na resolução mais atual no que tange ao acesso desses tratamentos aos casais homoafetivos. No entanto, torna-se importante reforçar que todo e qualquer processo dessa natureza deve ser realizado em clínicas especializadas e autorizadas pelo Conselho Federal de Medicina.

A tecnologia reprodutiva criou ao direito inúmeros questionamentos, na medida em que busca respostas que ainda não estão regidas por leis ou normas vigentes. A liberdade de escolha no campo familiar é cada vez mais evidente, já que é permitido às famílias modernas o planejamento familiar. Não sendo possível por algum motivo, é viável a procura de outras alternativas para que o objetivo da maternidade ou da paternidade seja alcançado, e o útero solidário é então uma forma de concretizá-lo, a partir da gestação por substituição, principalmente para casais homoafetivos.

Por ser muito recente e complexo, o procedimento de reprodução humana por casais homoafetivos exige uma série de detalhes que são compostos por inúmeras falhas, principalmente em virtude da ausência de consenso entre as resoluções que tratam deste tema e as leis vigentes no Brasil. Devido ao tipo de infertilidade, a utilização de um útero solidário como forma de substituição é a única opção de realização pessoal para a constituição familiar desses casais, reforçando sempre que o método só é permitido de forma solidária e gratuita, além de todas as normas regidas pelas resoluções do CMF.

Procedimentalmente as pessoas envolvidas na técnica de reprodução recebem um informativo das etapas e procedimentos ao qual o tratamento será submetido. Antes de ser iniciado, estes indivíduos devem passar por uma avaliação psicológica para verificação da estabilidade emocional de cada um para encarar o método da melhor maneira possível, desde o período do amadurecimento da ideia, até a gestação e a chegada da criança nessa situação tão específica. Além disso, devem ser submetidas a termo ou uma declaração de responsabilidade que deve ser

assinada por todos, onde deverão ser explicitados os papéis que cada um exercerá, os efeitos jurídicos de filiação e de direito propriamente ditos em relação a criança, assim como o que foi acordado entre as partes que aceitaram concretizar essa forma de gestação substitutiva. Com isso, a análise da situação a vista do Poder Judiciário pode ser facilitada, bem como a determinação legal quanto aos futuros conflitos que possam ocorrer entre quem idealizou primeiramente o projeto da maternidade e a doadora temporária do útero, devendo prevalecer sempre o melhor interesse da criança, seu bem estar e conveniência⁷⁴.

Em Recife, no ano de 2012 houve uma decisão inédita no Brasil com relação ao registro de uma criança filha de um casal homossexual, que teve sua relação homoafetiva convertida em casamento civil depois que o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, pelo método de reprodução assistida com a barriga solidária da prima de um dos dois homens da relação. No caso, os dois cederam espermatozoides para serem fecundados em óvulos de um banco de doadora e utilizaram o procedimento de fertilização *in vitro*. Clécio Bezerra e Silva, juiz da 1ª Vara da Família do Recife, proferiu sentença favorável ao registro da filha do casal que planejou a constituição familiar, tendo a menina dupla paternidade, pois em sua certidão de nascimento constam os nomes de ambos os pais. Segundo o mesmo juiz, esse foi o primeiro caso no Brasil em que dois homens registraram uma criança, sendo este um marco importante e significativo no âmbito constitucional, jurídico e social na luta pelos direitos iguais entre os indivíduos, independentemente da opção sexual de cada um⁷⁵.

Ao mesmo tempo em que existem situações como estas, que representam o avanço da tecnologia quanto à reprodução humana e a mudança nos conceitos e preceitos de família, o judiciário e o legislativo são forçados a se posicionarem de acordo com tais demandas, no entanto, sem embasamento legal específico, caracterizando um atraso expressivo no tocante a reprodução assistida, ainda mais por casais homoafetivos.

⁷⁴ VIDA FERTIL. **Gestação de substituição**. Disponível em:

<<http://www.vidafertil.com.br/index.php?page=gestacao-de-substituicao>>. Acesso em: 06 out. 2014.

⁷⁵ JUSBRASIL. **Decisão inédita no Brasil. Justiça pernambucana concede registro a bebê filho de casal gay**. Disponível em: <<http://amb.jusbrasil.com.br/noticias/3041117/em-decisao-inedita-no-brasil-justica-pernambucana-concede-registro-a-bebe-filho-de-casal-gay>>. Acesso em: 14 abr. 2014

3.2 Aspectos jurídicos da maternidade substitutiva

Maria Helena Diniz expõe seu posicionamento quanto às questões decorrentes da Reprodução Assistida e a Maternidade Substitutiva:

Enfim, o que teria mais valor: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre a gestante e o feto: Mereceria o repúdio aquela que enfrentou o ônus físico e psicológico da gestação e do parto? Julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher. O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procriacional⁷⁶.

Ainda sob a mesma perspectiva, Guilherme Gama reforça esse pensamento:

Assim, diante das técnicas de reprodução humana, estamos conhecendo um novo tipo de paternidade e de maternidade, que revoluciona os princípios até então assentados pela tradição jurídica, a exigir um novo conceito ou a ampliação do já existente. Houve, pelo menos em parte, uma desbiologização da paternidade. Realmente os novos tempos estão a demonstrar a indispensabilidade de tratamento condigno ao tema paternidade-maternidade-filiação, mormente diante das técnicas de reprodução humana assistida.

A fonte geradora do vínculo parental, diante dos casos envolvendo as técnicas de reprodução medicamente assistida, deixou de ser um fato natural (o ato sexual), passando a consistir na vontade e, conseqüentemente, no consenso, a abalar o arcabouço normativo no tema da paternidade, maternidade e filiação⁷⁷.

É função do Estado impedir lesões e violações aos direitos adquiridos pelo ser humano desde o seu nascimento pela Constituição Federal. A adequação destes casos à legislação vigente visa à normatização da situação, não sendo uma lei de caráter geral, e sim mais específico para que tais questões sejam regidas por disposições mais claras possíveis. O principal efeito então é o relativo à filiação, presumidamente solucionado entre os que desejam a criança e a mãe substitutiva, mediante o contrato idealizado na resolução do Conselho Federal de Medicina,

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.496.

⁷⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. São Paulo: RT, n.776, 2000. p. 73.

sendo este o único instrumento de norma ética emanada por este órgão em virtude do silêncio tanto do âmbito civil, quanto no âmbito penal. Nem o contrato é proibido e nenhum tipo penal se aplica ao caso, pois não se está negociando um órgão, e sim gestando uma criança para outra pessoa, prática essa consciente desde o início.

Quando existem problemas quanto a esta negociação, casos assim acabam chegando à justiça para serem judicialmente solucionados. O direito de família passou por inúmeras modificações nos últimos anos. Antes o vínculo biológico era único e fundamental. No entanto, atualmente o vínculo afetivo tem um valor maior, que supera o primeiro e esse é o principal obstáculo da barriga solidária, o de não se envolver afetivamente com a criança que será gerada. Por isso, esta prática exige uma reflexão avançada. A maternidade enseja inúmeros projetos e a gestação de substituição é uma das formas de realizá-la, de acordo com o desejo pessoal. No entanto, essa questão afetiva pode complicar a situação das partes envolvidas, sendo necessária então tutela jurídica cabível no caso concreto.

Apesar de a prática poder ser comum, são raros os casos de gestação de substituição que chegam ao judiciário e que são conhecidos, devido a este ser um procedimento relativamente recente no campo da biotecnologia, em que pese à insegurança jurídica que a ausência de regulamentação a respeito do tema causa aos casais desejosos da constituição da família. Um dos princípios basilares da família atualmente é socioafetividade, que consolida o relacionamento e o afeto entre os membros da família, sendo preponderante proteger o melhor interesse da criança, valorizando o bem estar desta. Este princípio norteador que rege além destes casos os que estão relacionados também ao instituto da adoção, sendo determinante o vínculo afetivo entre pais e filhos, sendo ponto muito relevante nos casos levados a julgamento.

Os avanços científicos tecnológicos ensejam a necessidade do direito em avançar para alcançá-los, pois o desenvolvimento da realização desses procedimentos são práticas reais e precisam de regulamentação como forma de segurança jurídica. A situação que configura crime é prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 238, que consiste na entrega de filho a outrem mediante remuneração, ou seja, a venda de criança, ainda que caracterizada como simulada. Esta simulação consiste em outros meios que não o dinheiro em

espécie, como vantagens sob a forma *in natura*, como ajuda em alimentos, pagamento de aluguéis, dentre outras formas. As garantias aqui são duvidosas, pois pode não haver a possibilidade de os pais que desejaram a gestação não queiram mais ficar com a criança após o nascimento desta, bem como a mãe substitutiva possa criar um vínculo com a criança e não querer entregá-la ⁷⁸.

Quando esta técnica é analisada sob o aspecto da validade jurídica de um contrato de gestação, é importante ressaltar questões e argumentos favoráveis ou contrários a tal demanda. A partir do momento em que as pessoas são submetidas a esta técnica de reprodução humana, até que ponto a doadora está se comprometendo basicamente com a realização de sonhos e planos em favor de outrem e até aonde a criança que será gerada se torna um objeto contratual, lícito ou não.

Existe uma vertente contrária que argumenta a respeito da coisificação da pessoa, no caso da criança, quando esta é objeto contratual entre as pessoas envolvidas no procedimento, e até a recusa dos contratantes quanto a algum ponto mal esclarecido que não estava precipuamente acordado entre as partes, como a criança ser portadora de algum problema físico ou mental, por exemplo. No entanto, torna-se necessária a fixação de requisitos para a validade do ato, da prática, inclusive para fins de responsabilidade civil das partes, já que é fatídica a existência desse tipo de prática, para que sejam evitados eventuais problemas que possam surgir sem que estejam baseadas em algo ⁷⁹.

Analisando o caso real, um casal homoafetivo obteve autorização judicial para registrar o filho apenas com os nomes dos pais, sendo este o resultado de inseminação artificial, onde a irmã de um dos companheiros que cedeu o útero e o óvulo para a gestação, abrindo mão do poder familiar para atender ao pedido do irmão de concretizar sua família. O juiz Cláudio Broering considerou em sua decisão no caso houve a gestação por substituição de acordo com os requisitos necessários de acordo com a Resolução n.º 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que

⁷⁸ CASTRO, Carolina Corletto de. **Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 20 jun. 2014.

⁷⁹ DIREITO NET. **Gestação por substituição - A ciência em busca do homem**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2106/Gestacao-por-substituicao-A-ciencia-em-busca-do-homem>>. Acesso em: 25 jun. 2014

aprova a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, sendo a cedente parente de até quarto grau, esclarecendo que a exigência de assinatura de termo de consentimento entre os envolvidos foi cumprido, além do contrato estabelecendo claramente a questão da filiação da criança após o seu nascimento, bem como a garantia de seu registro civil pelo casal ⁸⁰.

Sendo assim, caracterizada está a problemática em questão, sobre até que ponto o direito de família, a jurisprudência, o poder judiciário, o contrato, a vontade das partes, os princípios constitucionais, a gestação de substituição, as resoluções normativas pelo Conselho Federal de Medicina são consideradas válidas, respeitam e garantem o fim, desejado ou não, do advento dessas novidades científicas tecnológicas e jurídicas.

⁸⁰ JUSBRASIL. **Bebê será registrado com nomes de dois pais em caso de gestação por substituição**. Disponível em: <<http://carta-forense.jusbrasil.com.br/noticias/130187733/bebe-sera-registrado-com-nomes-de-dois-pais-em-caso-de-gestacao-por-substituicao>>. Acesso em 21 ago. 2014

CONCLUSÃO

O tema abordado é atual e seu estudo é relevante, tendo em vista que o progresso da tecnologia e da ciência acontece de modo tão rápido e inovador que o que era considerado impossível ontem, hoje já pode se tornar realidade com certa facilidade, atribuindo assim ao Ordenamento Jurídico presteza quanto ao progresso neste âmbito para regulamentar tais mudanças. O avanço da medicina reprodutiva traz um novo desafio para os diversos ramos das ciências jurídicas.

Até o advento da Constituição de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia *status familiae* àqueles agrupamentos originados do matrimônio, tendo este caráter indissolúvel. Com o passar do tempo, essa característica foi superada, tendo em vista a vontade dos indivíduos que buscam constantemente suas realizações.

A família é o principal ambiente social constituinte da personalidade humana. Sendo assim, o grupo familiar tem sua função social e é determinado de acordo com as necessidades sociais, devendo garantir primordialmente o afeto, a educação, a dignidade individual, os valores morais e culturais de todos os seus membros, bem como os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Portanto, a família além de ser uma instituição de raiz biológica, é fundamentada sobre os aspectos da afetividade, do desejo de constituí-la e de sua manutenção, baseada sobre as características culturais e sociais de cada período.

O ordenamento jurídico é instituído por todo conjunto de leis de um estado, tornando-se instrumento de garantias formidáveis, em todo e qualquer ramo do direito. Apesar de ser muito ampla, a Constituição Federal e as demais leis ainda não conseguem alcançar de forma plena as demandas e necessidades que surgem com o tempo, junto ao advento de modernidades científicas, sociais e tecnológicas, deixando então o questionamento de como estas deverão ser tratadas quando inseridas sobre casos reais, como é o caso da gestação de substituição por famílias homoafetivas.

O direito e o ordenamento jurídico são institutos que visam solucionar problemáticas relacionadas ao meio em que vivemos. Ciências contemporâneas

como a bioética e o biodireito encontram-se bastante associadas, já que a primeira lida com a vida e a segunda com a questão de ordenamento jurídico. Os avanços científicos na área da biotecnologia e da medicina foram responsáveis pela criação de um novo panorama a respeito da constituição familiar moderna.

Com base nisso, foi procurado demonstrar até aqui as mudanças históricas e relacionadas ao Direito de Família, principalmente com o surgimento da possibilidade do procedimento da gestação de substituição como forma de solucionar problemas no campo da reprodução humana, com base nas normas éticas do Conselho Federal de Medicina e seus requisitos de gratuidade e parentesco, mediante a impossibilidade de utilização do meio natural para que esta seja devidamente alcançada. Ademais, a evolução da homoafetividade ao longo do tempo e questões como reconhecimento e regulamentação das uniões advindas desta já foram superadas. Contudo, as famílias modernas constituídas a partir de procedimentos científicos e tecnológicos estão suscetíveis ao fenômeno da insegurança jurídica, causada por todos estes aspectos vinculados numa mesma situação em virtude da falta de legislação tocante a estes fatos.

O objetivo principal dessa evolução científica com o desenvolvimento de tais técnicas de reprodução humana, como a gestação de substituição, é depositar esperança nas pessoas e famílias que naturalmente não podem constituir uma família, e que mesmo que por meios artificiais, podem se sentir realizadas. A questão não é tão simples, já que existem conflitos gerados em virtude da inexistência e omissão das disposições legais, causando embates no campo filosófico, jurídico e social, principalmente no tocante ao direito de família. Outrossim, restou demonstrado que o sistema de filiação adotado pelo Código Civil não é o mais adequado para resolver as questões advindas da procriação humana artificial, pois os laços de sangue já não são o fator mais importante para a constituição da família moderna. A manifestação de vontade da procriação e os aspectos afetivos envolvidos neste sentido é o que de fato consagra a maternidade e/ou a paternidade no caso concreto.

A Constituição Federal não promulga expressamente a questão do direito de se ter ou não filhos, mas assegura o direito acerca do planejamento familiar, atribuindo ao Estado o dever proporcionar métodos existentes para a sua eficácia. O Estado

tem o dever de garantir medidas eficazes de regulação, assim como adequar a satisfação da fecundidade no meio familiar.

As técnicas de reprodução humana possibilitam a utilização de meios que modificam a base do vínculo de filiação. A autorização prévia destes procedimentos enseja presunção absoluta de maternidade paternidade, pelo vínculo socioafetivo que é criado. Alguns doutrinadores entendem que mãe é aquela que manifestou a vontade procriacional, reprodutiva, independente da origem genética, biológica da criança. Dessa vontade há de se resultar todos os efeitos advindos do parentesco e patrimonial. A ausência de legislação é problema sério nestes casos. A lei não permite aos desejosos o reconhecimento da filiação sem o enfrentamento do processo judicial. A prática da gestação substituta não é proibida no Brasil, mas a falta de legislação e dispositivos legais torna a situação passível de insegurança pelo âmbito jurídico e traz diversos problemas e questões, principalmente no registro de nascimento da criança.

A ciência e a sua evolução passaram a criar expectativas e esperanças que antes não podiam ser concretizadas. Este assunto mistura diversas áreas, como medicina, psicologia, bioética, direito, sociologia e genética, e precisa de atenção especial e legislação que ampare este tipo de situação. O advento dos novos conceitos de família, da união dos casais homoafetivos reconhecida perante o Estado e a sociedade e desse novo caminho denominado de gestação de substituição como forma de realizar a constituição familiar é que tornam esse tema e pesquisa de grande importância e relevância social. Além disso, é muito importante para o Direito de Família que este se desnuda de concepções tradicionais, morais e religiosas para que haja regulação sistemática das relações afetivas, bem como das homoafetivas, sem que isso signifique um prejuízo à sociedade, e sim caracterize o respeito às diversidades sexuais e a dignidade da pessoa humana, assim como outros princípios constitucionais envolvidos sobre tais questões.

Portanto, a família moderna evidencia que os laços de sangue não são os únicos embasamentos para a sua constituição, pois baseando-se nas jurisprudências atuais é nítida a constatação de que o vínculo socioafetivo por muitas vezes afastam o vínculo biológico. Os parâmetros de amor, cuidado e afeto são estabelecidos de forma determinante. O direito, mesmo tardio, busca se

adequar as novas realidades postas diante da evolução biotecnologia, ensejando assim a necessidade de regulamentação da gestação por substituição, e estas adquiridas por casais homoafetivos. O preconceito torna as pessoas limitadas e limitantes, de forma a condenar milhares de pessoas e submetê-las a situações humilhantes, que afetam a sua dignidade e limitam o exercício de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDROLAB. Disponível em: <<http://www.androlab.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

ANOMY. In: BIERSTEDT, Robert. A dictionary of the social sciences. Londres: Tavistock Publications: 1964.

Apelação cível nº 700013388982, 7ª Câ. Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 14 de março de 2001.

ARCANGELO, Livia Gomes. **A nova família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=385>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 3º, incisos I a IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. v. 4. 12, ed. Revista dos tribunais, 1999.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Artigo 1.593 do Código Civil: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 11 jun. 2014.

_____. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. **Projeto de Lei 5.252/01**, que cria a disciplina do Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=32823>>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. **Projeto de Lei nº1.184/03**, que define normas para realização de inseminação artificial e fertilização “in vitro”; proibindo a gestação de substituição e os experimentos de clonagem radical. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 03 out.2014.

_____. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.183.378/RS.** Quarta Tuma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25 de outubro de 2011. DJe 01 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 28 set.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal - ADI nº 4277/DF, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 05 de maio de 2011. DJe de 13 out.2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial. **REsp 1087163/RJ.** Terceira Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 18 de agosto de 2011, DJe 31/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 22 set.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 878.941/DF.** Terceira Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 21 de agosto de 2007, DJe 17/09/2007. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 22 set.2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1.151/95**, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 02 out.2014.

Caso de gestação de substituição proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2013. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/66581/juiza+autoriza+registro+civil+de+crianca+gerada+em+barriga+de+aluguel.shtml>>. Acesso em: 01 set.2014.

CASTRO, Carolina Corletto de. **Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 20 jun.2014>. Acesso em 20 jun. 2014.

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história**. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

COSTA, Alysso Leandro. **Famílias homoafetivas: da completa anomia regradada de preconceitos aos posicionamentos positivos adotados pelos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9313>. Acesso em: 14 abr.2014

COSTA, Fabrício Veiga. **Proteção jurídico-constitucional das uniões homoafetivas como entidades familiares**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11826&revista_caderno=14> Acesso em: 24 set. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO E HOMOAFETIVIDADE. Cartórios brasileiros serão obrigados a celebrar casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em : <<http://diretoehomoafetividade.blogspot.com.br/2013/05/cartorios-brasileiros-serao-obrigados.html>>. Acesso em: 29 set. 2014.

DIREITO NET. **Gestação por substituição - A ciência em busca do homem**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2106/Gestacao-por-substituicao-A-ciencia-em-busca-do-homem>>. Acesso em: 25 jun. 2014

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado Constitucional do Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade**. Revista do Ministério Público,1996.

_____. **Principia iuris: teoria Del diritto r della democrazia**, v, I. p. 743, tradução livre do italiano. Por “capacidade de agir” pode-se compreender, conforme a

interpretação das construções feitas por Ferrajoli, a capacidade de fato da pessoa natural.

FINAN. **A evolução do conceito.** Disponível em: <<http://www.finan.com.br/a-evolucao-do-conceito.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado.** São Paulo: RT, n.776, 2000.

GHENTE. **Reprodução.** Disponível em: <<http://www.ghente.org/reproducao/>>. Acesso em 30 abr. 2014.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUIA DO BEBE. **Reprodução humana assistida: três décadas de evolução.** Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/reproducao-humana-assistida-tres-decadas-de-evolucao/>>. Acesso em: 14 maio. 2014.

HUMANA SAÚDE. **Compra de gestações está crescendo no país.** Disponível em: <http://www.humanaude.com.br/novo/materias/2/compra-de-gesta-es-est-crescendo-no-pa-s_15202.html>. Acesso em: 03 out.2014.

INVIDA. **Barriga solidária.** Disponível em: <<http://invida.med.br/barriga-solidaria>> Acesso em: 12 mai. 2014.

JUNGES, José Roque. **Bioética: Perspectivas e desafios.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

JUSBRASIL, Jurisprudência. ADPF nº 132/RJ. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 29 set.2014.

_____. **Bebê será registrado com nomes de dois pais em caso de gestação por substituição.** Disponível em: <<http://carta-forense.jusbrasil.com.br/noticias/130187733/bebe-sera-registrado-com-nomes-de-dois-pais-em-caso-de-gestacao-por-substituicao>>. Acesso em 21 ago.2014

_____. **Criança de barriga de aluguel terá nome dos pais.** Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/136955922/ms-crianca-de-barriga-de-aluguel-tera-nome-dos-pais>>. Acesso em: 03 out.2014.

_____. **Decisão inédita no Brasil.** Justiça pernambucana concede registro a bebê filho de casal gay. Disponível em: <<http://amb.jusbrasil.com.br/noticias/3041117/em-decisao-inedita-no-brasil-justica-pernambucana-concede-registro-a-bebe-filho-de-casal-gay>>. Acesso em:14 abr. 2014

LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **Família Constitucional, sob um olhar da afetividade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7568>. Acesso em 02 out. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva 2008.

LOUZADA, Juíza Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em: 28 abr. 2014.

MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MENDES, Cristine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade**. Disponível em:<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em 30 jan. 2013.

MINHA VIDA. **Família, tudo sobre inseminação artificial o método mais antigo de fertilização**. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre-inseminacao-artificial-o-metodo-mais-antigo-de-fertilizacao>>. Acesso em: 07 maio. 2014

Pater familias era o mais elevado estatuto familiar na Roma antiga, sendo sempre uma figura masculina. Em latim este termo significa “pai de família”.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense 2002. 3v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PORTAL CMF. **Resolução 2013/2013**. Disponível em : <<http://portal.cfm.org.br/2013.2013.pdf>>. Acesso em: 29 mai.2014.

Portal Médico. **Resolução CFM 1358/1992**. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. **Resolução CFM nº 2.013/13**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo

deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº

1.957/10. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 03 out.2014.

PUCRS. **O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada** Disponível em:

<www3.pucrs.com.br/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf> Acesso em: 20 set. 2014.

REINERT, Jessiê. **Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero.** Disponível em:

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2014.

Revista Veja. **A barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido.** Disponível em:

<http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml>. Acesso em: 18 set. 2014.

RODRIGUES, Denise D.M. **Maternidade de substituição:** aspectos éticos e jurídicos. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em 25 maio. 2014.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792>.

Acesso em: 17 set. 2014

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** ed. 6. São Paulo: Malheiros, 2009.

VELOSO, Zeno. **Um amor ainda à margem da lei.** Jornal O Liberal – Belém, 30.03.2003.

SILVA, Keith Diana da. **A proteção da criança e do adolescente em face do poder familiar.** Rev. Núcleo de Pesquisa Interdisciplinar. set. 2010. Disponível em:

<<http://www.fmr.edu.br/npi/044.pdf>>. Acesso em 14 abr.2014.

VIDA FERTIL. **Gestação de substituição.** Disponível em:

<<http://www.vidafertil.com.br/index.php?page=gestacao-de-substituicao>>. Acesso em: 06 out.2014.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. v. 4. 10. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAZOU. Disponível em <http://www.zazou.com.br/blog/?cat=76> Acesso em: 20 mar.2014.

ZIMAR, Geraldo de Sá. **Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13892&revista_caderno=14> Acesso em: 25 ago. 2014.