

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O PLURALISMO NO ACESSO ÀS TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE
ASSISTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DE PORTUGAL E DO BRASIL**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito

Autora: Marilaine Almeida Santos

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 0020151573

Novembro de 2019

Lisboa

À minha mãe, Maria, meu sustentáculo de vida, pelo amor incondicional e zelo contínuo, que tornaram possível o atingimento dos meus propósitos de vida - pessoais, profissionais e acadêmicos.

Ao meu namorado Mário, pelo inefável amor, compreensão e incentivo, que me fortaleceram e tornaram mais suave essa busca pelo conhecimento.

E a todos aqueles que, conhecendo e aceitando a si mesmos, lutam, digna e incansavelmente, pela liberdade de expressão da sua personalidade e pela concretização do desejo de constituição e de reconhecimento de suas famílias.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por me manter firme neste propósito e me iluminar ao longo desta difícil jornada, auxiliando-me na superação das adversidades.

À minha família, pelo amor, confiança, encorajamento e compreensão.

À Direção da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) por ter oportunizado aos estudiosos e profissionais do Direito do Brasil o acesso a uma formação jurídica de elevado padrão de qualidade técnico-científica.

Ao Corpo Docente do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), que compartilharam toda uma gama de conhecimentos e experiências, proporcionando-me o aprimoramento jurídico e a ampliação mundivisional que somente o contato com outras sociedades, culturas e saberes pode agregar.

À minha brilhante orientadora, Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, pelo apoio constante e por ter aceito o desafio de trabalhar com um tema que suscita tantos dilemas e debates jurídicos, permitindo-me o exercício da liberdade acadêmica e fornecendo-me importantes subsídios para que este trabalho se tornasse realidade.

Ao Corpo Administrativo da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), pela gentileza dispensada e suporte, quando se fez necessário contar com a estrutura da instituição, especialmente à Senhora Roberta Campos, do Gabinete de Apoio a Cursos Internacionais, sempre solícita em cada momento no qual a ela precisei me reportar.

Aos queridos amigos e colegas da Turma T-6 do Mestrado/Doutoramento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), com quem tive a satisfação de experimentar uma rica, diversificada e madura vida acadêmica, marcada também por momentos de leveza e alegria, que ficarão para sempre guardados nas minhas melhores lembranças.

À minha querida amiga e colega da T-6, Débora Dias, por ter sido a minha parceira de intensivas e extenuantes pesquisas bibliográficas e documentais, em pleno verão de 2018, em Lisboa, oportunidade na qual vivenciamos o apoio, a compreensão e a colaboração mútua.

E a todos aqueles que, direta ou indiretamente, me auxiliaram neste processo de busca do conhecimento, o meu muito obrigada!

“Como a simplicidade é a virtude dos sábios e a sabedoria, dos santos, assim a tolerância é sabedoria e virtude para aqueles que – todos nós – não são nem uma coisa nem outra”.

(André Comte-Sponville)

RESUMO

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, com o escopo de verificar se o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida deve contemplar os fenômenos sociais, de modo a admitir, como beneficiários, os homens solteiros e os casais do mesmo sexo (masculino), à luz do pluralismo emanado das normas de direito internacional, de direito comunitário europeu, de direito interno português, de direito interno brasileiro e de direito comparado (Reino Unido, Canadá, Espanha e Itália). Como metodologia de abordagem, diante da complexidade e do dinamismo do tema, foram utilizados os modelos indutivo e dialético, conforme o ponto específico tratado. Os métodos de procedimentos auxiliares foram o histórico, o estatístico e o comparativo. Na coleta e tratamento das informações, empregou-se a pesquisa documental (física e virtual) e a pesquisa bibliográfica de obras literárias especializadas em Direito, História, Mitologia, Biomedicina, Bioética, Sociologia e Filosofia, bem como artigos, acórdãos de tribunais, diplomas internacionais, leis e atos normativos. Para cumprir o objetivo geral proposto, a dissertação está articulada em cinco capítulos: (1) Evolução e Contextualização das Questões Transversais ao Pluralismo na Procriação Medicamente Assistida; (2) Análise Interdisciplinar da Procriação Medicamente Assistida e Temas Correlatos; (3) Os Princípios e as Regras de Direito Internacional e de Direito Comunitário sobre Direitos Sexuais, Reprodutivos e Familiares na Conformação do Pluralismo Procriativo; (4) O Acesso às Técnicas de Procriação Medicamente Assistida no Direito Luso-Brasileiro e no Direito Comparado; e (5) A Concretização do Pluralismo Procriativo em Relação à Monopaternidade (Monoparentalidade Paterna) e à Bipaternidade (Biparentalidade Paterna). A pesquisa sobre o pluralismo no acesso às técnicas de procriação medicamente assistida permitiu a análise comparativa e crítica dos modelos adotados por Portugal e Brasil, visando provocar a reflexão sobre seus aspectos essenciais, notadamente os relacionados à justiça reprodutiva, que somente se realiza dentro de um sistema que respeite os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação e da diversidade de mundividências.

Palavras-chave: Pluralismo; procriação medicamente assistida; homens solteiros; casais do mesmo sexo.

ABSTRACT

Dissertation to obtain the Master's Degree in Legal Sciences at the *Universidade Autónoma de Lisboa*, with the scope to verify if the access to the techniques of medically assisted procreation should contemplate the social phenomena, to admit, as beneficiaries, single men and same-sex couples (male), in the light of the pluralism emanating from the norms of international law, European Community law, Portuguese domestic law, Brazilian domestic law and comparative law (United Kingdom, Canada, Spain and Italy). As approach methodology, given the complexity and dynamism of the theme, the inductive and dialectical models were used, according to the specific point treated. The methods of auxiliary procedures were historical, statistical and comparative. In the collection and treatment of information, it was used documentary research (physical and virtual) and bibliographic research of literary works specialized in Law, History, Mythology, Biomedicine, Bioethics, Sociology and Philosophy, as well as articles, court judgments, international diplomas, laws and normative acts. To attend the proposed general objective, the dissertation is divided into five chapters: (1) Evolution and Contextualization of Cross-Cutting Issues of Pluralism in Medically Assisted Procreation; (2) Interdisciplinary Analysis of Medically Assisted Procreation and Related Themes; (3) The Principles and Rules of International Law and Community Law on Sexual, Reproductive and Family Rights in Conforming Procreative Pluralism; (4) Access to Medically Assisted Procreation Techniques in Portuguese-Brazilian Law and Comparative Law; and (5) The Realization of Procreative Pluralism in Relation to Monopaternality (Paternal Monoparentality) and Bipaternity (Paternal Biparentality). The research on pluralism in access to medically assisted procreation techniques allowed the comparative and critical analysis of the models adopted by Portugal and Brazil, aiming to provoke the reflection on its essential aspects, notably those related to reproductive justice, which only takes place within a system that respects the principles of the human dignity, equality, non-discrimination and diversity of worldviews.

Keywords: Pluralism; medically assisted procreation; single men; same-sex couples.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DAS QUESTÕES TRANSVERSAIS AO PLURALISMO NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA	16
1.1 Conceito e Aspectos Gerais do Pluralismo na Procriação Humana	16
1.2 As Diversas Formas de Expressão da Sexualidade	24
1.3 Procriação e o Anseio do Perpétuo	35
1.4 Conjugalidade e sua Transmutação Espaço-temporal	44
1.5 A Ressignificação da Família	50
1.6 Teoria da Afetividade Aplicada às Relações Parentais	57
CAPÍTULO 2 - ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E TEMAS CORRELATOS	61
2.1 Considerações Gerais e Dados Estatísticos sobre Sexualidade, Procriação Humana e Estruturas Familiares	61
2.2 Conceito de Procriação Medicamente Assistida e Principais Modalidades Técnicas	80
2.3 Pesquisas em Andamento sobre Tecnologias Reprodutivas	84
2.4 O Desenvolvimento da Bioética como Elemento Informativo das Pesquisas Científicas Envolvendo Seres Humanos e sua Repercussão nas Técnicas de Procriação Medicamente Assistida	87
2.5 Análise do Pluralismo Procriativo sob a Ótica da Sociologia Jurídica	94
2.6 Perspectiva Filosófico-Política do Pluralismo Procriativo	102
CAPÍTULO 3 - OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE DIREITOS SEXUAIS, REPRODUTIVOS E FAMILIARES NA CONFORMAÇÃO DO PLURALISMO PROcriATIVO	108
3.1 Princípios Fundantes dos Direitos Sexuais, Reprodutivos e Familiares	108
3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	110
3.1.2 Princípio da Igualdade	113
3.1.3 Princípio da Não Discriminação	116
3.1.4 Princípio do Livre Desenvolvimento da Personalidade	118
3.1.5 Princípio do Superior Interesse da Criança	120

3.1.6	Princípio da Parentalidade Responsável	123
3.2	A Proteção dos Direitos Sexuais, Reprodutivos e Familiares no Plano do Direito Internacional	124
3.3	Panorama do Direito Internacional Europeu	137
3.4	Panorama do Direito Comunitário Europeu	142
3.5	Panorama do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	149
CAPÍTULO 4 - O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO		154
4.1	O Modelo de Portugal	154
4.2	O Modelo do Brasil	185
4.3	A Questão no Direito Comparado	206
4.3.1	Reino Unido	206
4.3.2	Canadá	209
4.3.3	Espanha	212
4.3.4	Itália	215
CAPÍTULO 5 - A CONCRETIZAÇÃO DO PLURALISMO PROCRIATIVO EM RELAÇÃO À MONOPATERNIDADE (MONOPARENTALIDADE PATERNA) E À BIPATERNIDADE (BIPARENTALIDADE PATERNA)		220
5.1	Os Limites entre o Desejo e o Direito a Ter um Filho	220
5.2	Implicações Éticas e Jurídicas da Gestação de Substituição	226
5.3	Nulidade do Contrato de Gestação de Substituição e a Maternidade Sancionatória	249
5.4	O Estabelecimento da Filiação na Monoparentalidade e na Biparentalidade dos Casais do Mesmo Sexo	255
5.5	Pesquisas Científicas sobre o Desenvolvimento Psicossocial dos Filhos e a Dinâmica dos Diversos Tipos Familiares	268
CONCLUSÃO		279
FONTES		285

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Nomenclaturas de Formas de Parentalidade _____	58
Quadro 2 - Valoração Jurídica dos Signos Distintivos do Afeto _____	59
Quadro 3 - Dados Sobre Reprodução Humana Assistida na Europa 1997/2014 _____	67
Quadro 4 - Grupos Familiares Compostos por Pai ou Mãe com ao Menos um Filho _____	69
Quadro 5 - Quantitativo de Casamentos Celebrados em Portugal _____	71
Quadro 6 - Quantitativo de Casamentos Celebrados no Brasil _____	73
Quadro 7 - Tópicos Seleccionados do Relatório “Homofobia de Estado 2009” _____	76
Quadro 8 - Tópicos Seleccionados do Relatório “Homofobia de Estado 2019” _____	78
Quadro 9 - Tratamento Jurídico Conferido às Uniões Consensuais entre Pessoas Maiores do Mesmo Sexo pelos Países Membros da ONU _____	79
Quadro 10 - Comparativo entre a Primeira e a Atual Versão da Lei n. 32/2006 _____	176
Quadro 11 - Projetos de Leis do Brasil _____	194

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Variação da Taxa de Fecundidade Mundial (Nascidos Vivos por Mulher) _____	65
Gráfico 2 - Comparativo de Casamentos em Portugal conforme Orientação Sexual _____	71
Gráfico 3 - Comparativo de Casamentos no Brasil conforme Orientação Sexual _____	73
Gráfico 4 - Síntese de Dados – 2009 a 2019 _____	79

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADO - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão
AHR - Assisted Human Reproduction
AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil
ALLEA - All European Academies
APGL - Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos
CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CFM - Conselho Federal de Medicina
CID - Classificação Internacional de Doenças
CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
CRM - Conselho Regional de Medicina
DI - Donor Insemination
DNA - Deoxyribonucleic Acid
ESHRE - European Society of Human Reproduction and Embryology
EUA - Estados Unidos da América
EUROSTAT – European Statistical System
FEC - Fundação Europeia da Ciência
FIGO - Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia
FIV - Fertilização *in Vitro*
GIFT - Gamete Intrafallopian Transfer
HLA - Human Leukocyte Antigen
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ID - Inseminação com Doador
ICSI - Intracytoplasmic Sperm Injection
ILGA - International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersexual Association
INE - Instituto Nacional de Estatísticas
IVF - In Vitro Fertilisation

IVG - In Vitro Gametogenesis
IVNF - In Vivo Natural Fertilisation
LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MAR - Medically Assisted Reproduction
MI - Mandado de Injunção
MRKH - Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser
NSCH - National Survey of Children's Health
PGD - Preimplantation Genetic Diagnosis
OEA - Organização dos Estados Americanos
OGM - Organismo Geneticamente Modificado
OMS - Organização Mundial de Saúde
ONU - Organização das Nações Unidas
PGT-A - Preimplantation Genetic Testing for Aneuploidy
PGT-M - Preimplantation Genetic Testing for Monogenic/ Single Gene Defects
PGT-SR - Preimplantation Genetic Testing for Structural Rearrangements
PIDESC - Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PMA - Procriação Medicamente Assistida
RHA - Reprodução Humana Assistida
RMA - Reprodução Medicamente Assistida
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
SUS - Sistema Único de Saúde
TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TRA - Técnicas de Reprodução Assistida
UE - União Europeia
UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
WAS - World Association for Sexology
WHO - World Health Organization
ZIFT – Zygote Intrafallopian Transfer

INTRODUÇÃO

Nas sociedades contemporâneas, a monopaternidade (monoparentalidade paterna) e a bipaternidade (biparentalidade paterna), concretizáveis mediante técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) e gestação de substituição, antes circunscritas ao universo das celebridades, têm se propagado, consideravelmente, junto às demais camadas da população, independentemente de fatores como a orientação sexual e o estado civil do(s) beneficiário(s).

Esses fatos sociais decorrem do intenso avanço da tecnologia aplicada às ciências da vida, o que possibilitou o surgimento de múltiplos recursos de eliminação das barreiras à concepção e à gestação, agregando-se às transformações atinentes à expressão da sexualidade, à conjugalidade e à parentalidade, conjuntura que tem sido objeto de problematização e de acirrados debates sobre limites e aspectos morais, religiosos, sociais, culturais, sanitários, éticos e jurídicos, que afetam os interesses do Estado e dos demais atores envolvidos, notadamente os beneficiários, a criança nascida e a mulher que assume a posição de gestante substituta.

A partir desse contexto, esta dissertação traça, como objetivo geral, investigar se o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) pode contemplar os fenômenos sociais da monopaternidade (monoparentalidade paterna) e da bipaternidade (biparentalidade paterna), à luz do valor-princípio-regra do pluralismo, que exsurge das normas de direito internacional, de direito comunitário europeu, de direito interno português, de direito interno brasileiro e de direito comparado, com recurso à doutrina e à jurisprudência.

Por se tratar de tema muito dinâmico em relação ao processo de desenvolvimento tecnobiológico, sociocultural, bioético e jurídico, demandou constantes atualizações e revisões ao longo desta pesquisa. Faz-se imprescindível esclarecer, ainda, que, ao discorrer sobre orientação sexual, seguimos a linha da despatologização, de modo a não perquirir as eventuais causas de manifestação das diferenciadas sexualidades, o que refoge ao escopo desta investigação jurídica. E, para evitar o etiquetamento ou a rotulação de pessoas, buscamos evitar a utilização de expressões ou siglas vinculadas a pautas de movimentos sociais, que, embora confirmem a necessária visibilidade aos direitos e interesses reivindicados pelas categorias por eles defendidas, no nosso entendimento, não se coadunam com os propósitos do pluralismo, que buscam concretizar a dignidade igual de todo ser humano.

No desenvolvimento desta dissertação, inicialmente, apresentaremos o conceito, as bases e os contornos gerais do pluralismo, e, a partir de referenciais extraídos da etimologia, da mitologia, da teologia, da história e da doutrina jurídica, traçaremos o curso evolutivo e

efetuaremos a contextualização das questões dotadas de transversalidade no que tange ao pluralismo na procriação medicamente assistida, nomeadamente, a multiplicidade de modos de expressão da sexualidade, o ato de procriação como meio para a perpetuação da espécie, a reconstrução do conceito de conjugalidade nas variáveis de tempo e de espaço, o desenvolvimento de novas estruturas familiares e a relevância da afetividade para o reconhecimento das relações parentais contemporâneas. A abordagem de tais questões é o ponto de partida essencial para a compreensão e o tratamento do objeto desta pesquisa.

A interdisciplinaridade, através de aplicação de conhecimentos das áreas de estatística, ciências médicas, biomedicina, bioética, sociologia jurídica e filosofia política, fornecerá subsídios para o entendimento das questões centrais e das correlatas à procriação medicamente assistida, numa aceção pluralista. Com base em recente literatura médica, discorreremos sobre a revisão dos conceitos de saúde sexual e de infertilidade. Dados estatísticos serão empregados para ilustrar os panoramas de nupcialidade, fecundidade/natalidade, formatações familiares e orientação sexual ao redor do mundo. Abordaremos os aspectos técnicos da procriação medicamente assistida, tais como conceito e modalidades, para permitir uma visão básica dos procedimentos atualmente recepcionados pela comunidade médico-científica, bem como apresentaremos as principais técnicas reprodutivas em fase de pesquisa, de modo a entrever o porvir da reprodução humana. Para propiciar a compreensão e fornecer elementos teóricos à análise dos dilemas tratados neste trabalho, pretendemos revisitar o avanço das noções de ética e de bioética, tanto no tocante à pesquisa científica, quanto em relação à aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida. Ao depois, o denominado pluralismo procriativo, enquanto elemento ínsito à política pública de promoção da justiça reprodutiva, será problematizado sob as perspectivas da sociologia jurídica e da filosofia política.

Buscaremos, nos princípios jurídicos e nas regras de direito internacional e de direito comunitário europeu, relacionados ao reconhecimento e à proteção dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, os fundamentos para a verificação da incidência do pluralismo em matéria de procriação medicamente assistida, e se este afasta restrições baseadas exclusivamente em estado civil, sexo e orientação sexual. Delinearemos os aspectos elementares dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do livre desenvolvimento da personalidade, do superior interesse da criança e da parentalidade responsável. Ainda, avaliaremos o grau de implementação do pluralismo, enquanto valor e princípio norteador da justiça reprodutiva, nos panoramas do direito internacional, do direito comunitário europeu e do sistema interamericano de direitos humanos, tanto no que tange à

produção de diplomas normativos dos respectivos organismos internacionais, quanto na consolidação da jurisprudência de suas cortes.

Posteriormente, procederemos à análise histórico-descritivo-crítica dos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, nos planos constitucional, infraconstitucional e infralegal, perquirindo o tratamento doutrinário e jurisprudencial, com a finalidade de identificar o grau de reconhecimento e de concretização dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, sua compatibilidade com os postulados do pluralismo e o regime conferido à procriação medicamente assistida – modelo de positivação ou modelo de não intervenção estatal. E, mais especificamente, apuraremos se referidos países permitem o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida para a consolidação de projetos de monopaternidade (monoparentalidade paterna) e de bipaternidade (biparentalidade paterna). Semelhante sistemática será empregada no estudo do regramento dado à matéria no âmbito do direito comparado, envolvendo as ordens jurídicas do Reino Unido, Canadá, Espanha e Itália.

Ao final, após discorrer sobre os limites entre o desejo e o direito a ter um filho, apreciaremos as consequências diretas e indiretas da concretização do pluralismo procriativo nos seus aspectos mais polêmicos: a monopaternidade (monoparentalidade paterna), a bipaternidade (biparentalidade paterna) e a gestação de substituição. Procuraremos responder, à luz do pluralismo, se a vedação do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e à gestação de substituição aos homens solteiros e aos casais masculinos, quando tal recurso for permitido às mulheres solteiras e aos casais de mulheres, vulnera os postulados da justiça reprodutiva. Trataremos das implicações éticas e jurídicas da gestação de substituição, inclusive os efeitos da decretação de nulidade dos respectivos contratos e a repercussão da maternidade sancionatória, considerando-se os direitos, liberdades e garantias de todos os atores do processo reprodutivo assistido. Também, analisaremos como pode ser estabelecida a filiação nas hipóteses de acesso plural às tecnologias de procriação medicamente assistida, de maneira que sejam observados e harmonizados o princípio do superior interesse da criança, da paternidade responsável e o arcabouço jurídico protetivo dos beneficiários, da gestante substituta e dos doadores de gametas. E, para finalizar, demonstraremos os resultados de abalizadas pesquisas, estudos acadêmicos e científicos, a respeito do desenvolvimento psicossocial dos filhos e da dinâmica das estruturas familiares monoparentais e biparentais, bem como acerca do impacto da sub-rogação sobre os filhos e familiares das gestantes substitutas.

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DAS QUESTÕES TRANSVERSAIS AO PLURALISMO NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

1.1 Conceito e Aspectos Gerais do Pluralismo na Procriação Humana

Na sua origem etimológica, a expressão plur(i) consiste em elemento de composição oriundo do latim *plūri*, que significa “muitos”, formando vocábulos latinos como “plural”, “pluralismo” e diversos outros que vêm sendo largamente utilizados na linguagem científica internacional, desde o século XIX, a exemplo de pluriarticulado, pluricelular, plurilateral e pluripartido. A palavra plural vem do latim *plūralis*, assim como pluralidade – de *plūrālītās – ātis* (CUNHA, 2010, 505)¹. Daí advém a expressão pluralismo, que, acrescida do sufixo grego *ismo*, representa a doutrina ou sistema filosófico, político ou jurídico que congrega “muitos” modos de pensar (CUNHA, 2010, 367)². Traduz-se na coexistência de múltiplas realidades.

Na acepção jurídica, pluralismo “é a doutrina atributiva aos fenômenos (cosmológicos e históricos) de uma pluralidade de causas” (SILVA, 2016, 1055)³.

O Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer, identifica impropriedade e incorreção no estabelecimento de um único conceito de pluralismo, haja vista a multiplicidade de tal fenômeno, que pode ter, além de aspectos jurídicos, implicações filosóficas, sociológicas e antropológicas (WOLKMER, 2015, 253)⁴. No entanto, referido doutrinador adere ao entendimento de que o pluralismo, na sua perspectiva jurídica, consiste numa “multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2015, 257)⁵. Wolkmer destaca que o pluralismo abrange “a coexistência de ordens jurídicas ou sistemas normativos distintos”, apontando como um dos seus objetivos a efetivação de “práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado” (WOLKMER, 2015, 261)⁶. O mencionado autor observa também que o pluralismo jurídico tem sido marcante nas

¹ CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. 4ª edição. p. 505.

² *Idem*. p. 367.

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32ª edição. p. 1055.

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. p. 253.

⁵ *Idem*. p. 257.

⁶ *Idem*. p. 261.

“sociedades cuja complexidade permite a coexistência de submundos ou subculturas” (WOLKMER, 2015, 263)⁷. Por fim, frisa o jurista que o pluralismo encontra sua efetividade material em um “sistema de necessidades humanas fundamentais” (WOLKMER, 2015, 286-290)⁸ e sua efetividade formal na “ética da alteridade” (WOLKER, 2015, 312-314)⁹.

Importante acrescentar que há doutrina jurídica no sentido de que a realidade da diversidade ou da pluralidade verificada no âmbito das sociedades deve ser refletida na configuração e na atuação do Estado, mediante reconhecimento, em sede constitucional, do pluralismo como valor, princípio ou regra de direito individual ou coletivo, o que denomina “constitucionalismo pluralista” (FAJARDO, 2016, 120)¹⁰.

O pluralismo busca a acomodação da diversidade na esfera pública, de modo a criar um espaço social no qual indivíduos e grupos possam livremente desenvolver suas distintas visões do significado e da validade da existência humana. Um estado pautado pelo pluralismo deve assegurar que a dignidade de todos os membros da sociedade seja protegida, acolhendo diversos valores e reconhecendo a tolerância à diferença como postulado obrigatório (ROSS *et al*, 2019, 60)¹¹. O pluralismo abrange, ainda, a neutralidade estatal, que impõe a imparcialidade e a não coerção nas decisões e políticas públicas (ROSS *et al*, 2019, xl)¹².

⁷ *Idem*. p. 263.

⁸ *Idem*. pp. 286-290: “[...] A ‘estrutura das necessidades’ refere-se tanto à falta ou privação de objetos determinados (bens materiais inerentes à produção humana em sociedade) quanto à ausência subjetiva de algo imaterial relacionado ao desejo, às ações, às normas, às posturas, ao modo e às formas de vida, aos valores etc. O conjunto das ‘necessidades humanas’, que varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolve amplo e complexo processo de socialização marcado por escolhas cotidianas sobre ‘modos de vida’ e ‘valores’ (a ‘liberdade’, a ‘vida’ e a ‘justiça’ como universalidade). [...] De fato, o conjunto das necessidades humanas fundamentais, quer como núcleo gerador de novos sujeitos sociais, quer como força motivadora e condição de possibilidade de produção jurídica, tem sua gênese num amplo espectro de causalidades qualitativas e quantitativas, objetivas e subjetivas, materiais e imateriais, reais e ilusórias etc.”.

⁹ *Idem*. pp. 312-314: “A ‘ética da alteridade’ [...] traduz concepções valorativas que emergem das próprias lutas, conflitos, interesses e necessidade de sujeitos individuais e coletivos insurgentes em permanente afirmação. Admite-se, assim, que a ‘ética concreta da alteridade’ tem um cunho libertário, pois, por estar inserida nas práticas sociais e delas ser produto, pode perfeitamente se materializar como instrumento pedagógico que melhor se adapta aos intentos de conscientização e transformação das sociedades [...]. [...] Além de compartilhar com certos valores racionais universalizantes, como vida, liberdade, bem-comum e justiça, a ‘ética da alteridade’, por ser parte de uma pluralidade de formas de vida, traduz a singularidade de certos valores específicos (simbolizadores de uma dialética do particular/universal, da unidade/pluralidade etc.), representados basicamente por libertação, autonomia individual e coletiva, solidariedade, justiça e satisfação das necessidades humanas. A ‘ética da alteridade’, sem deixar de contemplar princípios racionais universalizantes comuns a toda a humanidade, prioriza as práticas culturais de uma dada historicidade particular, material e não formal. A ‘ética da alteridade’ é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos”.

¹⁰ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. SIDEKUM, Antonio *et al* (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. p. 120.

¹¹ ROSS, Derek B. M.; MIX-ROSS, Sarah E. **Canadian Pluralism and The Charter: Moral Diversity in a Free and Democratic Society**. p. 60.

¹² *Idem*. p.xl.

Pode-se destacar que o pluralismo visa promover, na esfera pública, a harmonização entre as decisões da maioria e a consideração pelos interesses das minorias. Para o reconhecimento de um certo grupo ou categoria como minoria social, não deve ser observada apenas a acepção literal desta, que enfoca, tão-somente, o aspecto quantitativo, mas a acepção contextual, sob a perspectiva sociológica, que leva em conta o grau de vulnerabilidade, a existência de fator de diferenciação e a exposição histórica à discriminação e/ou à estigmatização (GROSS, 2017, 46-48)¹³. Conforme tal teoria, é possível inferir que as mulheres, os hipossuficientes e as pessoas com deficiência, idade avançada ou orientação sexual voltada para outras do mesmo sexo integram grupos minoritários. Na deliberação e na composição de conflitos de interesses entre maioria e minorias, o pluralismo considera os aspectos que decorrem da cultura¹⁴, a qual não corresponde a um fenômeno estanque, inflexível e imutável, posto que se ajusta no tempo e no espaço, estando em permanente reconstrução. Assim, a afirmação pluralista aprecia os traços culturais existentes, sem se descuidar do seu fim

¹³ GROSS, Jacson. **A Construção da Cidadania e a Sexualidade: Uma Análise de Casos de Adoção Homoparental Masculina**. pp. 46-48: “Tratar-se-á o termo minorias não sob a ótica da gramática da palavra, uma vez que nem sempre as minorias existem em quantidade menor que as maiorias, e sim sob o prisma de um grupo vulnerável. As minorias sejam elas compostas por negros, mulheres, indivíduos LGBT, deficientes, profissionais do sexo, moradores de periferias, idosos, indígenas, imigrantes, moradores de rua, população carcerária, entre outros, sofrem com a estigmatização e a discriminação. A minoria é percebida por Boudon e Bourricaud (2002, p. 93), em seu dicionário de sociologia, como sendo composta por [...] um grupo de pessoas que diferem pela raça, pela religião, pela língua ou pela nacionalidade do grupo mais numeroso no meio do qual vive. Duas precisões devem ser feitas. Em primeiro lugar, um grupo só constitui uma minoria se tomar consciência de si próprio enquanto grupo diferente dos outros e, na maioria das vezes, socialmente inferiorizado, sobretudo se é assim visto pelos outros. Os ruivos são menos numerosos que os morenos nas nossas sociedades, mas não formam uma minoria, na medida em que, não tendo a cor dos cabelos significação social, eles não têm consciência de constituir uma dimensão social e política: na maioria das vezes, a minoria constitui um grupo ao mesmo tempo menos numeroso, menos considerado e menos poderoso; mas não é necessariamente esse o caso. Os negros, majoritários pelo seu número na África do Sul, constituem, no entanto, uma minoria na ordem social e política instalada naquela república. As relações entre maioria e minorias são habitualmente conflituosas, mas nunca se fixam uma vez por todas (BLALOCK, 1967). Entre a maioria e as minorias existem conflitos, mas também acordos e formas de aculturação (BARTH, 1969)’. Lopes (2008) e Semprini (1999) recordam que o conceito tradicional de minoria apenas considera as características linguísticas, religiosas ou étnicas de um grupo, não permitindo que se considere a cultura e a realidade de cada sociedade. Semprini (1999, p.44) propõe que se considere como sendo uma minoria qualquer grupo humano que tenha integrantes com direitos negados ou limitados como uma decorrência única do fato de pertencerem a esse grupo. De acordo com Mizutani (2012, p.30): ‘A visão clássica do conceito exclui o aspecto dinâmico adquirido pela categoria minoria hoje. As minorias ultrapassam a noção firmada pela ONU em um contexto de nacionalidades e identidades associadas a Estados. Outros grupos considerados minorias, como os homossexuais, as mulheres, os quilombolas, os afrodescendentes, os ciganos, os indígenas, revelam outra necessidade buscada no uso da categoria: o reconhecimento e o direito à diferença em sociedades plurais, independentemente de relação com identidades nacionais’. O reconhecimento da minoria e o direito à diferença em sociedades plurais, trazidos por Mizutani, é o ponto em que a discussão deste trabalho encontra-se: o direito de casais homossexuais masculinos adotarem e constituírem famílias. A minoria homossexual ainda é relegada a uma periferia existencial em uma busca constante por reconhecimento de direitos”.

¹⁴ A doutrina conceitua cultura como: “i. um universo de símbolos reflectidos em crenças, tradições, usos e línguas; ii. herdado e transmitido geracionalmente; iii. por um conjunto mais ou menos amplo de pessoas; iv. cujas funções são a compreensão do mundo, a autocompreensão e identificação colectivas, a comunicação interna, o controlo do comportamento, a preservação da coesão do grupo e sua perpetuação no futuro”. (DIAS, Augusto Silva. **Crimes Culturalmente Motivados: O Direito Penal ante a ‘Estranha Multiplicidade’ das Sociedades Contemporâneas**. p. 102)

pedagógico de edificação de uma sociedade inclusiva, no que tange ao reconhecimento e ao exercício dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares das minorias, dentre outros.

Quanto à procriação, estudos demonstram que o fundamento do desejo humano por filhos é indefinível e impossível de ser justificado por uma única razão preponderante, concorrendo diversos fatores de influência, tais como: (1) o dimensionamento social e familiar, por razões econômicas e geopolíticas; (2) as predisposições genéticas à procriação; (3) o desenvolvimento do perfil psicanalítico da parentalidade; (4) as imposições sociais à procriação; (5) a transformação sociocultural das estruturas familiares, de patriarcal à democrática; (6) as pressões do mercado de trabalho sobre o comportamento reprodutivo; e (7) o estímulo à reprodução pelo uso das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Esses fatores, ao longo da história, têm seu grau de importância e influência sujeitos a variáveis de espaço e tempo. O direito vigente em cada período produz as regras que refletem esse contexto. Para a doutrina, cabe ao ordenamento jurídico propiciar a maior liberdade possível para a tomada de decisões procriativas, através de mecanismos que deem à pessoa condições de executar suas escolhas, e nisso se inclui a procriação assistida (HAAB, 2018, 48-49)¹⁵.

O exercício dos direitos procriativos abrange duas vertentes complementares entre si: (1) a autonomia e a liberdade na procriação e no controle de fecundidade, sem intervenção estatal, discriminação, coerção e violência em face das escolhas individuais - “dimensão típica dos direitos civis”; e (2) a garantia de condições tendentes à realização das escolhas procriativas, por meio de políticas públicas concernentes a seguros e serviços de saúde reprodutiva, no mais elevado padrão possível, impondo-se a prestação estatal - “dimensão típica dos direitos sociais” (HAAB, 2018, 59)¹⁶. Assim, na atual sociedade globalizada e heterogênea, o pluralismo autoriza o reconhecimento e a afirmação jurídica da multiplicidade no que tange à procriação humana, contemplando, de um lado, a liberdade e o direito à contracepção e ao controle da procriação - dimensão negativa (não querer gerar, gestar ou criar filho/s), e, de outro, o direito à concretização de um projeto de procriação e/ou de parentalidade - dimensão positiva (querer gerar, gestar ou criar filho/s).

A doutrina sustenta que toda pessoa ou casal deve ter garantido o direito de escolha do meio adequado para a concretização do seu projeto procriativo e/ou parental, sem sujeição a limitações discriminatórias, tais como o sexo, a orientação sexual, a condição social e o estado civil. A realização pode dar-se pelo método reprodutivo convencional – coital, pela adoção,

¹⁵ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e Reprodução Humana Artificial: À Luz da Constituição e das Leis Civis**. pp. 48-49.

¹⁶ *Idem*. p. 59.

pelo consórcio de pessoa voluntária ou pelo acesso às técnicas de procriação medicamente assistida – não coital (MOSCHETTA, 2017, 185-186)¹⁷.

O pluralismo procriativo vem sendo estudado nos trabalhos da Professora Doutora Kimberly M. Mutcherson, da Faculdade de Direito da Universidade de New Jersey/EUA, que o concebe como um direito fundamental de matriz constitucional, abrangendo o direito de acesso às tecnologias de PMA, a ser assegurado, protegido e balanceado pelo Estado, por via de uma estrutura de justiça reprodutiva que propicie a efetividade da prestação positiva de fornecimento dos meios àqueles que necessitarem (MUTCHERSON, 2015, 22).¹⁸

O desenvolvimento da noção de pluralismo procriativo deu-se a partir da percepção dos seguintes fatos: (1) crescente número de usuários não convencionais das técnicas de PMA, tais como mulheres solteiras e casais do mesmo sexo; (2) recrudescimento do modelo heteronormativo de conjugalidade como unidade central da procriação e da parentalidade; (3) expansão legal da proteção à parentalidade não derivada de vinculação biológica ou genética entre pais e filhos; e (4) incremento da transnacionalidade nas oportunidades procriativo-parentais. A partir dessas observações, a estudiosa propõe a renovação conceitual, legal e política do que refere como “direito fundamental a procriar”, bem como a análise de sua repercussão junto às comunidades interessadas no reconhecimento do direito à procriação/parentalidade não coital (MUTCHERSON, 2015, 25)¹⁹.

Com o surgimento das técnicas de PMA, houve a ruptura entre o ato sexual e a procriação, a gravidez e a parentalidade, embora tais elementos se apoiem mutuamente. Contudo, há corrente doutrinária para a qual deve ser mantida a dependência entre procriação e sexo, justificada por se tratar de fato biológico e moralmente bom, caso em que a proteção ao direito à procriação abrangeria apenas a reprodução coital, havida numa relação heterossexual entre pessoas férteis. Em oposição, há os que entendem tal assertiva como limitadora do direito à procriação e uma injustiça manifesta, posto que, mesmo nos estados que exercem maior controle sobre a reprodução, há insuperáveis óbices em policiar o comportamento sexual, o que afastaria a possibilidade de uma pretensa triagem pré-procriadora eficaz. Para estes, a liberdade sexual e a liberdade procriadora são “autossustentáveis” e “autossustentadas”, pois a prática de sexo não traduz, necessariamente, uma intenção procriadora, e a procriação não mais depende

¹⁷ MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. Homoparentalidade: Dupla Maternidade/Paternidade e a Teoria do Reconhecimento a Partir do Provimento 52 do Conselho Nacional de Justiça. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. pp. 185-186.

¹⁸ MUTCHERSON, Kimberly M. Procreative Pluralism. **Berkeley Journal of Gender, Law & Justice**. p.22.

¹⁹ *Idem*. p. 25.

do ato sexual para se firmar (MUTCHERSON, 2015, 35-37).²⁰ Conforme a mesma corrente, também a procriação desagregou-se da gravidez, que passou a ser vista apenas como parte do processo procriativo, uma vez que, entendê-la como único e definitivo ato de procriação, implicaria na completa exclusão da categoria masculina (MUTCHERSON, 2015, 37).²¹ E, ainda, sustenta a segregação entre procriação e parentalidade, notadamente após o surgimento de novas configurações familiares e da evolução das técnicas de PMA, o que se verifica na doação de gametas, onde o doador participa do processo procriativo, mas não assume obrigação, nem detém direitos parentais, e também na adoção, quando o adotante, que não participou do processo procriativo, livremente assume os ônus e bônus da parentalidade, tal qual ocorre nas relações entre padrasto/madrasta e enteados (MUTCHERSON, 2015, 38-39).²²

Assim, embora exista uma correlação entre sexo e procriação, gravidez e procriação, gravidez e parentalidade, procriação e parentalidade, pode a lei considerá-los individualmente, de modo a estabelecer racionalidades distintas para a procriação e a parentalidade, sobretudo após o advento das tecnologias de PMA, pois os direitos reprodutivos e parentais não se definem, exclusivamente, por nenhuma daquelas experiências, ainda que elas influenciem o processo, e, por si mesmas, sejam objeto de amparo normativo (MUTCHERSON, 2015, 39).²³

O pluralismo fomenta a multiplicidade no acesso aos meios de concretização da procriação e, conseqüentemente, o reconhecimento das estruturas familiares diferenciadas daí advindas. Para tanto, são necessários a proteção legal e o acolhimento social da diversidade de

²⁰ *Idem.* pp. 35-37.

²¹ *Idem.* p. 37: “Pregnancy is a necessary part of the procreative process, but it is only one part of that process and it is not the definitive procreative act. The most obvious analytical failure in claiming pregnancy as the sole marker of procreation is the exclusion of men from the procreative process – an exclusion that would be nonsensical and counterproductive. This is not to say that pregnancy is meaningless or that it is not potentially more meaningful than parts of the procreative process that are shorter, less physically cumbersome, and generally much less public. No doubt, pregnancy’s physical intertwining of pregnant woman and fetus renders it a unique state of being for which only a female body with a uterus is biologically equipped. Even if one is inclined to place pregnancy as the pinnacle of the physical acts involved in procreation, that does not necessitate that other parts of the procreative process are without value. Conflating the importance of procreation with the physical act of carrying a child is unfair to men, infertile women, parents who adopt, and other who play roles of various importance in the process of making and rearing children”.

Tradução livre: “A gravidez é uma parte necessária do processo procriativo, mas é apenas uma única parte desse processo e não é o ato procriativo definitivo. A falha analítica mais óbvia em reivindicar a gravidez como o único marcador da procriação é a exclusão dos homens do processo procriativo - uma exclusão que seria absurda e contraproducente. Isso não quer dizer que a gravidez não tenha sentido ou que não seja potencialmente mais significativa do que partes do processo de procriação que são mais curtas, menos fisicamente pesadas e geralmente muito menos públicas. Sem dúvida, o entrelaçamento físico de gestantes e fetos na gravidez o torna um estado de ser único, para o qual apenas um corpo feminino com um útero é biologicamente equipado. Mesmo que se incline a colocar a gravidez como o pináculo dos atos físicos envolvidos na procriação, isso não exige que outras partes do processo procriativo sejam sem valor. Conflitar a importância da procriação com o ato físico de carregar um filho é injusto com homens, mulheres inférteis, pais que adotam e outros que desempenham papéis de várias importâncias no processo de fazer e criar filhos”.

²² *Idem.* pp. 38-39.

²³ *Idem.* p. 38.

formas de expressão e de orientação sexual, de modo que o ordenamento jurídico conceda a mesma proteção às famílias constituídas nos moldes tradicionais e àquelas formadas de forma diferenciada, mas com objetivos iguais ou semelhantes (MUTCHERSON, 2015, 27-28)²⁴.

O processo procriativo-parental é complexo, abrange as esferas biológica e social, compondo-se de múltiplos atos (assistidos ou não) e resultados. Em algumas situações, pode exigir uma série de procedimentos até o nascimento de um filho, que tenha ou não vínculo genético ou biológico com a mãe, o pai, as mães ou os pais intencionais. O pluralismo permite o reconhecimento do direito à procriação e à parentalidade a uma variedade de atores, em múltiplas circunstâncias, por envolver processos biológicos e sociais relativos à concepção, nascimento, educação e criação de filhos. À luz do pluralismo, a lei não pode levar em conta somente os aspectos biológicos ou genéticos, mas também as condições e consequências sociais relacionadas à procriação e à parentalidade (MUTCHERSON, 2015, 29-30).²⁵

Para seu reconhecimento e efetivação, os direitos reprodutivos devem ser objeto de regime regulatório específico. Leciona Mutcherson que o direito fundamental à procriação, de cunho materialmente constitucional, abrange o direito individual à integridade física e à retenção das capacidades biológicas. Diante da natureza desse direito, qualquer tentativa de interferência ou controle estatal estaria sujeita a um rígido critério. Outra peculiaridade consiste no fato de que o exercício de tal direito implica no surgimento de outro ser humano, que, enquanto criança, dada a sua condição vulnerável, tem superior proteção, gerando responsabilidades legais e morais ao genitor quanto à sua criação e cuidados.

Nessa senda, o regime regulatório deve contemplar o pluralismo procriativo e familiar, de modo a (1) acolher as formas de reprodução não coital advindas do desenvolvimento das técnicas de PMA; (2) rejeitar a distinção entre “natural” e “não natural”, que qualifica alguns indivíduos e casais como não procriativos; e (3) legitimar os tipos familiares decorrentes da transformação promovida pelo avanço científico da reprodução assistida. No entanto, aponta Mutcherson, o Estado, na regulamentação da procriação e no exercício da justiça reprodutiva, pode impor restrições aos pretensos usuários dos serviços de PMA, notadamente quando a escolha por determinada técnica conflitar com direitos e interesses de igual relevância titularizados por terceiros. Isso se justifica para evitar práticas abusivas no mercado de serviços de fertilidade, que vulnerem, por exemplo, a liberdade e a integridade física e mental da mulher. Para os defensores do pluralismo na procriação, a grande preocupação é que o sistema de regulamentação, a pretexto de impor regras limitativas de abusos, replique hierarquias

²⁴ *Idem.* pp. 27-28.

²⁵ *Idem.* pp. 30.29.

reprodutivas existentes ou crie novas, fundadas em injusta discriminação, tais como raça, renda, estado civil ou orientação sexual. Ressaltam que o Estado deve assegurar um nível equivalente de proteção constitucional a todos aqueles que desejam experienciar a conexão e a continuidade, através de um projeto procriativo-parental, sem a reprodução de crenças discriminatórias históricas acerca de “quem merece procriar e quem não merece”. Ainda, segundo a doutrina em comento, para a ampla concretização do direito à procriação e à parentalidade, não bastam o reconhecimento legal da igualdade de acesso às técnicas de PMA e a eliminação de barreiras atitudinais externas, devendo o Estado implementar políticas públicas de assistência, por meio de programas de seguros públicos ou privados, posto que, para alguns segmentos da sociedade, a realização do direito depende de recursos financeiros (MUTCHERSON, 2015, 71-73)²⁶.

Outra doutrina diz que o advento da PMA, na perspectiva ética, fez eclodir o confronto entre o natural e o social, a genética e a intencionalidade. Na seara jurídica, constata uma dificuldade de abordagem, de regulamentação e de uniformização, por motivações históricas, culturais, sociais, religiosas, políticas e de outras ordens, razão pela qual a discussão das questões inerentes à PMA deve se pautar em princípios balizadores dos interesses envolvidos, para preservar os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à identidade, à dignidade, à autonomia e ao progresso científico e tecnológico (SILVA, 2014, 45-47)²⁷.

Nesse contexto, tem-se que o pluralismo procriativo, como doutrina ou postulado que consagra o acolhimento da diversidade de mundividências e de estilos de vida, em termos de reprodução humana, não se compraz com restrições baseadas em fatores que caracterizem discriminação injusta ou desconsideração do estado de dignidade e de igualdade de todo ser humano, tais como aqueles fundamentados em critérios de raça, crença, origem, sexo, orientação sexual, posição socioeconômica e capacidade física.

O pluralismo procriativo, quando aplicado às técnicas de PMA, traz à tona um conjunto de dilemas éticos e jurídicos, instaurando acirrados debates sobre questões transversais, nomeadamente as relacionadas à livre expressão da sexualidade, à adequação dos meios de procriação humana, às novas formas de conjugalidade, à resignificação da família e à redefinição de parentalidade, as quais serão adiante minudenciadas e contextualizadas.

²⁶ *Idem.* pp. 71-73.

²⁷ SILVA, Susana. **Procriação Medicamente Assistida: Práticas e Desafios.** pp. 45-47.

1.2 As Diversas Formas de Expressão da Sexualidade

A palavra sexo tem origem etimológica no latim *sexus*, significando a “conformação particular que distingue o macho da fêmea, nos animais e nos vegetais” (CUNHA, 2010, 593)²⁸.

Sexualidade consiste em fenômeno de difícil definição, que a sociologia jurídica contemporânea busca compreender como sendo uma abstração ou construção mental sobre o uso do corpo, as sensações e a vivência dos prazeres, estudado à luz de dois principais modelos ou critérios: o “essencialista” ou o “interacionista”. O primeiro compreende a sexualidade como decorrente de imperativa natureza biológica e o segundo a considera produto da interação entre elementos biológicos, históricos e socioculturais (SARDINHA e FAISTING, 2013, 55).²⁹ O critério interacionista é o adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que entende a sexualidade como fruto da interação de elementos “biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais”.³⁰

A sexualidade expressa-se sob variadas formas e denominações, não sendo, todavia, o escopo deste trabalho esgotá-las. Uma delas é a “heterossexualidade”, que consiste na orientação sexual mais comum entre os seres humanos, e, ainda hoje, é tida, por alguns, como o comportamento sexual padrão e ideal. Em sua acepção etimológica, heterossexualidade vem da palavra grega *hetero*, que se traduz em “outro”, agregada do termo latino *sexus* (sexo) e do sufixo grego *idade*, ou sua redução *dade* (indicativo de), significando “sexualidade diferente”, ou “orientação sexual direcionada para pessoas do sexo oposto” (CUNHA, 2010, 593)³¹.

Por sua vez, a expressão “homossexualidade” foi cunhada pelo médico húngaro Karoly Benkert, no ano de 1869, sendo etimologicamente derivada do grego *homo*, que significa “semelhante”, “igual”, acrescida do latim *sexus* (sexo), traduzindo-se em “sexualidade

²⁸ *Idem*. p. 593.

²⁹ SARDINHA, Antonio Carlos; FAISTING, André Luiz. A Consolidação do Campo de Luta por Direitos Sexuais no Mato Grosso do Sul: Estudo do Percorso Histórico do Movimento LGBTT. **Direitos Humanos e Relações Internacionais: Debates Contemporâneos**. p. 55.

³⁰ Sexual Health, Human Rights and the Law Report. **WHO Library Cataloguing-in-Publication Data**. p. 5: “Sexuality is a central aspect of being human throughout life; it encompasses sex, gender identities and roles, sexual orientation, eroticism, pleasure, intimacy and reproduction. Sexuality is experienced and expressed in thoughts, fantasies, desires, beliefs, attitudes, values, behaviours, practices, roles and relationships. While sexuality can include all of these dimensions, not all of them are always experienced or expressed. Sexuality is influenced by the interaction of biological, psychological, social, economic, political, cultural, legal, historical, religious and spiritual factors”.

Tradução livre: “A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da vida; engloba sexo, identidades e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experimentada e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Enquanto a sexualidade pode incluir todas essas dimensões, nem todas elas são sempre experienciadas ou expressadas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais”.

³¹ *Idem*. p. 593.

semelhante” (DIAS, 2016, 70)³². Caiu em desuso a denominação “homossexualismo” (ROSA e CARDIN, 2017, 148)³³, em virtude de que, nesse contexto, o sufixo grego *ismo* é também associado a qualificação pejorativa ou a patologia (CUNHA, 2010, 367)³⁴, enquanto que o sufixo latino *idade*, reduzido para *dade*, quer dizer “acusativo de” (CUNHA, 2010, 198)³⁵. Como sinônimos, têm sido utilizados os vocábulos “isosssexualidade” e “homoafetividade”.

Dentre outras designações associadas à sexualidade, podem ser mencionadas a assexualidade (total falta de atração ou interesse por quaisquer dos sexos), bissexualidade (atração ou interesse emocional, afetivo ou sexual por pessoas de ambos os sexos), transexualidade (condição de discordância entre a identidade de gênero e o sexo anatomicamente considerado), intersexualidade (anatomia genital ou composição cromossômica diversas dos conceitos de masculino ou de feminino) e pansexualidade (atração ou interesse emocional, afetivo ou sexual, independentemente do sexo e do gênero).

Desde os primórdios, a sexualidade era tema da mitologia, da religião e da história.

A mitologia, estudo dos mitos ou de um conjunto de mitos, busca analisar e compreender as narrativas baseadas em tradições e lendas de uma cultura, sobre a criação do mundo, os fenômenos naturais e a humanidade. Para os seus estudiosos, atualmente, não mais é vista como uma mera coletânea de contos fantasiosos, mas fonte de subsídio para alguns ramos da ciência, por revelar os componentes simbólicos que concorrem para a composição e o desenvolvimento da consciência coletiva e da identidade cultural (BRANDÃO, 2015, 15)³⁶.

A respeito da sexualidade, há uma gama de narrativas mitológicas.

Segundo a mitologia grega, em princípio, existiam três sexos humanos: o masculino, o feminino e o andrógino. Este último possuía órgãos dos dois sexos, tinha a forma esférica, o

³² DIAS, MARIA BERENICE. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. p. 70: “Exprime tanto a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter como também significa a sexualidade exercida com pessoa do mesmo sexo”.

³³ ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Homoparentalidade na Reprodução Assistida**. p. 148.

³⁴ *Idem*. p. 367: “-ismo suf. nom. (=cast. -ismo = fr. -isme = ingl. -ism = al. -ism etc.), deriv. do gr. -ismós (> lat. -ismus), que já se documenta em vocs. formados no próprio grego (como *batismo*) e em numerosíssimos outros criados nas línguas modernas de cultura, alguns dos quais, particularmente do francês e do inglês, serviram de modelos para a formação de inúmeros derivados portugueses (como *empirismo* < fr. *empirisme*, *egotismo* < ing. *egotism*). A atestar a sua extraordinária vitalidade na língua portuguesa, o suf. -ismo participa também da formação de derivados de cunho nitidamente popular e com conotações irônico-pejorativas bem acentuadas (como *pão-durismo*, *puxa-saquismo*). [...] (iv) doença, defeito (*artrismo*, *sonambulismo*) etc”.

³⁵ *Idem*. p. 198: “-dade, -idade suf. nom., do lati. -itātem, acusativo de -itās -itātis [...]. Em português, o suf. -idade ocorre, também, com a forma reduzida -dade. [...]”

³⁶ BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume I. p. 15: “Após Freud, Jung, Neumann, Melanie Klein, Erich Fromm, Mircea Eliade, e isto só para citar apenas alguns dos grandes pioneiros e seus seguidores, o mito enveredou por caminhos bem mais legítimos e genuínos: deixou de ser uma simples história da carochinha ou uma ficção, ‘coisa inacreditável, sem realidade’, para, como acentua Byington no Prefácio, ‘através do conceito de arquétipo’, abrir para a Psicologia a possibilidade de perceber diferentes caminhos simbólicos para a formação da Consciência Coletiva”.

que facilitava sua movimentação, era forte e corajoso. Por ter tentado escalar o Olimpo, o que representava uma afronta e ameaça aos deuses, Zeus resolveu cortar o andrógino em duas partes, a fim de torná-lo mais humilde, menos perigoso e com a eterna sensação de incompletude. Além do andrógino, existiam duas outras fusões, de mulher com mulher, e de homem com homem, que também foram separadas por Zeus (BRANDÃO, 2015, 33-35)³⁷.

Ainda na mitologia grega, consta que Hermafrodito, por obra dos deuses que atenderam a um pedido da apaixonada ninfa Sálmacis, com esta foi fundido em um só ser, de ambos os sexos – um hermafrodita (BRANDÃO, 2015, 213-214)³⁸.

Tirésias teria sido transformado em mulher (COMMELIN, 2011, 246)³⁹ e assim perdurou por sete anos, tendo se relacionado com outro homem, e, pelas suas vivências como homem e mulher, fora eleito como árbitro para dirimir um conflito conjugal entre Zeus e Hera (KERÉNYI, 2015, 102)⁴⁰. Cênis transformou-se num homem invulnerável – Ceneu (KERÉNYI, 2015, 221)⁴¹. Ífis, desde tenra idade, fora educada e vestia-se como rapaz, tendo despertado o amor da jovem Iante, e, para viabilizar o enlace, a deusa Ísis converteu Ífis em um homem (SCHMIDT, 1937, 156)⁴². São relatos similares à assim chamada transexualidade.

Era também recorrente na mitologia o tema homossexualidade, abordado na relação entre Crisipo e Laio, donde teria surgido a paixão homoerótica (KERÉNYI, 2015, 92);⁴³ no romance entre o menino Átis e o selvagem Agdístis (KERÉNYI, 2015, 85);⁴⁴ e no interesse por rapazes manifestado por Orfeu, considerado o introdutor das relações entre pessoas do mesmo sexo na Trácia (KERÉNYI, 2015, 263)⁴⁵. Apolo amou Jacinto, a quem teria matado

³⁷ BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume III. pp. 33-35: “Eis aí, consoante Platão, a origem do amor, que as criaturas sentem umas pelas outras: o amor tenta recompor a natureza primitiva, fazendo de dois um só, e, desse modo, restaurar a antiga perfeição. É conveniente, porém, acrescentar que não havia tão somente o andrógino, mas também duas outras ‘fusões’, igualmente separadas por Zeus, a saber, de mulher com mulher e de homem com homem, o que explica no discurso de Aristófanes, o homossexualismo masculino e feminino”.

³⁸ BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume II. pp. 213-214.

³⁹ COMMELIN, P. **Mitologia Grega e Romana**. p. 246.

⁴⁰ KERÉNYI, Karl. **A Mitologia dos Gregos**. Volume II: A História dos Heróis. p. 102.

⁴¹ *Idem*. p. 221.

⁴² SCHMIDT, Joël. **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. p. 156.

⁴³ *Idem*. p. 92: “[...] Mas o seu rapto, executado por Laio, era mais bem conhecido através de uma tragédia de Eurípedes; o filho de Lábdaco, como o poeta o representou no palco em Crisipo, foi o ‘inventor’ da paixão homoerótica. [...] A maldição de Pélope acompanhou o raptor; este nunca poderia ter um filho ou, se o tivesse, seria morto por ele. Dizia-se também que Crisipo, envergonhado, deu cabo da própria vida”.

⁴⁴ KERÉNYI, Karl. **A Mitologia dos Gregos**. Volume I: A História dos Deuses e dos Homens. p. 85: “Átis era um menino de maravilhosa beleza. A história prossegue dizendo que Agdístis se apaixonou por ele. A divindade selvagem saiu com o rapaz, já crescido, para caçar, levou-o para os ermos mais inacessíveis e deu-lhe despojos de caçada. Midas, rei de Pessinunte, tentou separar Átis de Agdístis e, com esse propósito, deu por esposa ao menino a própria filha. Agdístis compareceu ao casamento e ensandeceu os participantes com as notas de uma flauta de pã. Átis castrou-se debaixo de um pinheiro, gritando: ‘Para ti, Agdístis!’ E assim morreu. Do seu sangue brotaram as violetas”.

⁴⁵ *Idem*. p. 263.

acidentalmente (KERÉNYI, 2015, 127)⁴⁶. Em outra versão, Zéfiro, com ciúmes de Jacinto e Apolo, teria, com um sopro de vento, desviado um disco para que ferisse Jacinto de morte (SCHMIDT, 1937, 163)⁴⁷. O poeta e cantor Tâmiris, fascinado por Jacinto, também disputava o amor deste com Apolo (SCHMIDT, 1937, 256)⁴⁸. Por sua vez, Apolo também nutria afeto por Ciparisso (KERÉNYI, 2015, 127)⁴⁹ e Himeneu (KERÉNYI, 2015, 157)⁵⁰.

Essa ilustração revela que, nas narrativas mitológicas, a sexualidade era exprimida de distintas formas e, sendo uma delas, a isossexualidade era abordada como manifestação comportamental natural, e não desvio de conduta ou falha de caráter. Os sentimentos e relações entre pessoas e seres do mesmo sexo não eram objeto de julgamento moral ou de tratamento depreciativo, mas reflexo do modo de ser e de pensar da era clássica helênica.

Por sua vez, na Índia, os homens de Winnipeg tinham a crença de que, se sonhassem com a lua, teriam o dever de se relacionar apenas com pessoas do mesmo sexo, entregando-se aos serviços da Deusa Lua (KEATING *apud* BRANDÃO, 2015, 80)⁵¹.

Assim, vê-se que as relações entre pessoas do mesmo sexo sempre permearam as interações humanas, independentemente de época, de crença e de extratificação social.

No âmbito religioso, há relatos históricos de que o ato sexual entre homens fazia parte de antigos rituais em templos fenícios, mesopotâmicos, egípcios e indianos.

Na religião católica, a Bíblia faz referência a relações sexuais entre pessoas do sexo masculino, ao narrar uma tentativa de estupro coletivo contra homens hóspedes de Ló, na cidade

⁴⁶ *Idem.* p. 127: “Jacinto era um jovem divino parecido com Adônis. [...] Nas lendas subsequentes, Jacinto é sempre um jovem delicado, às vezes retratado a cavalo num cisne. Dizia-se que Apolo o amava e porfiava com ele no arremesso do disco. Numa tarde, o deus atingiu o amado com o disco de pedra. Do sangue da vítima acidental nasceu o jacinto, flor agreste, azul-escura. Jacinto, naturalmente, estava tão ‘morto’ quanto Adônis [...]”.

⁴⁷ *Idem.* p. 163: “Este jovem belo, por quem os deuses se disputavam, foi um dia mortalmente ferido pelo disco de Apolo, durante um jogo. Conta-se igualmente que Zéfiro, com ciúmes da afeição que Apolo testemunhava a Jacinto, desviou, com o seu sopro, o disco e, fazendo-o sair do percurso normal, dirigiu-o contra a cabeça do jovem. Apolo, diante desta infelicidade, sentiu uma dor violenta e, para perpetuar a lembrança do amigo, transformou o sangue do ferimento que manchava a terra numa flor de cor púrpura, com cálice em forma de lírio [...]”.

⁴⁸ *Idem.* p. 256: “Conta-se que Tâmiris estava apaixonado por Jacinto; tinha como rival Apolo. O deus, para o eliminar, apressou-se a dizer às Musas que o poeta se vangloriava de as ultrapassar. Irritadas, as nove divindades cegaram Tâmiris e privaram-no da faculdade de cantar”.

⁴⁹ *Idem.* p. 127.

⁵⁰ *Idem.* p. 157: “Outra figura que poderia igualmente confundir-se com a de Jacinto e que, portanto, era também considerada um menino amado por Apolo, foi Himeneu, assim chamado por causa do grito de ‘Hímen’, refrão melódico em nossos epitalâmios. A palavra também significa a virgindade de uma rapariga – a sua ‘flor’, como é chamada metaforicamente. [...] Havia também uma história segundo a qual ele usava roupas de mulher a fim de seguir a adorada donzela com quem devia casar”.

⁵¹ KEATING, W. H. *apud* BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume II. p. 80: “Na Índia, segundo W. H. Keating, os homens de Winnipeg consideram o sol como propício ao homem, mas julgam que a lua lhes é hostil e se alegra quando pode armar ciladas contra o sexo masculino. Desse modo, os homens de Winnipeg, se sonhassem com a lua, sentiam-se no dever de tornar-se *cinaedi*, quer dizer, homossexuais. Vestiam-se imediatamente de mulher e colocavam-se ao serviço da lua. Em 2Reis 23,7, Josias mandou derrubar os aposentos dos efeminados, consagrados a *Astartê*”.

de Sodoma, o que gerou a pejorativa expressão “sodomia”, que, em uma de suas acepções, significa “sexo entre homens”⁵². Pela Bíblia hebraica, em Levítico, livro que também compõe o antigo testamento cristão, é estabelecida a interdição sexual entre pessoas do sexo masculino, o que era tido como abominação,⁵³ sujeita a penas de suplício e de morte⁵⁴.

Na Idade Média, durante o auge da inquisição, regras clericais penalizavam as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, de forma tão severa quanto as heresias e a traição nacional, sendo aplicadas pelo “Santo Ofício”. Sob a influência do judaísmo e do catolicismo, calcada no “Código Sagrado do Levítico”, o sexo, agora visto como pecado, passou a ser admitido apenas para fim de procriação e constituição de família, sendo o matrimônio sacralizado e proibidas as práticas isossexuais, as quais, todavia, continuavam sendo consumadas nos mosteiros e exércitos, alçadas à invisibilidade e apagamento social (ROSA e CARDIN, 2017, 31)⁵⁵. A doutrina aponta como um dos principais motivos da repressão à isossexualidade, pela igreja católica, o interesse geopolítico na manutenção e/ou na elevação da densidade demográfica, afetada pela baixa expectativa de vida da população da época, em decorrência de epidemias e guerras (MARTINS, 2017, 38-39)⁵⁶. Na era medieval, tornou-se imprescindível assegurar a hegemonia do estado-igreja sobre os territórios ocupados e/ou conquistados, bem como garantir as bases de fidelização junto à população. Assim, a instituição familiar e a reprodução humana consistiam em matérias de inegável interesse sociopolítico.

No contexto histórico, as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo faziam parte do cotidiano das antigas civilizações gregas, romanas, egípcias e assírias.

⁵² COSTA, Frei Alcindo. **Bíblia Sagrada**. p. 32. Gênesis, 19:4-8: “4. Ainda não se tinham deitado, quando os homens da cidade, os homens de Sodoma, desde os mais novos até os mais velhos, todos sem exceção, rodearam a casa, 5. chamaram Lot e disseram-lhe: «Onde estão os homens que entraram na tua casa esta noite? Trá-los para fora, a fim de os conhecermos.» 6. Lot veio à entrada da casa, e, fechando a porta atrás dele, 7. disse-lhes «Suplico-vos, meus irmãos, não cometais semelhante perversidade. 8. Escutai-me: tenho duas filhas ainda virgens. Eu vo-las trarei, fazei delas o que vos aprouver. Mas não façais mal a esses homens, porque vieram acolher-se à sombra do meu tecto»”.

⁵³ *Idem*. p. 118. Levítico, 18:22 e 29: “22. Não coabitarás sexualmente com um varão; é uma abominação. [...] 29. Porque todos os que cometeram alguma dessas abominações, serão eliminados do seu povo”.

⁵⁴ *Idem*. p. 120. Levítico, 20:13: “13. Se um homem coabitar sexualmente com um varão cometeram ambos um acto abominável; serão punidos com a morte e mereceram o suplício”.

⁵⁵ *Idem*. p. 31.

⁵⁶ MARTINS, Sandra Regina Carvalho. **Uniões Homoafetivas: Da Invisibilidade à Entidade Familiar**. pp. 38-39: “De acordo com o pensamento de São Tomás de Aquino (século XIII), a Igreja classificava os pecados em *secundum naturam* e *contra naturam*, sendo estes últimos os que excluía a possibilidade de procriação, considerados muito graves e, por isso, levavam à condenação dos fiéis. Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, um dos principais motivos históricos para a condenação da homossexualidade foi a baixa expectativa de vida da população da Europa Ocidental durante a ascensão da fé cristã. Em Roma, isso se caracterizou pelo constante estado beligerante de seu Império, o que causava muitas mortes, onde cada mulher precisaria gerar cinco filhos, em média, para que fosse mantida a estabilidade da população romana. Além disso, a peste bubônica dizimou aproximadamente um terço da população europeia da época, e tornou a heterossexualidade, acima de tudo, necessária. Assim, faz sentido que Justiniano tenha baixado duas leis anti-homossexuais, uma antes e outra depois de ter havido, no ano de 542, uma epidemia de peste bubônica”.

Na Grécia antiga, onde teve maior difusão, a homossexualidade era vista como virtude, sendo considerada mais nobre que os relacionamentos entre pessoas de sexos distintos, por razões de ordem intelectual, estética e ética. A Professora Doutora Renata Raupp Gomes refere que, na antiguidade helênica, “o amor valioso era o amor entre os homens, considerados então como iguais” (GOMES, 2016, 74-75)⁵⁷. Conviviam diferentes configurações de relacionamentos, mas imperava a bissexualidade, pois, na concepção grega, o desejo se movia na direção do belo, independentemente do sexo. A isossexualidade figurava como tema de interesse estratégico de guerra, sobretudo nas cidades-Estado de Esparta e Tebas, onde era incentivada, inclusive com a possibilidade de casamento (MARTINS, 2017, 27-29).⁵⁸ No mundo grego, a homossexualidade também tinha fins pedagógicos, vez que a transmissão do conhecimento era pautada por uma estreita relação entre mestre e aluno (MARTINS, 2017, 29)⁵⁹. O amor entre homens foi referido na obra “O Banquete”, de Platão, e, por sua vez, as

⁵⁷ GOMES, Renata Raupp. Os Novos Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato – org. **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas**. pp. 74-75.

⁵⁸ *Idem*. pp. 27-29: “Com o amparo em Michel Foucault, pode-se afirmar que na Grécia, além do culto ao belo, predominava a bissexualidade. Todavia, eles não reconheciam duas espécies de desejos, diferentes ou concorrentes. Diz-se de sua bissexualidade ao pensarmos na livre escolha que faziam entre os dois sexos, porém essa possibilidade não era sentida como uma estrutura, ambivalente e bissexual do desejo. O que os levava a desejar um homem ou uma mulher era unicamente o apetite que a natureza tinha implantado no coração do homem por aqueles que são belos, qualquer que seja o seu sexo. [...] Em Esparta, a relação homossexual era valorizada pelo governo. A homossexualidade espartana era uma consequência lógica da supervalorização do mundo masculino, da guerra e das relações entre homens em geral. Como exemplo da solidariedade e agressividade que a homossexualidade é capaz de produzir no grupo militar que a pratica, podemos citar o ‘destacamento homossexual’ que tinha Felipe da Macedônia e que morreram todos na batalha de Queroneia, assombrando quem os viu lutar. Isto porque, cada um deles ao lutar contra o inimigo, defendia seu par, sua própria vida, seu prestígio social ante aquele com quem compartilha seus sentimentos. Não é necessario destacar a agressividade de quem trata de vingar a morte do amante nas mãos do inimigo. Adilson José Moreira citando Murray (*Homosexualities*) e Boswell (*Same-sex Unions in Premodern Europe*), ambos da Universidade de Chicago, discorrem sobre outro exemplo do valor cultural dessas uniões que é a exaltação do ‘bando sagrado de Tebas’, constituído por um grupo de guerreiros formados por duplas de 150 amantes, criado pelo general Górgidas. Tais guerreiros lutavam junto com os outros batalhões, porém, tendo em vista seu grande sucesso, passaram a atuar como um batalhão de choque sob a direção de Pelópidas. O seu sucesso transformou a cidade de Tebas na mais poderosa força militar da época. Tebas, que era a capital da Beócia, tinha fama de incentivar publicamente o casamento entre homens adultos e rapazes. A formação deste batalhão baseava-se na ideia bastante difundida entre os gregos de que o forte vínculo existente entre os amantes seria um elemento decisivo no campo de batalha. O amor existente entre eles faria com que um defendesse o outro a qualquer custo. A história do bando de Tebas está relacionada também à história de Pelópidas e Epaminondas. Epaminondas era um político destacado e também um grande estrategista militar, o que levou Tebas a vencer o poderoso exército espartano na batalha de Leutra e estabeleceu a hegemonia militar tebana no Peloponeso. O relacionamento de Pelópidas e Epaminondas é também um dos mais admirados no mundo grego”.

⁵⁹ *Idem*. p. 29: “Débora Vanessa Caús Brandão, citando Caroline Mécary (*Droit et Homosexualité*), ensina que, com relação à homossexualidade, além da estética havia todo um ritual envolvendo a transmissão e a aquisição da sabedoria. Pode-se citar como maior exemplo o filósofo Platão e seus preceptores. Os efebos eram adolescentes que buscavam o mestre para serem iniciados na arte da retórica e da oratória. Ser escolhido pelo preceptor era motivo de muita honra e assim os jovens aprendizes deveriam se submeter a favores sexuais. Percebe-se que havia um motivo para que os preceptados servissem seus preceptores: a crença de que essa prática aumentaria suas habilidades políticas e militares, além de ter como fundamento a transmissão de um saber e de uma educação refinada”.

relações afetivas entre mulheres faziam parte de rituais de iniciação e eram provenientes de afinidade estética, conforme mencionado nas poesias de Safo de Lesbos (MARTINS, 2017, 29-30)⁶⁰. Aristóteles referia-se às relações de amizade, baseadas no prazer e na utilidade, entre homens inferiores, entre homens superiores e homens inferiores, e entre homens que não fossem especialmente inferiores nem superiores (ARISTÓTELES, 2017,168)⁶¹.

Em Roma, cuja sociedade era fortemente patriarcal, as práticas eróticas por pessoas do mesmo sexo tinham distinta conotação, não sendo uma relação entre iguais, mas entre homens livres e escravos ou prisioneiros, sendo que a estes cabia o papel passivo. O comportamento sexual passivo era tão censurável que chegava a ser usado como manobra para destruir pretensões políticas, mas não havia qualquer discriminação em relação aos que exerciam papel ativo. Tinha um caráter de subjugação nessas relações, que contavam com a mera tolerância social, sem a sublimação dos moldes helênicos. O homem romano que não exercesse a sua masculinidade era visto como um cidadão de segunda categoria. Os imperadores Nero, Júlio César e Adriano mantinham relacionamentos com pessoas do mesmo sexo, embora tivessem esposas. Com a conquista sobre a Grécia, foi se arrefecendo a imagem máscula do ideário romano. Assim, passaram a se estabelecer uniões duradouras e exclusivas entre pessoas do mesmo sexo. As uniões informais prevaleciam nas classes inferiores, sendo formalizadas nas classes altas, e, no período republicano, os relacionamentos homossexuais tinham a mesma posição dos heterossexuais. Porém, no sentido jurídico, não eram reconhecidos como matrimônio, o qual era condicionado à distinção entre os sexos (MARTINS, 2017, 31-35)⁶².

Com a filosofia estóica, no século III a.C., surgiu a noção de casamento procriativo, sendo incentivado o controle das emoções e dos impulsos sexuais, como meio de evolução espiritual, vedando-se os comportamentos homossexuais e bissexuais (MARTINS, 2017, 37)⁶³.

Mesmo com a repressão na época, há referências de relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo na literatura romana. Públio Ovídio Nasão (43 a.C.), em passagens da obra “A Arte de Amar”, mencionou sentimento de amor entre Bíblis e Cauno (OVÍDIO, 2003, 35)⁶⁴ e relacionamento entre homens (OVÍDIO, 2003, 43)⁶⁵. Outro exemplo literário que pode ser citado é a obra “O Satiricon”, de 63 d.C, escrita por Gaius Petronius.

⁶⁰ *Idem*. pp. 29-30.

⁶¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. p.168.

⁶² *Idem*. pp. 31-35.

⁶³ *Idem*. p. 37.

⁶⁴ NASÃO, Públio Ovídio. **A Arte de Amar**. p. 35: “Será preciso falar de Bíblis, que ardeu de amor culpado por seu irmão, e puniu o seu crime corajosamente com força?”

⁶⁵ *Idem*. p. 43: “Os homens devem agradar apenas pela elegância discreta; a pele deve estar bronzeada pelo exercício do Campo de Marte; a tua toga, com bom caimento e imaculada; o calçado, bem amarrado e na justa medida do pé, não grande demais; o cabelo bem aparado, unhas, cortadas e limpas e que não haja pêlos a sair pelas

Segundo relatos, gênios da humanidade como Leonardo da Vinci, Michelangelo, Shakespeare e Caravaggio teriam mantido relacionamentos com pessoas do mesmo sexo (MARTINS, 2017, 39)⁶⁶. Luís XIII, soberano da França, mesmo casado com a infanta Ana d'Áustria, desde 25.12.1615, tomando consciência de sua verdadeira natureza, teria se relacionado com o jovem Le Grand - Cinq-Mars (PASTEUR, 1997, 118-119)⁶⁷.

Há constatação empírica de que a homossexualidade também pode ser resultante de práticas culturais, a exemplo do infanticídio feminino na Polinésia Francesa, que fomentou o índice de relacionamentos afetivo-sexuais entre homens, bem como da repressão feminina em alguns países, majorando a homossexualidade em ambos os sexos (THOMSON, 2002, 63)⁶⁸. Aqui, tem-se um exemplo da já referida acepção interacionista da sexualidade, que deriva de elementos não apenas biológicos, mas também históricos, culturais e sociais.

E existiram civilizações que se mostraram tolerantes e abertas à isossexualidade, tais como *vikings*, normandos ingleses, prussianos, *masai*, japoneses medievais e chineses modernos (THOMSON, 2002, 63-64)⁶⁹. Em algumas dessas sociedades, a aceitação da isossexualidade foi justificada pela mesma finalidade alegada quando da proibição medieval: o controle populacional. Entretanto, aqui, para fins de contenção da natalidade e/ou redução da densidade demográfica, com motivação geopolítica ou socioeconômica.

Desenvolvendo a questão em termos de história do pensamento jurídico, pelo Direito Romano, sob o império de Justiniano, através dos éditos Novela n. 77 (ano 538) e Novela n.

narinas; que não saia de tua boca malcuidada um hálito desagradável, e que um odor de bode não agrida as narinas. Todo o resto deixa para as mulheres lascivas ou para aqueles que, contrariando a natureza, procuram o amor de um outro homem”.

⁶⁶ *Idem.* p. 39.

⁶⁷ PASTEUR, Claude. **Dois Mil Anos de Segredos de Alcova: de Nero a Hitler**. pp. 118-119.

⁶⁸ THOMSON, Oliver. **A Assustadora História da Maldade**. p. 63: “Em lugares como o Taiti, o infanticídio feminino criou sociedades com desequilíbrio sexual, o que fez prevalecer a homossexualidade. Os muçulmanos, por esconderem suas mulheres e idolatrarem a castidade feminina, criaram uma atmosfera onde a homossexualidade era mais provável em áreas como Marrocos, Zanzibar, Afeganistão e a própria Índia. Os índios norte-americanos toleravam ‘esposas’ travestidas conhecidas como *herdaches*”.

⁶⁹ *Idem.* pp. 63-64: “Vários povos têm sido bem mais tolerantes com a homossexualidade do que a média das sociedades – os gregos do período clássico, os *vikings*, os normandos ingleses, os prussianos, os *masai*, os japoneses medievais, os chineses modernos. O lesbianismo ou o fato de as mulheres adotarem hábitos masculinos foi encontrado em inúmeras sociedades, especialmente entre os esquimós, os hotentotes, os povos de Zanzibar e nos haréns do Egito, onde seu desenvolvimento era compreensível. O costume tornou-se mais aberto nos anos 60 e foi racionalizado com mais eficácia do que nunca, incluindo o argumento de que constitui um meio de controle populacional. Houve um templo homossexual na antiga Jerusalém, mas os judeus geralmente se opuseram à homossexualidade, assim como os assírios, que castravam os homens praticantes. Os hititas, por outro lado, pareciam tolerá-la, e na ilha de Lesbos, no século VI a.C., a poetisa Safo tornava-se lírica com suas amantes, num clima obviamente não tão hostil. De fato, os gregos geralmente pareciam estar à vontade com relação à homossexualidade. Epaminondas de Tebas conduziu seu famoso exército de pares masculinos que lutavam juntos até a morte. Do mesmo modo, os Cavaleiros Hospitalários Germânicos da Terra Santa adotaram um culto à amizade masculina, e os soldados do moderno exército chinês eram vistos caminhando de mãos dadas”.

141 (ano 548), todos os atos homossexuais passaram a ser reprimidos pelo Estado e sujeitos a penas severas em caso de não “conversão” (MARTINS, 2017, 36)⁷⁰.

Durante o absolutismo, no Reino de Portugal, quando o Estado reunia o poder temporal e clerical, as Ordenações Afonsinas⁷¹, no Livro V, Título XVI, previam o crime e “pecado de sodomia”, tido como ofensa ao “Criador da natureza” e à toda criatura, “celestial como humanal”⁷². Cominava sanção capital. As Ordenações Manuelinas⁷³ consistiram em revisão e atualização do texto da ordenação anterior. No Livro V, Título XII, manteve o mesmo delito e pena. E, por sua vez, as Ordenações Filipinas⁷⁴ reformaram as precedentes, porém, mantendo o crime-pecado de sodomia e a pena de morte, então cominada no Livro V, Título XIII.

Na França, sob influência do iluminismo, o Primeiro Código Penal Francês, de 1791, descriminalizou as relações íntimas consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo, que, até então, eram vedadas e punidas pelo *Ancien Régime*.

Com o advento do Código Penal Português de 1852,⁷⁵ houve a descriminalização das relações sexuais consentidas entre pessoas maiores de idade do mesmo sexo, não mais havendo previsão no rol dos intitulados “crimes contra a honestidade”. O Código Penal de 1886⁷⁶ não criminalizou expressamente tais relações, cenário verificado também com o advento do Código Penal de 1982⁷⁷. Esse foi um significativo movimento da ordem jurídica lusitana no sentido da não discriminação e do reconhecimento da liberdade de orientação sexual.

Em meados e no final do Século XX, enquanto as reivindicações das mulheres, em matéria de sexualidade, já estavam direcionadas às questões políticas, econômicas e sociais, a invocação dos direitos das pessoas e casais com orientação voltada para o mesmo sexo cingia-se à vertente sexológica, uma vez que sua condição era considerada apenas como uma prática sexual, ainda combatida e desqualificada (FOUCAULT, 1979, 268)⁷⁸.

⁷⁰ *Idem*. p. 36.

⁷¹ As Ordenações Afonsinas foram a primeira coletânea de leis portuguesas da era moderna, trazendo postulados para a aplicação do direito canônico e do direito romano em todo o Reino de Portugal, abrangendo suas colônias. Tal conjunto normativo foi criado em 1446, pelo Rei Dom Afonso V.

⁷² “[...] Mandamos, e poemos por Ley geeral, que todo homem, que tal peccado fezer, per qualquer guifa que feer poffa, feja queimado, e feito per fogo em poo, por tal que já nunca de feu corpo, e fepultura poffa feer ouvida memoria”. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg54.htm>.

⁷³ Editadas pelo Rei D. Manuel, entre 1512 e 1514. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p47.htm>.

⁷⁴ Sancionadas em 1595 pelo Rei Felipe I de Portugal (Filipe II de Espanha), vigoraram, em Portugal, até a codificação do século XIX, e, no Brasil, permaneceram vigentes, em matéria penal e processual penal, até o advento do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832, e, em matéria cível, até a edição do Código Civil de 1916. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1162.htm>.

⁷⁵ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

⁷⁶ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

⁷⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. pp. 268-269.

Já no plano da literatura psicanalítica, até o final do século XX, o então usualmente denominado “homossexualismo” era considerado espécie de “perversão sexual”. Perversão significa a transmutação do bem em mal (CHAZAUD, 1978, 18-19)⁷⁹. Perversa é a pessoa tida como voltada para o mal (CHAZAUD, 1978, 19)⁸⁰. Perversidade é a atividade, o ato de converter o bem em mal (CHAZAUD, 1978, 19)⁸¹. Assim, a homossexualidade era vista como uma anomalia (CHAZAUD, 1978, 66-67)⁸². Entretanto, com a evolução dos estudos da psicanálise, especialmente a partir dos trabalhos de revisão teórica da obra de Sigmund Freud, as expressões de sexualidade distintas do padrão heteronormativo deixaram de ser vistas como perversão sexual. A isossexualidade passou a ter uma abordagem neutra, deixando de ser, na ótica psicanalítica, definida como doença, não sendo considerada nem como vantagem, nem como desvantagem, em relação às capacidades da pessoa (DIAS, 2016, 70)⁸³.

Contudo, do ponto de vista médico, algumas formas de expressão da sexualidade ainda figuram como transtornos, na lista vigente publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) - Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10/ICD-10⁸⁴, como os códigos F64-Transtornos da Identidade Sexual, F65-Transtornos da Preferência Sexual e F66-Transtornos Psicológicos e Comportamentais Associados ao Desenvolvimento Sexual e à Sua Orientação. Contudo, a Associação Americana de Psiquiatria, desde 1973, retirou a homossexualidade do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*). Atualmente, pesquisas que têm por objeto identificar causas biomédicas ou desenvolver tratamento/cura para

⁷⁹ CHAZAUD, Jacques. **Perversões Sexuais: Enfoque Psicanalítico**. pp. 18-19.

⁸⁰ *Idem*. p. 19.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Idem*. pp. 66-67: “A homossexualidade é uma constante da vida em sociedade. O número surpreendente de 37% de mulheres que a praticam ou a praticaram (acreditando-se em Kinsey) mostra sua importância em nossas sociedades ocidentais contemporâneas. O lugar que a homossexualidade encontrou dentro da cultura grega, onde era valorizada como ideal pedagógico (Sócrates); o fato de ter sido uma condição para o acesso ao sacerdócio, em algumas tribos ameríndias; a constatação de seu constante reaparecimento nos internatos, nas prisões, nos quartéis e nos conventos; suas inevitáveis manifestações (psicológicas e físicas) transitórias durante a puberdade, apresentam o problema dos limites do normal e do patológico, dentro dos ‘desvios’. Isto, tanto no plano quantitativo quanto no plano qualitativo, segundo uma relatividade que se expressa nas atitudes contraditórias da tolerância, de acordo com as civilizações e climas. As reações, nesse domínio, vão desde a condenação severíssima (e até a castração!) à simples brincadeira (ao menos enquanto a prática não está associada ao deboche dos menores). O rigor, mesmo quando exercido, limita-se, geralmente, apenas à repressão da homossexualidade masculina. Se a alegação, tão comum, do ‘refinamento’, diga-se da criatividade alcançada pelos invertidos, muitas vezes parece paradoxal (considerando-se a mesquinhez e a pobreza das realizações afetivas da grande massa de homossexuais dos dois sexos), o sucesso literário de um Gide, a justificação dada por Platão num grandioso mito como os imortais poemas sáficos, não permitem que se negue toda a credibilidade aos partidários ideológicos do ‘terceiro sexo’. O grande investimento narcísico que os homossexuais aplicam à sua perversão e a seu uso (para além do sentimento de culpa e de vergonha superficial) demonstra bem que em tal anomalia é a própria constituição do indivíduo, e até sua identidade, que estão em jogo”.

⁸³ *Idem*. p.70.

⁸⁴ Disponível em <https://www.cid10.com.br/code>.

as formas diferenciadas de expressão da sexualidade tendem a ser desestimuladas, pelo descrédito científico e pela dificuldade na obtenção de recursos financeiros para o custeio.

Um importante avanço adveio da adesão da OMS à proposta de despatologização da homossexualidade, pela qual, na versão da Classificação Internacional de Doenças atualizada em 2018, CID-11/ICD-11⁸⁵, com previsão de entrada em vigor para 1º de janeiro de 2022, a orientação voltada para pessoa do mesmo sexo não mais é elencada como desordem, transtorno ou patologia. Remanesce a incongruência de gênero⁸⁶, subdividida nos códigos HA60 (incongruência de gênero do adolescente ou adulto), HA61 (incongruência de gênero na infância) e HA6 (incongruência de gênero não especificada). Na nova classificação, em matéria de orientação sexual, o enfoque principal dirige-se às condições e à proteção da saúde sexual, o que permitiu incluir quadros clínicos decorrentes de causas externas de morbidade ou mortalidade, a exemplo dos maus tratos sexuais (PJ21); bem como outros fatores que influenciam o estado de saúde, associados ao ambiente sociocultural - ser alvo de discriminação ou perseguição sexual adversa percebida (QE04), e, ainda, problemas relacionados a eventos prejudiciais ou traumáticos - histórico pessoal de abuso sexual (QE82.1).

É a partir dos mínimos, mas significativos, movimentos evolutivos verificados nas diversas áreas do conhecimento humano que, hodiernamente, embora ainda encontrando resistência, tem se desenvolvido o necessário suporte ao entendimento de que é nociva a primazia de uma expressão de sexualidade eleita pelo Estado como legítima, pois o livre exercício de cada uma das formas de sua manifestação, ou mesmo o desejo de não exercê-la, devem ser assegurados a cada cidadão (SARDINHA e FAISTING, 2013, 55-56)⁸⁷.

⁸⁵ Disponível em <http://www.who.int/classifications/icd/en/>.

⁸⁶ A CID-11 descreve a incongruência de gênero como uma condição “caracterizada por uma marcante e persistente incongruência entre o gênero experimentado pelo indivíduo e o sexo atribuído. Comportamento variante de gênero e preferências por si sós não são uma base para atribuir os diagnósticos neste grupo.”

⁸⁷ *Idem*. pp. 55-56: “O entendimento de que a sexualidade é um direito que não se restringe e nem se confunde com a prática sexual e reprodutiva não está amplamente compartilhado, motivando conflitos em torno desse sentimento nos espaços jurídicos. Os direitos sexuais incluem o direito à afirmação das diferentes possibilidades de expressão sexual e o direito de decidir de maneira autônoma pelo uso do próprio corpo, oferecendo garantias à afirmação de diversas formas de identidade e expressão sexual ao longo da vida (VILLELA e ARILLA, 2003). Esses direitos tiveram uma incorporação difusa no vocabulário jurídico brasileiro e acabaram atrelados aos direitos reprodutivos, o que não foi de todo problemático, por se tratar de uma estratégia política que fez com que os direitos sexuais pudessem ser trazidos à tona, apesar das resistências na constituição como discurso legítimo a ser positivado”.

1.3 Procriação e o Anseio do Perpétuo

Procriar é verbo que vem do latim *prōcreāre*, significando “dar nascimento”, “gerar”. Procriação ou procreação tem origem etimológica na expressão *prōcreātiō -ōnis*, “atuação” ou “ato de procriar” (CUNHA, 2010, 7 e 523)⁸⁸. A procriação é o meio para o atingimento da perpetuação da espécie, fenômeno natural, social e político.

A busca da perpetuidade genética é precedente à formação do Estado e à criação das leis, estando para além destas, e, na visão de algumas pessoas, consiste em experiência existencial essencial, caso em que, na hipótese de limitação, pode ser afetada a sua percepção de qualidade de vida e de realização individual (MUTCHERSON, 2015, 39-41)⁸⁹.

Desde os primórdios, a reprodução humana é relevante, seja do ponto de vista biológico, pela ideia de perpetuidade resultante do exercício da sexualidade, ou, ainda, pela finalidade social de consolidação de um projeto parental ou familiar, para que a pessoa possa se firmar no meio em que inserida e transmitir o seu legado (FIGUEIREDO, 2005, 65-67)⁹⁰.

A procriação sem o intercurso sexual não é inovação do mundo contemporâneo, pois já era relatada na mitologia, na religião e na história.

⁸⁸ *Idem.* pp. 7 e 523.

⁸⁹ *Idem.* pp. 39-41: “*Perpetuating one’s genes is fundamental in a primal and biological way. Life yearns for itself and procreation is a substantive and critical part of the human experience. References to creating progeny permeate significant religious texts and works of great literature. While it is not the case that any one individual must reproduce in order to live, it is the case that, for many people, a failure to procreate implicates the sense of self and diminishes perceived quality of life. Procreation is essential in a foundational way that precedes the state and exists without it. [...] Thus, the right to procreate is beyond the law even though it can be shaped by the law*”. Tradução livre: “Perpetuação dos genes de alguém é fundamental de maneira primária e biológica. A vida anseia por si mesma e a procriação é uma parte substantiva e crítica da experiência humana. Referências à criação de progênie permeiam textos religiosos significativos e obras de grande literatura. Embora não seja o caso de qualquer indivíduo se reproduzir para viver, é o caso que, para muitas pessoas, uma falha para procriar implica o senso de si e diminui a qualidade de vida percebida. Procriação é essencial em uma maneira fundante que precede o estado e existe sem ele. [...] Assim, o direito de procriar está além da lei, mesmo que possa ser moldado pela lei”.

⁹⁰ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá Figueiredo. **A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras**. p. 65-67: “O ser humano é social por excelência e o processo de relação realiza-se fortemente através da sua sexualidade que ‘é uma riqueza de toda a pessoa – corpo, sentimento e alma – e manifesta o seu significado íntimo ao levar a pessoa ao dom de si no amor’. Na sexualidade vive-se toda a realização do indivíduo até ele optar por construir ou não uma família, por ter mais ou menos filhos, por descobrir ou não, com o outro, um mesmo projecto de vida. Pela sua natureza biológica, a reprodução acontece porque há empenho da espécie na sua sobrevivência prosseguido pela lei natural do desenvolvimento da vida, o desencadear do instinto e a noção de que o ser humano exige o estar no mundo, conforme o imperativo ‘que a humanidade seja’. Esta vontade só pode ser reconhecida do ponto de vista biológico, só adquire realidade do ponto de vista existencial, só ganha significado do ponto de vista filosófico se o ‘desejo de procriar’ estiver presente. [...] A maternidade e a paternidade são uma vocação tão forte e profunda num projecto conjugal ‘que a impossibilidade biológica de gerar provoca em muitos casais uma dor existencial indizível que a medicina e a sociedade não devem deixar de escutar, acompanhar e, na medida do possível, entender’”.

Segundo a mitologia egípcia, os deuses Osíris e Ísis conceberam Hórus sem a conjunção carnal (CLARK, 2004, 101-102),⁹¹ mas por união espiritual, intermediada pelos deuses (CLARK, 2004, 216)⁹². Em outra versão, Hórus teria nascido dos rins de Osíris (CLARK, 2004, 170).⁹³ Seth, irmão do deus Osíris, teria engravidado por ingerir o sêmen de seu sobrinho Hórus, que lhe fora servido com alface (CLARK, 2004, 204-205)⁹⁴.

Narra a mitologia grega que Nix, deusa da primeira geração, filha do Caos, gerou, por partenogênese, as figuras de Moro, Tânetos, Hipno, Momo, Hespérides, Queres, Moíras, Nêmesis, Gueras e Éris (BRANDÃO, 2015, 237)⁹⁵. O sêmen de Zeus teria caído sobre a rocha de Agdo, a qual, dez meses depois, deu à luz Agdístis (KERÉNYI, 2015, 84)⁹⁶. Partenopeu era filho de Atalanta, que se manteve virgem mesmo após a maternidade (SCHMIDT, 1937, 215)⁹⁷. Júpiter transformou-se em chuva de ouro, que banhou Dânae, aprisionada em uma torre de bronze por seu pai, Acrísio, rei de Argos, tendo a mesma concebido seu filho Perseu sem o congresso carnal (COMMELIN, 2011, 290)⁹⁸.

⁹¹ CLARK, R. T. Rundle. **Símbolos e Mitos do Antigo Egito**. pp. 101-102: “Muito embora os detalhes difiram, todas as fontes concordam em que Seth esquartejou o corpo de Osíris e espalhou os pedaços. Plutarco acreditava que as partes de seu copo tinham sido espalhadas por todo o Egito. Algumas fontes nativas, inclusive os Textos das Pirâmides, localizam o evento no lugar do ‘lançamento’ em Nedit; outras dizem que Seth lançou os fragmentos do corpo no Nilo. Em todas versões, porém, é Ísis quem procura o corpo – traço que compartilha com Ishtar, que procura seu amado Tamuz, arrebatado dela e mantido prisioneiro do Mundo Subterrâneo. De acordo com Plutarco, Ísis encontrou todas as partes do corpo de Osíris, exceto o falo, que fora engolido por um peixe. Isto não é confirmado pelas fontes nativas, muito embora seja claro que o órgão sexual seja capaz de ressurreição e seja magicamente distinto dos outros membros. [...] Ísis foi incapaz de trazer seu amado de volta à vida em todos os sentidos, mas conseguiu revivê-lo o suficiente para poder conceber um filho. Este foi Hórus”.

⁹² *Idem*. p. 216: “E Atum diz: ‘Desde que concebeste em segredo, ó Donzela, deves certamente ser uma que concebeu e dará à luz por intermédio dos deuses! Em verdade, deve ser a semente de Osíris!’”

⁹³ *Idem*. p. 170: “Atum inclina-se sobre a figura reclinada de Osíris, com a mão estendida na atitude do comando divino, como Deus nas representações medievais da criação. Hórus emerge dos rins de Osíris em resposta à ordem. [...] Ísis agora é desnecessária em seu papel como Divina Mãe. Talvez esta versão do destino osiriano seja importação dos povos semíticos da Ásia, alguns atendo-se mais firmemente que os egípcios a uma ideia transcendente e obstinadamente masculina da divindade”.

⁹⁴ *Idem*. pp. 204-205: “Parece que se declara uma trégua, e os dois combatentes vão descansar juntos. À noite, Seth viola Hórus. Aparentemente este é ainda inocente, pois corre para sua mãe com o sêmen de Seth em sua mão. Ísis corta a mão contaminada de seu filho e lança-a à água. Em vingança, Ísis obtém um pouco do sêmen de seu filho e o asperge numa alface da horta de Seth. Nos é dito que Seth só come exclusivamente alfaces. Seth come a planta e fica grávido com o sêmen de Hórus”.

⁹⁵ *Idem*. p. 237.

⁹⁶ *Idem*. p. 84: “A rocha de Agdo – assim reza a história – assumira a forma da Grande Mãe. Zeus adormeceu sobre ela. Enquanto ele dormia, ou enquanto lutava com a deusa, o seu sêmen caiu sobre a rocha. No décimo mês, a rocha Agdo pôs-se a mugir e deu à luz um ser selvagem, indomável, de sexo duplo e desejo duplo, chamado Agdístis”.

⁹⁷ *Idem*. p. 215: “Filho ilegítimo de Meleagro, este herói foi abandonado pela mãe Atalanta no monte Parténio, nas fronteiras da Argólida e da Arcádia. Foi descoberto por um pastor que o ofereceu ao rei Córito, que o adotou como fizera com Télefo, abandonado pela mãe, Auge. Recebeu então o nome de Partenopeu, isto é «filho de uma jovem pura», porque se diz que Atalanta, apesar da sua maternidade, se conservava virgem”.

⁹⁸ *Idem*. p. 290.

Exemplo religioso de concepção sem conjunção carnal, e um dos principais dogmas da Igreja Católica, consiste na gravidez de Maria, mãe de Jesus Cristo.⁹⁹

Sobre a procriação com recurso à gestação de substituição, desde a antiguidade, tem se verificado a assunção da concepção e gestação em favor de outra mulher, dada a importância da reprodução da espécie no ambiente familiar e social da época. Naquele tempo, a gestação de substituição operava mediante prática de reprodução coital, através de relações extraconjugais (RAMOS, 2012, 145)¹⁰⁰. A gestação por conta de outrem também se verificava na Babilônia. O Código de Hamurabi¹⁰¹ fazia menção à substituição da mulher para fins procriativos. O seu art. 145 permitia ao homem, cuja esposa não concebesse filho, tomar outra como consorte, introduzi-la em sua casa, respeitando-se a posição prevalente da primeira esposa (VIEIRA, 2011, 25)¹⁰². Também poderia, a mulher que não teve filhos, oferecer uma escrava ao marido (VIEIRA, 2011, 25),¹⁰³ e, caso esta não engravidasse, seria vendida (VIEIRA, 2011, 25)¹⁰⁴. O Código de Manu, promulgado por volta de 1.300 a 800 a.C., na Índia, permitia a intervenção de terceiros na procriação de um casal, sendo possível ao marido autorizar a mulher à conjunção carnal com um irmão ou outro parente do cônjuge, conforme o seu art. 477

⁹⁹ *Idem*. p. 976. São Mateus, 1:18-20: “18 Ora, o nascimento de Jesus Cristo foi assim: Sua Mãe, desposada com José, antes de coabitarem, achou-se que tinha concebido, por virtude do Espírito Santo. 19 José, seu marido, que era um homem justo e não queria difamá-la, resolveu deixá-la secretamente. 20 Andando ele a pensar nisto, eis que um anjo do Senhor lhe apareceu em sonhos, e lhe disse: «José, filho de David, não temas receber Maria, tua esposa, pois o que ela concebeu é obra do Espírito Santo.»”

¹⁰⁰ RAMOS, H. Vilaça. Maternidade de Substituição – Perspectiva Bioética. **Brotéria**. p. 145: “Mas a verdade é que a maternidade de substituição é uma prática muito antiga, através do adultério, expressamente consentido, para obviar a infertilidade dos casais. Os romanos cuja mulher fosse estéril recorriam por vezes ao *ventrem locare* que consistia em tomar de empréstimo uma mulher fértil para terem um filho. Mas até em contexto bíblico se podem ir buscar exemplos, como o de Sara que quis ultrapassar a sua esterilidade dando a sua serva Agar para que Abraão pudesse ter um filho ou, ainda, os de Raquel e de Lia que ofereceram a Jacob as suas respectivas escravas, Bila e Zilpa, para o mesmo efeito. Segundo Knoppers e LeBris, em alguns povos africanos e do sul do Pacífico este uso é muito comum, dado terem um conceito de família alargada que não liga a ideia de filiação ao ato de gerar. Mas os exemplos dos ramos, do povo bíblico e dos outros povos que referimos não colhem porque eles tinham ou têm um sistema de valores diferente do que vigora nas culturas ligadas às religiões monoteístas, como a nossa, designadamente no que concerne aos nossos critérios de filiação”.

¹⁰¹ O Código de Hamurabi, um dos mais antigos documentos jurídicos da história, foi editado pelo rei da dinastia amorrita, Hamurabi ou Kamu-Rabi (em árabe), entre 2067 e 2025 a.C. Não era um verdadeiro código no sentido técnico da palavra, mas uma coletânea de normas. Vigorou durante o Primeiro Império Babilônico, estado despótico e centralizado em questões administrativas, religiosas, linguísticas e jurídicas.

¹⁰² VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial). **Código de Hamurabi: Código de Manu (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas**. p. 25: “Art. 145. Se um homem tomou por esposa uma sacerdotisa e esta não lhe conseguiu filhos, e se ele decidiu tomar como esposa outra sacerdotisa, esse homem poderá tomá-la como esposa e introduzi-la em sua casa. Essa outra não será, contudo, igualada à primeira”.

¹⁰³ *Ibidem*: “Art. 146. Se um homem tomou por esposa uma sacerdotisa que deu uma escrava ao marido e esta gerou filhos e, mais tarde, essa escrava quis igualar-se à sua senhora por causa dos filhos que gerou, sua senhora não a venderá, mas colocar-lhe-á a marca de escravo e a contará com os escravos”.

¹⁰⁴ *Ibidem*: “Art. 147. Se não gerou filhos, sua senhora a venderá”.

(VIEIRA, 2011, 94)¹⁰⁵. Referido código trazia uma forma rudimentar de paternidade socioafetiva, conforme disposição do seu art. 450 (VIEIRA, 2011, 91)¹⁰⁶.

Na Bíblia, Sarai, mulher de Abrão, por ser estéril, entregou Agar, sua escrava egípcia, ao marido, para que concebesse um filho dele, vindo a nascer Ismael.¹⁰⁷ As irmãs Lia e Raquel, casadas com Jacob, cederam-lhe suas respectivas escravas Zilpa e Bilha, para que dele concebessem filhos, o que se concretizou¹⁰⁸.

A doutrina tomista desenvolveu a teoria da reprodução por intenção, considerando natural apenas a geração mediante conjunção carnal do homem e da mulher, os quais eram tidos como dotados, respectivamente, das virtudes ativa e passiva. Segundo São Tomás de Aquino, a distinção entre os sexos era determinada por ordem da natureza, para que, unidos pelo coito, homem e mulher pudessem procriar¹⁰⁹. A procriação tornou-se tema cada vez mais caro à religião católica, que recusa ao homem o poder de interferir na reprodução humana, ato divino por excelência, que não pode ser objeto de manipulação artificial (NOVAIS, 2016, 142)¹¹⁰. A Instrução *Donum Vitae* sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da

¹⁰⁵ *Idem*. p. 94: “Art. 477. Quando não se tem filhos, a progenitura que se deseja pode ser obtida pela união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão ou com outro parente”.

¹⁰⁶ *Idem*. p. 91: “Art. 450. Eles reconhecem o filho masculino como o filho do senhor da mulher; mas a Escritura Santa apresenta, relativamente ao Senhor, duas opiniões: segundo uns, o senhor é aquele que engendrou o filho; segundo outros, é aquele a quem pertence a mãe”.

¹⁰⁷ *Idem*. p. 30. Gênesis, 16, 1-4: “1. Sarai, mulher de Abrão, que não lhe dera filhos, tinha uma escrava egípcia, chamada Agar. 2. Sarai disse a Abrão: «Visto que o Senhor fez de mim uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos». Abrão anuiu à proposta de Sarai. 3. Então, Sarai, mulher de Abrão, tomou Agar, sua escrava egípcia, e deu-a por mulher a Abrão, seu marido, depois de Abrão ter vivido dez anos na terra de Canaã. 4. Ele abeirou-se de Agar e ela concebeu”.

¹⁰⁸ *Idem*. p. 44. Gênesis, 30, 1-7 e 9-13: “1. Vendo que não dava à luz filhos a Jacob, Raquel começou a ter inveja da sua irmã, e disse a Jacob: «Dá-me filhos, ou, então, morro!» 2. E Jacob irritou-se com Raquel, e disse-lhe: «Julgas-me capaz de substituir Deus que te recusou a fecundidade?» 3. Ela respondeu: «Aqui tens a minha serva Bilha, vai ter com ela. Que dê à luz sobre os meus joelhos; assim, por ela, eu também terei filhos». 4. Deu-lhe, pois, a sua serva Bilha, por mulher, e Jacob aproximou-se dela. 5. Bilha concebeu, e deu um filho a Jacob. 6. Raquel, então, disse: «Deus fez-me justiça, escutou a minha voz e deu-me um filho». Por isso, deu-lhe o nome de Dan. 7. Bilha, a escrava de Raquel, concebeu outra vez e deu um segundo filho a Jacob. [...] 9. Ao ver extinta sua fecundidade, Lia tomou a sua escrava Zilpa e deu-a por mulher a Jacob. 10. Zilpa, a serva de Lia, deu um filho a Jacob. 11. Lia disse: «Que felicidade!», e deu-lhe o nome de Gad. 12. Zilpa, a serva de Lia, deu um segundo filho a Jacob. 13. Lia disse: «Como sou feliz!, as donzelas chamar-me-ão bem-aventurada”.

¹⁰⁹ AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. Disponível em <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>.

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Volume I: Dignidade e Direitos Fundamentais. p. 142: “Assim, contra a manipulação da ciência e da investigação científica – quais instrumentos demoníacos através dos quais se desapossaria Deus, sob os nossos olhos e a nossa passividade, da magia, do mistério e do milagre da criação – haveria que opor um limite absoluto: tudo o que respeitasse à reprodução, ao nascimento e à morte dos seres humanos deveria permanecer área de reserva divina, absolutamente interdita ao homem. Tudo se passaria, nessa visão, como se o facto de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus o vinculasse, como contrapartida, a um respeito absoluto dessa reserva biológica do Criador e, simultaneamente, conferisse aos representantes de Deus na Terra, e aos seus seguidores nas universidades, a autoridade moral e legal para garantirem a inviolabilidade daquele domínio reservado”.

Procriação,¹¹¹ aprovada pelo Papa João Paulo II, em 22.02.1987, considera a fecundação artificial heteróloga contrária à unidade do matrimônio, à dignidade dos cônjuges, à vocação parental e ao direito do filho ser concebido e nascido no e pelo matrimônio. A reprodução heteróloga é tratada como infidelidade consentida. Assevera que a gestação substitutiva contraria as obrigações de amor maternal, de fidelidade conjugal e de maternidade responsável, bem como o direito do filho ser concebido e trazido à luz pelos próprios pais. Ainda, entende que a gestação de substituição prejudica a família, por causar uma cisão entre os elementos físicos, psíquicos e morais. O item 14 da Encíclica *Evangelium Vitae* sobre o Valor e a Inviolabilidade da Vida Humana, de 25.03.1995, considera as técnicas de reprodução artificial como “moralmente inaceitáveis, porquanto separam a procriação do contexto integralmente humano do acto conjugal”¹¹². A Instrução *Dignitas Personae* sobre Algumas Questões de Bioética, editada em 20.06.2008,¹¹³ admite as técnicas que consistam em “ajuda ao ato conjugal e à sua fecundidade” e visem a remoção de obstáculos à fertilidade natural, tais como o tratamento hormonal da infertilidade de origem gonádica, a cirurgia de endometriose, a desobstrução tubárica ou a restauração microcirúrgica da perviedade tubárica. São terapias aceitas porque eliminam a origem da infertilidade, permitindo ao casal praticar atos conjugais com êxito procriativo. Essa instrução exclui todas as técnicas de fecundação artificial heteróloga e as técnicas de fecundação artificial homóloga substitutivas do ato conjugal. Para a Igreja Católica, as técnicas de PMA devem respeitar os seguintes bens fundamentais: (1) o direito à vida e à integridade física do ser humano, da concepção até a morte; (2) a unidade do matrimônio, com o dever recíproco de respeito ao direito dos cônjuges de tornarem-se pai e mãe exclusivamente através um do outro; e (3) o valor humano da sexualidade, com a procriação sendo fruto do ato conjugal específico de amor entre os esposos – homem e mulher.

Agora sob a perspectiva histórica, a questão da procriação tem se desenvolvido sob a influência de fatores políticos, sociais, culturais e econômicos.

Há referência de que o Rei Espanhol Dom Henrique IV e sua consorte, Dona Joana de Portugal, com o fim de assegurar a posteridade de sua dinastia, tentaram conceber um filho artificialmente, após seu casamento em 1455 (ROSA e CARDIN, 2017, 169)¹¹⁴.

¹¹¹ Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html.

¹¹² Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

¹¹³ Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rcconcfaihtdoc20081208_dignitas-personae_po.html.

¹¹⁴ *Idem.* p.169.

No ano de 1636, em Grenoble, França, Madalena d'Aiguemère foi acusada de violação da fidelidade conjugal, por ter engravidado durante a ausência de seu marido, que se encontrava em missão junto ao exército, há mais de quatro anos. Para livrar-se da pena de prisão em um convento ou em hospital de mulheres de má reputação, d'Aiguemère, em sua defesa, alegou que foi fecundada pelo vento, que teria adentrado seu quarto pela janela numa noite de verão. Era a denominada tese da “pan-espermia” ou “geração solitária”, então aceita pelo Tribunal de Grenoble, que, em 13.01.1637, absolveu Madalena, a qual se retirou do fórum ovacionada por seus apoiadores e sob protestos de indignação dos familiares do cônjuge. Todavia, decidindo recurso da Promotoria, a Corte de Paris anulou a sentença de primeiro grau e determinou a prisão da senhora D'Aiguemère (PASTEUR, 1997, 147-149)¹¹⁵.

A reprodução humana medicamente assistida tem sido relatada nas obras de literatura de clínica médica há mais de duzentos anos.

Consta que, em 1791, John Hunter, um cirurgião escocês, diretor do Saint George's Hospital, em Londres, teria inseminado uma mulher com o sêmen do seu cônjuge, o qual era acometido de hipospadia, malformação congênita da uretra e da curvatura peniana. Tal condição o impedia de engravidar a mulher pelo método natural. O procedimento implicou na coleta do sêmen do marido e sua introjeção na vagina da mulher. Este foi o primeiro caso documentado de êxito de inseminação artificial em humanos (GUIMARÃES, 1999, 24).¹¹⁶

Há referência de um experimento realizado na França, em 1803, através do qual a senhora T., de 25 anos de idade, então casada há quatro anos, em casamento ainda não consumado, teria sido inseminada pelo seu marido, senhor T., que extraiu o próprio líquido seminal, inserindo-o numa seringa de estanho e introduzindo-o no útero da esposa. A gravidez teria sido confirmada, após dar à luz um filho. A experiência foi relatada pelo doutor Michel-Augustin Thouret, diretor da Escola de Medicina de Paris, que seria o próprio cônjuge beneficiário da inseminação realizada (PASTEUR, 1997, 147-149)¹¹⁷.

Após pesquisas de J. Marion Sims e experiências envolvendo 55 (cinquenta e cinco) inseminações artificiais em 06 (seis) mulheres, foi obtida gravidez, seguida de aborto, no ano de 1866 (ROSA e CARDIN, 2017, 170)¹¹⁸. No mesmo ano, Montegazza projetou a instalação de um banco de sêmen congelado (ROSA e CARDIN, 2017, 170)¹¹⁹.

¹¹⁵ *Idem.* pp. 147-149.

¹¹⁶ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida.** p. 24.

¹¹⁷ *Idem.* pp. 185-188.

¹¹⁸ *Idem.* p. 170.

¹¹⁹ *Ibidem.*

No final do século XIX, teria havido uma tentativa de inseminação artificial em humanos, através de experimentos da Faculdade de Medicina de Valência, Espanha, porém, foram repudiados pela própria comunidade científica por serem considerados como violadores da moral e dos bons costumes (ROSA e CARDIN, 2017, 169)¹²⁰.

Em 1909, pelo médico William Pancoast, da Filadélfia, Estados Unidos da América (EUA), foi publicado o relatório de uma primeira experiência bem sucedida de inseminação artificial heteróloga, realizada em 1884, com doação de sêmen, em razão de quadro de azoospermia (GUIMARÃES, 1999, 24)¹²¹.

Durante a II Guerra Mundial, o Exército dos Estados Unidos da América enviou, por avião, espermatozoides dos soldados em missão com a finalidade de fecundar suas esposas e assegurar o seu direito à procriação (ROSA e CARDIN, 2017, 171)¹²².

O obstetra e ginecologista americano John Rock e a técnica de laboratório lituana Miriam Friedman Menkin foram os primeiros pesquisadores a obter resultado positivo na fertilização de óvulo fora do corpo da mulher. A experiência foi relatada em 04.08.1944, na Revista *Science*, em artigo denominado “*In Vitro Fertilization and Cleavage of Human Ovarian Eggs*” (ROCK e MENKIN, 1944)¹²³.

Em 1945, o biólogo Jean Rostand desenvolveu método de conservação de espermatozoides envolvidos em glicerol e congelados, aumentando sua durabilidade e preservando sua viabilidade (ROSA e CARDIN, 2017, 170)¹²⁴.

A revista científica *Nature*, em 1953, veiculou que James Watson e Francis Crick apresentaram a determinação da estrutura molecular do ácido desoxirribonucleico (DNA), evolução na área de biologia molecular, que propiciou o desenvolvimento da PMA, razão pela qual os cientistas, em conjunto com o físico Maurice Wilkins, foram agraciados com o Prêmio Nobel de Fisiologia/Medicina, em 1962 (ROSA e CARDIN, 2017, 171)¹²⁵.

Sentença prolatada na Itália, em 07.11.1958, no caso Carlos Faedda *versus* Carla Casarotti, reconheceu uma gravidez resultante de experimento científico realizado por um ginecologista milanês, cujo nome não fora revelado. A controvérsia girou em torno da gravidez da mulher através de procedimento de reprodução assistida, não consentido pelo marido, o qual

¹²⁰ *Idem.* p. 169.

¹²¹ *Idem.* p. 24.

¹²² *Idem.* p. 171.

¹²³ ROCK, John; MENKIN, Miriam Friedman. ***In Vitro Fertilization and Cleavage of Human Ovarian Eggs.*** Disponível em https://oncofertility.northwestern.edu/sites/oncofertility/files/legacy_files/uploadedfilecontent/rock_and_menkin_1944_ivf_paper.pdf.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

a acusou de adultério. No primeiro grau de jurisdição, Carla Casarotti foi absolvida, tendo em vista o entendimento de que a fecundação artificial, por se tratar de ato técnico-médico, não caracterizaria o crime de adultério, cujo bem jurídico protegido penalmente é a exclusividade sexual entre os cônjuges. O Ministério Público interpôs recurso, e, em sentença de 15.02.1959, o Tribunal de Pádua reformou a decisão de primeira instância, condenando Carla Casarotti à pena de prisão, pela prática de violação do dever de fidelidade recíproca, ante a introdução, na família, de um filho estranho ao casal, bem como porque a inseminação artificial de mulher casada, com sêmen de doador, sem a anuência do marido, configuraria o crime de adultério, por ofender a ordem jurídica matrimonial e familiar (GUIMARÃES, 1999, 48-49)¹²⁶.

O primeiro registro comprovado de gestação de substituição em procriação medicamente assistida ocorreu em 1963, no Japão (ROSA e CARDIN, 2017, 202)¹²⁷.

Os médicos britânicos Patrick Steptoe e Robert Geoffrey Edwards foram os pioneiros no emprego da técnica de fertilização *in vitro*, cujas pesquisas tiveram início em 1968, sendo, no mesmo ano, obtida a fecundação de um óvulo em laboratório. No ano de 1972, realizaram transferências embrionárias com implantação uterina, as quais resultaram em gravidezes não levadas a termo. Em 1976, ocorreu um gravidez ectópica (GUIMARÃES, 1999, 23)¹²⁸. No ano de 1978, seus métodos resultaram no nascimento de Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta”. Ambos fundaram a *Bourn Hall Clinic*, em Cambridge, o primeiro centro de tratamento de fertilização *in vitro* (FIV) do mundo. No ano de 2010, Robert G. Edwards ganhou o Prêmio Nobel da Medicina pelo desenvolvimento da fertilização *in vitro* (RAO, 2010).¹²⁹

A partir daquelas experiências, outros nascimentos pelas técnicas de reprodução assistida foram acontecendo na Europa, América e Oceania (GUIMARÃES, 1999, 23).¹³⁰

Em 1980 ocorreu o nascimento da primeira criança concebida através de inseminação artificial homóloga em Portugal, sendo que, em 1986, nasceu uma criança cuja concepção ocorreu por meio de fertilização *in vitro* (SILVA, 2014, 58).¹³¹

O fenômeno denominado “*lesbian baby boom*” teve seu início também na década de 1980, com a abertura dos bancos de sêmen para lésbicas.

No Brasil, o precursor das pesquisas em reprodução humana artificial foi o Dr. Milton Nakamura, a partir de 1982. No Simpósio Nacional de Reprodução Humana, realizado em

¹²⁶ *Idem.* pp. 48-49.

¹²⁷ *Idem.* p. 202.

¹²⁸ *Idem.* p. 23.

¹²⁹ RAO, Kamini. Nobel prize for scientist Professor Robert G Edwards. **Journal of Human Reproductive Sciences**. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3017325/>.

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ *Idem.* p. 58.

1984, o Dr. Nilson Donadio apresentou resultados de pesquisas. O primeiro bebê de proveta brasileiro, a menina Ana Paula, nasceu em 1984, em São José dos Pinhais, Estado do Paraná, sul do Brasil (ROSA e CARDIN, 2017, 172)¹³².

Nos Estados Unidos, o Caso “*Baby M*” ganhou repercussão, quando, na execução de contrato de gestação de substituição onerosa, ao custo de 10.000,00 USD (dez mil dólares americanos), firmado entre o casal beneficiário e a gestante substituta e seu marido, esta recusou-se a entregar a criança. A contratada foi inseminada com os gametas do homem beneficiário. O caso teve decisão da Suprema Corte de Nova Jersey, em 03.02.1988, que invalidou o contrato de sub-rogação, por conflitar com a lei e as políticas públicas daquele estado. Os autos foram remetidos à Corte de Família, que concedeu a custódia da criança ao pai biológico, por estar configurado o melhor interesse da criança. Não foi deferida a adoção à cônjuge do beneficiário. A gestante de substituição foi reconhecida como mãe da criança, tendo direito à visitação, assim como seu então cônjuge.¹³³

Em 1994, nos Estados Unidos, eclodiram os primeiros movimentos pela justiça reprodutiva, liderados por um grupo de mulheres afrodescendentes, abordando dilemas referentes à procriação e às famílias, inclusive os decorrentes da evolução das técnicas de PMA. Embora se trate de um movimento fortemente organizado, ainda não há estudos conclusivos sobre o seu impacto nos meios acadêmico, político e jurídico (MUTCHERSON, 2015, 24).¹³⁴

Após a crescente legalização da adoção por casais do mesmo sexo, depois do ano 2000, houve o aumento também do número de casais de homens que se tornaram pais, por via de adoção ou de procriação medicamente assistida, resultando no chamado “*gay baby boom*”.

Mais recentemente, em setembro de 2019, através de uma técnica suíça de fertilização natural *in vivo* (*In Vivo Natural Fertilisation – IVNF*), denominada “*AneVivo*”, um casal de mulheres de Londres teve um filho gestado em ambos os úteros¹³⁵. Foi o primeiro caso de maternidade compartilhada no mundo. O procedimento implicou na aspiração do óvulo da parceira fornecedora, que foi inserido numa cápsula biocompatível em miniatura, e, posteriormente, reintroduzido para incubação no útero da mãe genética, onde permaneceu por dezoito horas, até ser retirado e implantado no útero da outra parceira, para seguimento da gestação até o seu termo. Segundo os cientistas, tal técnica é a mais próxima da concepção natural, pois os primeiros estágios embrionários ocorrem dentro do útero, propiciando a troca

¹³² *Idem.* p. 172.

¹³³ Acórdão 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988).

¹³⁴ *Idem.* p. 24.

¹³⁵ Disponível em <https://news.sky.com/story/british-couple-worlds-first-to-have-baby-carried-in-both-of-their-uteri-11877795>.

de substâncias, nutrientes e elementos epigenéticos, além de ampliar o envolvimento emocional de ambas as parceiras com o processo gestacional.

A evolução das técnicas de reprodução humana confirma o que destaca Mutcherson, no sentido de que, durante longo período histórico, as sociedades tiveram uma visão monista e comum da procriação humana, a qual decorria exclusivamente da união sexual entre homem e mulher, com a gravidez desta, e, transcorrendo a gestação até os seus ulteriores termos, resultava o nascimento de uma criança (ou mais) geneticamente vinculada a ambos os membros do casal. Sendo a visão social da procriação um fenômeno dinâmico e de interesse público, é papel da política eleger “quem” pode procriar e “com quem”. A estudiosa observa que, anteriormente, o foco das políticas públicas sobre procriação e parentalidade incidia sobre dados dos atores envolvidos (idade, estado civil, origem, comportamento etc.), sendo secundário o processo respectivo, contudo, com a expansão dos meios físicos de concepção, através do desenvolvimento das técnicas de PMA, a procriação tem passado por uma profunda transformação, e, em consequência, a concentração das políticas públicas tem se deslocado mais para o processo, do que às pessoas. Para os defensores do pluralismo na procriação humana, por se tratar de uma das experiências mais significativas para aqueles que a desejam, o sistema jurídico deve implementar formas de proteger a diversidade nas escolhas e atos procriativos, conferindo igual importância aos atores e ao processo (MUTCHERSON, 2015, 26-27).¹³⁶

1.4 Conjugalidade e sua Transmutação Espaço-temporal

Etimologicamente, conjugar vem do latim *conjūgāre*, que significa “unir ou ligar juntamente”, “casar”. Conjugal advém da expressão latina *conjugālis*, é “relativo a cônjuges, ou ao casamento” (CUNHA, 2010, 172).¹³⁷ Assim, conjugalidade é o indicativo da situação de cônjuges, de pessoas unidas ou casadas. No sentido jurídico, conjugal é “tudo o que é próprio ou se refere aos cônjuges, em decorrência da sociedade formada pelo casamento legal”. As pessoas unidas pelos vínculos do casamento são denominadas cônjuges (SILVA, 2016, 352)¹³⁸.

A palavra casamento origina-se do latim *casa*, que significa morada, residência. No conceito léxico tradicional, consiste no ato formal de união entre duas pessoas de sexos diferentes, legitimado no âmbito religioso ou civil (CUNHA, 2010, 133)¹³⁹. Na terminologia

¹³⁶ *Idem.* pp. 26-27.

¹³⁷ *Idem.* p. 172.

¹³⁸ *Idem.* p. 352.

¹³⁹ *Idem.* p. 133.

jurídica civilista, casamento é o contrato solene pelo qual se estabelece uma sociedade conjugal, com deveres e obrigações recíprocas entre os cônjuges e entre estes e os seus filhos. A expressão casamento de fato é utilizada para a união voluntária, não solene, com a finalidade de viver juntos e constituir família (SILVA, 2016, 269)¹⁴⁰.

Matrimônio é tido como sinônimo de casamento, provém do latim *mātrimōnĭum*, de *māter* -*tris* ‘mãe’ (CUNHA, 2010, 415).¹⁴¹ Na acepção jurídica tradicional, o vocábulo designa “a aliança, em virtude da qual homem e mulher se prometem o uso do corpo para o fim da propagação”, ou seja, o matrimônio implica mais na regulação das relações pessoais entre os cônjuges do que no tocante aos seus bens (SILVA, 2016, 907)¹⁴².

Na história da Europa Ocidental, sobressaíram-se três concepções diferentes de casamento: a romana, a germânica e a cristã, as quais foram coexistentes do século V ao IX, fundindo-se posteriormente no direito canônico (GILISSEN, 2011, 564)¹⁴³.

No Direito Romano, o casamento legítimo era aquele contraído em conformidade com as normas de Direito Civil (*jure civili*), denominado “justas núpcias” (*justiae nuptiae*) ou matrimônio (*matrimonium*). Modestino e Justiniano apresentaram as definições mais conhecidas de casamento na perspectiva romana. Para o primeiro, o casamento consistia na “união de homem e mulher, sociedade total de vida, associação de direito divino e humano”, o que ficou consignado no seu Digesto, 23, 2, 1 – “*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*”. Já no direito justinianeu, o matrimônio ou casamento representava “a união de homem e mulher com indivisível costume de vida”, conceito inserido nas Institutas, I, 9, I – “*Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum consuetudinem vitae continens*”(CRETELLA JUNIOR, 1994, 119)¹⁴⁴. O casamento romano dispensava formas jurídicas, era celebrado com festas e cerimônias, variáveis conforme o contexto temporal e cultural do momento, e se exteriorizava notadamente pela coabitação e intenção marital (BONFANTE, 1929, 181)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ *Idem.* p. 269.

¹⁴¹ *Idem.* p. 415.

¹⁴² *Idem.* p. 907.

¹⁴³ GILISSEN, John. **Introdução Histórica do Direito.** p. 564.

¹⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro.** p. 119.

¹⁴⁵ BONFANTE, Pedro. **Instituciones de Derecho Romano.** p. 181: “*En cuanto a la celebración del matrimonio, diremos que no tiene necesidad de ninguna forma jurídica en el Derecho histórico, aunque, como es natural, acompañasen a este importante acontecimiento fiestas y ceremonias, que variaron con la transformación de los tiempos y de las costumbres. Esta ausencia de formas jurídicas corresponde a la naturaleza del matrimonio romano. Este no era, como el nuestro, una relación establecida por el consentimiento inicial, a cuyo consentimiento se le puede muy bien dar el nombre de contrato, según el significado actual de la palabra. El matrimonio romano era, según lo hemos definido, el vivir juntos con intención marital, y cuando estas dos circunstancias concurren el matrimonio existe; si no, el matrimonio no existe. El consentimiento no es, por lo tanto, solamente inicial, sino que debe ser duradero, continuo: por esto los romanos, más que consensus lo llaman*

Ainda hoje, a doutrina debate sobre a natureza jurídica do matrimônio romano. Alguns autores o consideram “contrato sem fundo patrimonial”, enquanto outros o classificam como “ato jurídico”, “contrato pessoal”, “espécie de sociedade”, “contrato de sociedade”, “contrato consensual”, “contrato real” e “vínculo jurídico”. Porém, “relação de fato” é o que defende a doutrina dominante (ALVES, 2000, 283-288)¹⁴⁶. O matrimônio, nos moldes romanos, decorria de um consenso duradouro e exteriorizado socialmente, independentemente de formalidades, por isso era tido como “relação de fato” (D’ORS, 1986, 285-288)¹⁴⁷.

A dissolução do casamento romano ocorria pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade ou pelo divórcio (repúdio). O divórcio podia ser proposto por um ou outro cônjuge, como por ambos, não havendo complexa formalidade, sendo bastante a manifestação da vontade de cessar a união, com a comunicação à contraparte (BONFANTE, 1929, 190-191)¹⁴⁸. Sob o império de Constantino, deflagrou-se o combate ao divórcio, que teve sua

affectio, que indica precisamente una voluntad con este carácter; tampoco se puede decir que el matrimonio romano esté absolutamente constituido por contrato. Conviene, sin embargo, que el principio del matrimonio revele claramente la existencia de los dos requisitos arriba expresados: la cohabitación y la intención marital”.

¹⁴⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. II. pp. 283-288: “[...] Para que surgisse o casamento, bastava a vontade inicial (*consensus*) dos nubentes, sem quaisquer formalidades (apenas a partir do direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses – vide o n. 291 -, se exige certo formalismo), e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois, como veremos adiante (no n. 295), em Roma, sempre se admitiu o divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justinianeu, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, e independentemente da existência de motivos fixados, previamente, em lei; daí, a expressão *affectio maritalis* para significar, não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (e, portanto, idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao casamento: o divórcio”.

¹⁴⁷ D’ORS, J. A. **Derecho Privado Romano**. pp. 285-288: “*En el concepto romano pagano, hay matrimonio legítimo (iustae nuptiae) cuando un hombre (vir) y una mujer (uxor) que han alcanzado la pubertad, y reúnen las demás condiciones legales, conviven con apariencia conyugal honorable (honor mariti, affectio maritalis). [...] La honorabilidad del matrimonio consiste en la consideración social del mismo, más que en la intención subjetiva. Para ello tienen importancia los actos sociales que inician la convivencia, y también la constitución de la dote, aunque ni unos ni otra sean, em rigor, imprescindibles. [...] Desde antiguo el legislador había intentado fomentar el matrimonio, pero fue principalmente Augusto quien intervino más decisivamente en este sentido, premiando la natalidad e imponiendo ciertas limitaciones hereditarias a los no-casados o sin hijos, con las leyes Julia y Papia Popena. El matrimonio romano supone un consenso durativo, que se manifiesta inicialmente, y luego se presume por las apariencias sociales. [...] Sendo solo res facti, el matrimonio romano puede cesar em cualquier momento por la voluntad de los cónyuges; esta voluntad suele ser formalmente notificada por un cónyuge al otro; este acto de notificación es el repudium, y se llama divortium al hecho mismo del cese del matrimonio por la separación de los cónyuges. Se extingue también por la muerte, o por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía de un cónyuge*”.

¹⁴⁸ *Idem*. pp. 190-191: “*En fin, el matrimonio se disuelve por falta de la affectio maritalis en uno o en otro de los cónyuges, o en ambos. Esto, y no otra cosa, es el divorcio romano (divortium o repudium), y es, no ya un instituto separado, sino una consecuencia del concepto del matrimonio. Si éste exige un acuerdo continuo, cuando este acuerdo viene a faltar, necesariamente el hombre y la mujer no pueden ser considerados más como marido y mujer. Esto era tan vivamente sentido por los romanos, que no sólo ellos habrían considerado un absurdo el concebir que el matrimonio perdurara, cesado el acuerdo entre los cónyuges, sino que consideraban además como torpe y era vedado por el Derecho para tutela de la moralidad el obligarse expresamente a no divorciarse o a pagar una pena en caso de divorcio. El divorcio, por su naturaleza, no debía exigir formas, como tampoco las exigía el matrimonio. Un simple aviso verbal o un simple anuncio por escrito (per litteras) o por mensaje (per nuntium) debía bastar*”.

completa derrocada no governo de Justiniano, sendo por este vedado, com cominação de pena aos transgressores (BONFANTE, 1929, 193)¹⁴⁹.

Em regra, o casamento germânico era exogâmico e monogâmico, consumado mediante rapto ou compra da mulher, contudo, entre os nobres, era comum a prática da poligamia, decorrente da formação de alianças políticas com outros povos (GILISSEN, 2011, 566)¹⁵⁰. O direito germânico admitia o divórcio, contanto que fosse o repúdio da mulher, a qual, todavia, não dispunha da faculdade de rejeitar o seu marido, vivenciando uma situação de sujeição matrimonial (GILISSEN, 2011, 567)¹⁵¹.

Com o advento da concepção cristã primitiva, o casamento passou a ter base moral e afetiva, consistindo em sacramento (GILISSEN, 2011, 568)¹⁵².

Na Baixa Idade Média, o casamento detinha a natureza jurídica de contrato, firmado entre pessoas de sexos diferentes, sem a interferência de terceiros, nem a exigência de formalidades. Nos séculos X a XII, com um texto do arcebispo Hincmar de Reims, *De Nuptiis Stephani*, surgiu a concepção materialista, que exigia, para a perfectibilização do casamento, o consentimento dos contraentes e a consumação carnal. A partir do século XII, Ivo de Chartres e Pedro Lombardo desenvolveram a concepção consensualista, segundo a qual, para a validade do casamento, bastava o consentimento expresso e atual. No intuito de justificar a indissolubilidade do casamento cristão, os papas tentaram conciliar as acepções materialista e consensualista, no sentido de que, sendo sacramento, o casamento existiria a partir da manifestação de consentimento mútuo (casamento perante a igreja), contudo, seria possível a

¹⁴⁹ *Idem.* p. 193.

¹⁵⁰ *Idem.* p. 566: “Tal como os gregos e romanos, os germânicos são monogâmicos. Tácito constata-o, mas, acrescenta que alguns nobres tomam várias esposas, «não por capricho, mas porque a sua aliança é frequentemente solicitada» (Germania, XVII). Uma vez que as alianças entre clãs são muitas vezes seladas por um casamento, como mais tarde e até aos nossos dias, as alianças matrimoniais ligam entre si as famílias dos chefes. [...] Os Germanos conheceram muito provavelmente, como a maior parte das sociedades primitivas, o casamento por rapto (*Raubehe*): o homem rapta a mulher a um outro grupo familiar, em homenagem à regra da exogamia. No entanto, corre o risco de vingança deste grupo; para o evitar, transige com ele, resgatando a vingança. Também nos povos germânicos antes e depois da época das invasões, a forma usual de casamento é o casamento por compra (*Kaufehe*): a mulher é vendida pelo seu *mundoaldus* ao marido ou ao *mundoaldus* deste”.

¹⁵¹ *Idem.* p. 567.

¹⁵² *Idem.* p. 568: “Segundo a concepção cristã primitiva, a base do casamento é o amor que os esposos se devem mutuamente; ainda que a castidade seja a ideia moral preconizada pela Igreja, esta reconhece como legítimas as tendências normais da natureza nos quadros do casamento, fazendo mesmo deste (pelo menos desde o séc. XII) uma instituição sagrada, um sacramento simbolizado pela união de Cristo com a igreja. Inicialmente, a igreja não se intromete nas formalidades do casamento: admite todas as formas existentes, romanas, orientais ou germânicas. Mas, influenciará a evolução dos direitos laicos, esforçando-se por fazer admitir as suas próprias concepções do casamento. É assim que ela procura criar ligações duráveis, estáveis e sólidas, lutar contra o concubinato e dar um carácter religioso às festas do casamento. Em oposição à antiga concepção hebraica e à concepção germânica do casamento, a igreja tende a fazer predominar o consentimento apenas dos esposos, com exclusão de qualquer domínio ou intervenção do grupo familiar. Ensaia pôr fim aos casamentos por rapto; em 596, o rei franco Guildeberto II pune o rapto com a morte”.

sua anulação por ausência de consumação (casamento perante Deus). Com o Concílio de Latrão, pôs-se fim aos casamentos clandestinos, comuns até então, sendo considerado pecado casar sem a benção nupcial ou sem o anúncio do casamento. Com a Reforma, no século XVI, Martinho Lutero e Calvino criticaram a doutrina canônica clássica do casamento, notadamente a sua indissolubilidade. Em reação, a Igreja Católica, no Concílio de Trento, promoveu alterações na sua concepção de casamento. Pelo decreto *Tametsi*, de 1563, o casamento passou a ter a natureza de contrato solene, sendo nulos os casamentos que não observassem as formas prescritas (GILISSEN, 2011, 569-573)¹⁵³.

Assim, seguindo uma tendência rigorista, o casamento cristão era tido como absolutamente indissolúvel, entretanto, a partir do século X, foram previstas causas de nulidade e, após o século XIV, foi admitida a separação e o fato revogável, em casos de violência contra a mulher (GILISSEN, 2011, 568-572)¹⁵⁴.

Ainda hoje, a Igreja Católica, embora consagre a liberdade de escolha do cônjuge, conforme o seu cânone 219 (HORTAL, 1995, 97),¹⁵⁵ considera matrimônio apenas o pacto entre homem e mulher, nos termos do cânone n. 1055, §1º (HORTAL, 1995, 465)¹⁵⁶. No entanto, o sacramento do matrimônio pode ser invalidado, a exemplo dos casos de descumprimento dos cânones 1094, 1103 e 1108 (HORTAL, 1995, 485 e 491)¹⁵⁷. Também, o matrimônio ratificado e não consumado pode ser dispensado, mediante decisão do Sumo Pontífice, se verificada a situação prescrita no cânone 1697 (HORTAL, 1995, 727)¹⁵⁸.

Cumprе salientar que a liberdade religiosa obsta que o Estado e quaisquer outros entes interfiram nos valores, concepções, institutos e dogmas religiosos, cabendo à cada crença estabelecê-los. De outra banda, o jurídico não pode ser submetido a uma determinada mundividência religiosa, quando se tratar de um Estado que tenha aderido ao modelo laico.

¹⁵³ *Idem.* pp. 569-573.

¹⁵⁴ *Idem.* pp. 568-572.

¹⁵⁵ HORTAL, Pe. Jesús (notas, comentários e índice analítico). **Código Canônico**. p. 97: “Cân. 219 – Todos os fiéis têm o direito de ser imunes de qualquer coação na escolha do estado de vida”.

¹⁵⁶ *Idem.* p. 465: “Cân. 1055 - §1º. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados, foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento”.

¹⁵⁷ *Idem.* pp. 485 e 491: “Cân. 1094 – Não podem contrair validamente matrimônio entre si os que estão ligados por parentesco legal surgido na adoção, em linha reta ou no segundo grau da linha colateral. [...] Cân. 1103 – É inválido o matrimônio contraído por violência, ou medo grave proveniente de causa externa, ainda que incutido não propositalmente, para se livrar do qual alguém seja forçado a escolher o matrimônio.[...] Cân. 1108 - §1º. Somente são válidos os matrimônios contraídos perante o Ordinário local ou o pároco, ou um sacerdote ou diácono delegado por qualquer um dos dois como assistente, e além disso perante duas testemunhas, de acordo porém com as normas estabelecidas nos cânones seguintes, e salvas as exceções contidas nos cân. 144, 1112, §1, 1116 e 1127, §§1-2”.

¹⁵⁸ *Idem.* p. 727: “Cân. 1697 – Somente os cônjuges, ou um deles, mesmo contra a vontade do outro, têm o direito de pedir a graça da dispensa do matrimônio ratificado e não consumado”.

A secularização do casamento foi defendida pela Escola de Direito Natural na Alemanha e na Suíça, sob influência reformista. Países protestantes editaram atos legislativos pelo casamento laico após os séculos XVI e XVII. Na Inglaterra, o casamento civil, com natureza de contrato, foi introduzido por lei em 1651. Em países católicos, o casamento civil surgiu na segunda metade do século XVIII, inicialmente no Reino de Nápoles, em 1767; na Áustria, em 1783; e nos Países Baixos Austríacos (Bélgica), em 1784. Na França, com a Revolução Napoleônica, houve o rompimento da noção de indissolubilidade do casamento, sendo permitido o divórcio, mediante decisão judicial. Curiosamente, naquele país, as leis oscilaram quanto à permissão do divórcio. Uma lei de 1792 passou a admiti-lo, mas, com a Restauração, o catolicismo foi oficializado como religião estatal, sendo o divórcio suprimido em 1816. Em 1830, foi retomado o Estado laico. Apesar disso, o divórcio só foi readmitido por uma lei editada em 19 de julho de 1884. (GILISSEN, 2011, 575-577)¹⁵⁹.

Nada despreciando observar que, conforme referência da doutrina hegeliana, mesmo já no século XIX, na maioria das nações, o casamento não era ainda compreendido como um contrato civil entabulado a partir da manifestação de vontade de duas pessoas capazes (HEGEL, 1997, 71-72),¹⁶⁰ mas como um “fato moral imediato” (HEGEL, 1997, 150-151),¹⁶¹ superior a um simples elemento da natureza (HEGEL, 1997, 152)¹⁶².

Contemporaneamente, com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos princípios da igualdade e da não discriminação, tem se verificado crescente reconhecimento da diversidade nos direitos à liberdade sexual, à reprodução e à constituição de família. Em consequência, vem se expandindo a ideia de casamento civil igualitário ou sexualmente neutro, que consiste na união formal entre dois seres humanos, independentemente do seu sexo biológico, da sua identidade de gênero ou da sua orientação sexual.

¹⁵⁹ *Idem.* pp. 575-577.

¹⁶⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** pp.71-72: “As duas partes contratantes comportam-se uma perante a outra como duas pessoas independentes imediatas. Por conseguinte: a) O contrato é produto do livre-arbítrio; b) A vontade idêntica que tem de existir no contrato só é afirmada por estas duas pessoas, é pois comum mas não universal em si e para si; c) O objeto do contrato é uma coisa interior e particular, pois só assim pode estar submetido à simples volição que as partes têm de aliená-la. Nota – Não se pode, portanto, considerar o casamento dentro do conceito de contrato. Foi isso, no entanto, o que Kant estabeleceu e, é preciso dizê-lo, em todo o seu horror (Princípios metafísicos da doutrina do direito, pp. 106 e ss)”.

¹⁶¹ *Idem.* pp. 150-151: “Como fato moral imediato, o casamento contém, em primeiro lugar, o elemento da vida natural, e até como fato substancial, contém a vida na sua totalidade, quer dizer, como realidade da espécie e da sua propagação (cf. Enciclopédia, §§167º e 288º). Porém em segundo lugar, na consciência de si, a unidade dos sexos naturais, que só é interior a si ou existente em si que, portanto, na sua existência apenas é unidade exterior, transforma-se numa unidade espiritual, num amor consciente”.

¹⁶² *Idem.* p. 152: “O elemento moral objetivo do casamento consiste na consciência desta unidade como fim essencial, porquanto no amor, na confiança e na comunhão de toda a existência individual. Neste estado psicológico e real, o instinto natural reduz-se ao modo de um elemento da natureza destinado a apagar-se no mesmo momento em que se satisfaz, e o laço espiritual eleva-se ao seu legítimo lugar de princípio substancial, isto é, acima do acaso das paixões e gostos particulares efêmeros, e ao que é indissolúvel em si”.

Essa abertura ao pluralismo no matrimônio civil vem se desenvolvendo desde o início deste século, sendo que a Holanda foi o primeiro país do mundo a permitir o casamento oficial entre pessoas maiores com orientação sexual voltada para outras do mesmo sexo, no ano de 2001. Na sequência, o assim chamado casamento neutro passou a ser permitido e reconhecido em todo o território nacional dos seguintes países: Bélgica (2003), Canadá e Espanha (2005), África do Sul (2006), Noruega e Suécia (2009), Argentina, Islândia e Portugal (2010), Dinamarca (2012), Brasil, França, Nova Zelândia e Uruguai (2013).

1.5 A Ressignificação da Família

A expressão família vem do latim *família*, sendo substantivo feminino que significa “grupo de pessoas do mesmo sangue” (CUNHA, 2010, 285).¹⁶³ A palavra latina deriva de *famel*, que significa escravo, doméstico (SILVA, 2016, 607).¹⁶⁴

A definição de família é tarefa complexa. A uma, por se tratar de instituição carente de estudo social. A duas, porque sofre a influência de aspectos culturais e concepções morais quanto à sua conformação, finalidade e prioridades (PEREIRA, 2013, 52-53).¹⁶⁵

Para a Igreja Católica, a família “funda-se no matrimônio, ato de amor livre e fiel entre um homem e uma mulher”. Esse foi o conceito adotado no item n. 20 da Declaração Conjunta¹⁶⁶, firmada entre os sumos sacerdotes da Igreja Católica, Papa Francisco, e da Igreja Ortodoxa Russa, Patriarca S. S. Kirill, em 12.02.2016.

Pela tradição jurídica, família, no sentido estrito, é considerada como a sociedade constituída pelo casamento, compreendendo os cônjuges e seus descendentes. No sentido amplo, consiste no conjunto de pessoas vinculadas pela consanguinidade, descendendo de um ancestral comum. Constitucionalmente, confunde-se com a designação “instituição familiar”, que se perfaz pela agregação de todos os componentes de uma mesma família, ainda que se configure apenas pela junção dos filhos, após o óbito dos pais. E, conforme o Direito Civil, família é a reunião de pessoas vinculadas entre si por consanguinidade, afinidade ou parentesco,

¹⁶³ *Idem.* p. 285.

¹⁶⁴ *Idem.* p. 607.

¹⁶⁵ PEREIRA, Margarida Silva. **Direito da Família: Elementos de Estudo**. pp. 52-53.

¹⁶⁶ “A família funda-se no matrimônio, acto de amor livre e fiel entre um homem e uma mulher. É o amor que sela a sua união e os ensina a acolher-se reciprocamente como um dom. O matrimônio é uma escola de amor e fidelidade. Lamentamos que outras formas de convivência já estejam postas ao mesmo nível desta união, ao passo que o conceito, santificado pela tradição bíblica, de paternidade e de maternidade como vocação particular do homem e da mulher no matrimônio, seja banido da consciência pública”. Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2016/february/documents/papa-francesco_20160212_dichiarazione-comune-kirill.html#Declara%C3%A7%C3%A3o_comum.

nos limites definidos em lei (SILVA, 2016, 607).¹⁶⁷ O conceito jurídico de família ainda tende a ser sacralizado, vinculado ao casamento e à prole, baseado, segundo a doutrina, num modelo heteronormativo, construído historicamente, através de longo processo de maturação, influenciado por valores mutáveis, a depender do contexto temporal, espacial e sociocultural. A noção de família também é influenciada pela ideologia dominante, onde prepondera o patriarcalismo, cujo padrão de família é matrimonializado, hierarquizado, patrimonializado, heterossexualizado e normatizado (DIAS, 2016, 44).¹⁶⁸

Como já visto, no contexto histórico, durante a Idade Média, por influência da Igreja Católica, o ato sexual passou a ser voltado à procriação, enquanto dever matrimonial (GOMES, 2016, 75)¹⁶⁹. Até um passado recente, a família consistia numa figura monolítica, na qual o todo prevalecia diante das suas partes, ou seja, em nome da preservação da instituição familiar, justificada pela necessidade de manutenção da “paz doméstica”, predominava o interesse da família sobre a satisfação e a realização pessoal de cada um de seus membros. Ademais, a instituição familiar apresentava desigualdades intrínsecas, uma vez que havia a supremacia do homem sobre a mulher, dos pais sobre os filhos e dos heterossexuais sobre os homossexuais (CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK, 2018, 2217)¹⁷⁰.

A família, embora originariamente instituto da vida privada, submeteu-se ao controle da esfera pública, que exerce as incumbências de normatizar a sua constituição, desenvolvimento e desfazimento, e de compor os inúmeros conflitos que podem ser instaurados no seu seio (FARIA, 2012, 19),¹⁷¹ tendo se transformado em “princípio de Estado” (LE PLAY *apud* FARIA, 2012, 23)¹⁷². Em regra, baseada no casamento monogâmico, a família, até o século XIX, era tida como meio para garantir a moralidade natural, consistindo, pois, em “ser

¹⁶⁷ *Idem.* p. 607.

¹⁶⁸ *Idem.* p. 44.

¹⁶⁹ *Idem.* p. 75.

¹⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; e STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 2217.

¹⁷¹ FARIA, Adalberto. **As Novas Famílias do Século XXI**. p. 19: “Segundo Michelle Perrot, no século XIX, «a família é o principal teatro da vida privada, fornecendo-lhe as suas figuras e os seus primeiros papéis, as suas práticas e os seus ritos, as suas intrigas e os seus conflitos. Mão invisível da sociedade civil, ela é, simultaneamente ninho e laço». Triunfante nas doutrinas e nos discursos que, dos conservadores aos liberais e mesmo aos libertários, unanimemente a celebram como célula da ordem viva, a família é de facto muito mais caótica e contrastada. A família nuclear emerge dificilmente de sistemas de parentesco mais extensos e persistentes, multiformes conforme as cidades e os campos, as regiões e as tradições, os meios sociais e culturais. Totalitária, ela entende fixar as suas finalidades aos seus membros. Mas estes revoltam-se muitas vezes e cada vez mais. Daí que entre gerações, entre sexos, entre indivíduos desejosos de escolher o seu destino, existam tensões que alimentam os seus segredos e dramas que a fazem explodir. Tanto mais que ela recorre com maior frequência à justiça como árbitro das suas querelas, assim se submetendo insidiosamente ao controlo exterior”.

¹⁷² LE PLAY, Frederic. *L'Organisation de la Famille suivant le Vrai Modèle Signalé par L'Histoire de Toutes les Races et de Tous les Temps*. 1ª Edição. Tours: Mame Edt., 1871. *Apud* FARIA, Adalberto. **As Novas Famílias do Século XXI**. p. 23.

moral”, um todo cujos integrantes figuravam apenas acidentalmente (FARIA, 2012, 21)¹⁷³. A família, nos séculos XIX e XX, apresentava como traço característico a desigualdade entre os sexos, o que se difundiu para também permear as relações estabelecidas em outros campos da vida, como o do trabalho, jurídico, social e científico (GOMES, 2016, 75-76)¹⁷⁴.

Estando a instituição familiar sob o influxo do pensamento majoritário, o Estado interfere no âmbito das relações privadas e íntimas, ditando qual modelo de família será recepcionado, visando alinhar as condutas à mundividência da maioria, relegando as demais estruturas familiares à invisibilidade, as quais, mesmo desamparadas pelo ordenamento jurídico, não deixam de existir no plano factual (DIAS, 2017, 64-65)¹⁷⁵.

Embora os parlamentos tenham a pretensão de ditar o ritmo de evolução da sociedade, evitam se comprometer com temas polêmicos que desafiam os valores das categorias ou grupos dominantes ou que compõem a base do eleitorado de seus membros (CAPPELLETTI, 1993, 44)¹⁷⁶. Consequência disso tem sido a judicialização de questões sensíveis, tais como as atinentes à conjugalidade, à procriação e à parentalidade, quando o Poder Judiciário é convocado a atuar como poder contramajoritário, a fim de assegurar o exercício de direitos e

¹⁷³ *Idem.* pp. 21-22: “A família é a garantia da moralidade natural. Baseia-se no casamento monogâmico estabelecido por consentimento mútuo: nela, as paixões são contingentes, ou mesmo perigosas; o melhor casamento é o casamento «combinado», a que se segue a inclinação amorosa e não o inverso. Nesta altura, a família é uma construção razoável e voluntária, ligada por fortes elos espirituais. O património é simultaneamente necessidade económica e afirmação simbólica. A família, «objecto de piedade para os seus membros», é um ser moral: «uma só pessoa, cujos membros são acidentais». O chefe é o pai: só a sua morte decompõe a família, libertando os herdeiros. A família é o todo, superior às partes, que a ela se devem submeter. Na sociedade do século XIX, ela é um grupo holista, tal como Louis Dumont a definiu. A divisão sexual dos papéis apoia-se nas suas «características naturais», segundo uma oposição passivo/activo, interior/exterior, que governa todo o século. Segundo este autor, «o homem tem a sua vida substancial e real no Estado, na Ciência. E ainda enfrentando-se a si mesmo e ao mundo exterior, no combate e no trabalho». A mulher encontra o seu destino substancial na moralidade objectiva da família cujas disposições morais a piedade familiar exprime. Os filhos são simultaneamente membros da família e indivíduos em si próprios. Livres, devem ser educados sem abusar do jogo, que lisonjeia o sentimento da sua própria distinção. A sua maioridade torna-os capazes de ter uma família, «os filhos como chefes e as filhas como esposas», mas é verdadeiramente a morte de pai que lhes permite aceder a este novo estatuto. A liberdade de fazer testemunho é limitada pelo direito”.

¹⁷⁴ GOMES, Renata Raupp. Os Novos Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato – org. In **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas**. pp. 75-76: “A dicotomia público/privado acabou por definir contornos rígidos à manifestação da individualidade masculina e feminina e, a partir dessa construção, baseada na desigualdade entre os sexos, estrutura-se a família, o mercado de trabalho, o mundo jurídico, enfim, a sociedade do século XIX e de boa parte do século XX. A família conjugal moderna, portanto, longe de ser democrática, revela uma forte hierarquia de gênero, bem como geracional, uma vez que o marido, definido como chefe da sociedade conjugal, tem prioridade na direção da casa e na educação dos filhos. Também o mercado de trabalho contribuiu para a reclusão feminina ao domínio do lar. Considerado uma esfera de atuação eminentemente masculina, poucas eram as mulheres que alcançavam um trabalho remunerado fora do âmbito doméstico e, raríssimas, as que possuíam uma carreira. [...] Observe-se que, ao lado da Igreja e de um Estado patriarcal, a ciência, epistemologicamente masculina, ajuda a legitimar a condição de subalternidade feminina, segundo a ideologia de um determinismo biológico”.

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. pp. 64-65.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 44.

liberdades fundamentais das minorias ignoradas no processo legislativo, colaborando com o processo de ressignificação da família.

O declínio do conceito clássico de família e a reconfiguração das estruturas familiares foram influenciadas por fatos históricos posteriores ao século XIX, a exemplo da revolução industrial, que impôs o ingresso da mulher no mercado de trabalho; as guerras mundiais; a urbanização de grandes centros; a revolução sexual feminista; a admissão do divórcio; o reconhecimento da mulher e da criança como sujeitos de direito; e a inversão de papéis entre homem e mulher nas relações familiares (ROSA e CARDIN, 2017, 33).¹⁷⁷ Também concorreram para o reconhecimento dos novos modelos de famílias a permissão à adoção, o estabelecimento unilateral da filiação natural e a procriação decorrente do emprego das técnicas de reprodução medicamente assistida (NETO, 2018, 220-221).¹⁷⁸

Esse foi o cenário de uma verdadeira revolução no direito de família, em virtude de que a tradicional família matrimonial heterossexual passou a coexistir no meio jurídico com outros modelos familiares construídos numa sociedade pluricultural, vindo a constituir o chamado “direito das famílias” (CARLUCCI, HERRERA e LAMM, 2012, 161-162).¹⁷⁹

Com essa nova visão, passaram a ser admitidos, ao menos no plano doutrinário, modelos familiares múltiplos e variados. Fala-se, então, em famílias monoparentais, unilineares e eudemonistas (BOTTEGA, 2007, 52)¹⁸⁰. Outras classificações também são referidas pela doutrina, como famílias anaparentais (PADILHA, 2017, 108),¹⁸¹ pluriparentais

¹⁷⁷ *Idem.* p. 33.

¹⁷⁸ NETO, Luísa. A Igualdade como Concretização da Dignidade? Considerações a Propósito do Acórdão n. 346/2015 do Tribunal Constitucional. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional.** pp. 220-221.

¹⁷⁹ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa; e LAMM, Eleonora. L’Homoparentalité en Amérique Latine: Les Vents qui Soufflent du Sud. **Homoparentalité? Approche Comparative.** pp. 161-162.

¹⁸⁰ BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **In Estudos sobre o Direito das Pessoas.** p. 52: “Ainda com relação à família moderna, podemos relacionar as ‘famílias’ dependendo de sua constituição em: monoparental, qual seja, a família constituída apenas por um dos genitores e seus filhos, tal espécie de família é muito comum atualmente, em razão do alto número de separações e divórcios em nossa sociedade. Família unilinear, que quer significar a filiação que somente possui um dos progenitores, como por exemplo, os casos de mães solteiras ou não reconhecimento dos filhos. Família eudemonista, conceito novo e que expressa uma nova visão para o caráter da família, a qual tem, agora, por concepção, o fato de não ser o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade. Não se tutela mais a família como ente transpessoal, vinculada à relação de produção e procriação, mas sim como garantidora de realização pessoal, de caráter íntimo e afetivo dos indivíduos”.

¹⁸¹ PADILHA, Elizangela. **Novas Estruturas Familiares: Por uma Intervenção Mínima do Estado.** p. 108: “Do grego *ana*, tem o sentido de privação, isto é, a família privada de pais, sem pais. Assim é a família formada entre irmãos, primos, ou pessoas que têm uma relação de parentesco entre si, sem que haja conjugalidade entre elas e sem vínculo de ascendência ou descendência”.

(PADILHA, 2017, 109),¹⁸² nucleares, extensas, binucleares (PADILHA, 2017, 111),¹⁸³ homoafetivas ou isossexuais (PADILHA, 2017, 111),¹⁸⁴ socioafetivas (PADILHA, 2017, 116),¹⁸⁵ ectogenéticas (PADILHA, 2017, 118),¹⁸⁶ fissionais (PADILHA, 2017, 119),¹⁸⁷ unipessoais (PADILHA, 2017, 118-119)¹⁸⁸ e mosaicos (SILVA, 2016, 608).¹⁸⁹ Vê-se, pois, que o conceito clássico de família, de base natural, não esgota as possibilidades de estruturas familiares atualmente existentes no seio das sociedades, dada a sua pluralidade, diversidade e complexidade. As famílias têm passado por constante reinvenção, numa variável espaçotemporal, não mais se coadunando com a imposição pelo Estado de um modelo único e homogêneo para o enquadramento de uma família (PADILHA, 2017, 132).¹⁹⁰

Assim, o direito não pode restringir a realidade denominada família, optando por proteger apenas as configurações adequadas a um modelo legal, com o fim de dissuadir as estruturas dissonantes, mas, sim, deve assumir a tarefa de inclusão das múltiplas realidades sociais, em virtude de que o Estado existe em função das pessoas que o integram, devendo auxiliá-las na concretização do seu projeto de vida e na busca da felicidade, conforme a sua

¹⁸² *Idem.* p. 109: “É a família que tem múltiplos pais/mães, isto é, mais de um pai e/ou mais de uma mãe”.

¹⁸³ *Idem.* p. 111: “Como já exposto, a família nuclear é a família mais reduzida, ou seja, é aquela formada pelo casal e sua prole. Portanto, se opõe à concepção de família extensa, esta formada não somente pelo pai, mãe e filhos, mas também pelos avós, tios e primos. Por sua vez, a família binuclear é a família nuclear dividida, constituída por dois núcleos a partir de um núcleo originário. Logo, a partir da separação de um casal com filho(s), ocorre a formação de dois núcleos daquela mesma família”.

¹⁸⁴ *Ibidem.*: “A família homoafetiva é aquela constituída por pessoas do mesmo sexo, seja por meio do casamento ou da união estável. Sendo a homossexualidade tão antiga como a própria humanidade, resta claro que a união homoafetiva sempre existiu como realidade fática, embora continue a ser ignorada por muitos que discutem o tema, ao se referirem a ela, como algo novo”.

¹⁸⁵ *Idem.* p. 116: “A expressão socioafetividade foi criada pela doutrina brasileira e empregada pela primeira vez, no ano de 1992, pelo jurista e, atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, em seu livro Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. Todavia, já em 1979, o jurista João Baptista Villela, em seu texto Desbiologização da Paternidade, já difundia os alicerces para a compreensão e desenvolvimento jurídico da teoria jurídica da socioafetividade”.

¹⁸⁶ *Idem.* p. 118: “Família ectogenética é aquela constituída por filhos decorrentes de técnicas de reprodução assistida, ou seja, desvinculada das práticas sexuais”.

¹⁸⁷ *Idem.* p. 119: “A família fissional é aquela formada por pessoas que decidiram viver juntas somente nos finais de semana, ou por períodos específicos. [...] O fato é que muitos casais, sobretudo a partir do segundo casamento, optam por viverem em casas separadas. Daí surgiu a expressão família fissional descrita por Rodrigo da Cunha Pereira: ‘Do latim *fissione*, de fissão, cindir, fender. É a entidade familiar composta por pessoas que fizeram a opção, ou por circunstâncias da vida, de viverem juntas somente nos finais de semanas ou por períodos de férias, viagens ou lazer”.

¹⁸⁸ *Idem.* pp. 118-119: “O conceito de família está relacionado com a ideia de um grupo de pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco ou conjugalidade. No entanto, algumas pessoas preferem viver sozinhas, o que se denomina na língua inglesa de *singles*. Também é possível que a pessoa viva sozinha em decorrência de viuvez, divórcio ou fim de união estável. Em ambos os casos, o fato de tais pessoas viverem sozinhas não significa dizer que não merecem o reconhecimento e proteção do Estado, especialmente no que tange à tutela da moradia”.

¹⁸⁹ *Idem.* p.608: “É aquela formada pelos pais que trazem os filhos de uniões anteriores para conviver sob o mesmo teto, criando um liame afetivo entre o novo companheiro e seus filhos. Esse novo arranjo familiar configura-se por meio da união de irmãos, meio-irmãos e não irmãos em um mesmo lar, surgindo a multiplicidade de vínculos”.

¹⁹⁰ *Idem.* p. 132.

acepção de valores (PADILHA, 2017, 124).¹⁹¹ O direito não é estático, devendo movimentar-se em consonância com a realidade social e as aspirações da população, que estão em constante transmutação e evolução (PADILHA, 2017, 68)¹⁹². Logo, impõe-se ao direito dar guarida às diversas formatações familiares, sempre que se verificar relação assimilável à parentalidade, permeada pela afetividade, estabilidade e ostensividade (ROSA e CARDIN, 2017, 256)¹⁹³.

Ao Estado não cabe interferir nas configurações familiares, limitando-se sua atuação excepcional quando necessário à proteção delas, para garantir-lhes um desenvolvimento pleno, livre e saudável (PADILHA, 2017, 136)¹⁹⁴. Assim como não deve competir ao Estado a ingerência nas relações das famílias, a sociedade também não pode fazê-lo, nem mesmo a pretexto de que um dado formato familiar possa trazer prejuízo às crianças nascidas em seu meio, o que somente se justificaria diante de situações de risco de dano, evidenciado através de elementos concretos. Pensamento diverso autorizaria ao Estado criar óbices legais à constituição de família sempre que, hipoteticamente, os genitores pudessem expor as futuras crianças a qualquer prejuízo, em razão do princípio do seu superior interesse, situação na qual prevaleceria a incerteza. Impende salientar que todo arranjo familiar tem relevância fundamental para o aperfeiçoamento da sociedade e para a formação e desenvolvimento da criança (ROSA e CARDIN, 2017, 222-223)¹⁹⁵.

Ademais, todas as estruturas familiares devem ser albergadas pelo Estado em decorrência da dignidade da pessoa humana e da pluralidade de mundividências. A família hoje é vista como um ambiente essencial à formação da personalidade, onde os membros devem se desenvolver e exercer plenamente a sua liberdade, sendo apenas monitorada pelo Estado, sobretudo quando houver interesse de vulneráveis, a fim de atender à sua finalidade primordial de estruturação da sociedade (PADILHA, 2017, 138-139)¹⁹⁶.

O pluralismo, a igualdade e a não discriminação em termos procriativos afastam a hierarquização das formas familiares, que deve ser inibida através da aplicação de critérios de justiça igualitária (ROSA e CARDIN, 2017, 167).¹⁹⁷ A dignidade da pessoa humana também

¹⁹¹ *Idem.* p. 124.

¹⁹² *Idem.* p. 68: “Ocorre que as aspirações humanas são bastante dinâmicas, encontram-se em constante evolução, aprimoramento e transformação. Logo, o Direito deve ainda acompanhar essa realidade de forma coerente e com bom senso, não podendo atuar como mero expectador das modificações sociais. Ao contrário, ‘o direito é produto dos círculos sociais, é formula da coexistência dentre eles’, conforme afirma Pontes de Miranda”.

¹⁹³ *Idem.* p. 256.

¹⁹⁴ *Idem.* p. 136.

¹⁹⁵ *Idem.* pp. 222-223.

¹⁹⁶ *Idem.* pp. 138-139.

¹⁹⁷ *Idem.* p. 167.

impede que o Estado promova a proteção de apenas determinadas estruturas familiares ou a predominância de um modelo sobre outro (PADILHA, 2017, 135)¹⁹⁸.

Nesse contexto, a família tornou-se uma instituição democrática e instrumental, não mais tida como uma entidade superior aos seus membros, sendo superada a noção de que estes existem em função daquela. Assim, concebe-se a família como uma instituição destinada à satisfação e ao desenvolvimento das pessoas que a integram. Vale dizer, a família não é mais um fim em si mesma, mas um meio para a consecução dos fins de felicidade, de plenitude e de realização pessoal de todos seus membros. Com isso, cada integrante do grupo familiar passou a ser o protagonista da sua própria história, podendo adotar seu estilo de vida, ideologia e convicções, contanto que respeite a esfera jurídica dos demais, assim como de outros grupos sociais. É por isso que a doutrina não mais concebe a ingerência do Estado para ditar o que deve ser considerado como uma família, ou negar a existência de uma, quando presentes as situações objetivas e subjetivas existenciais, que devem ser extraídas da concretude social, e não abstratamente estabelecidas por regramento estatal (PADILHA, 2017, 133).¹⁹⁹

O Professor Doutor Diogo Leite de Campos critica o chamado Direito de Família contemporâneo, centrado na ideia de não modelo, por apresentar as características em síntese: (1) os direitos da pessoa são tidos como liberdades ilimitadas; (2) há o absolutismo do interesse subjetivo; (3) as relações familiares cedem espaço à “vontade eticamente neutral” de cada um dos membros da família; (4) o dogma da vontade desloca-se para o domínio das pessoas; (5) a solidariedade e o interrelacionamento foram apagados pelo absolutismo individual; (6) a negação do interesse público nas relações familiares; (7) os membros mais vulneráveis do grupo familiar podem ser prejudicados, diante da legitimação da vontade individual de cada um, sem a predominância do princípio da igualdade; (8) a ética, a genética, a fisiologia, a biologia, dentre outras, são livremente cunhadas pela “onipotente vontade do sujeito”; e (9) ocorre a negação do direito positivo e da positivação atinente à pessoa humana, à sociedade e ao interrelacionamento natural e ínsito ao ser humano (CAMPOS, 1998, 1024-1025)²⁰⁰.

A despeito das ponderosas razões apresentadas pelo jurista, entendemos pelo acolhimento da diversidade nas estruturas familiares, inclusive daquelas formadas a partir do recurso às técnicas de PMA, uma vez que os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação não se compatibilizam com a eleição de um único modelo de

¹⁹⁸ *Idem.* p. 135.

¹⁹⁹ *Idem.* pp. 133-134.

²⁰⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Onipotência do Sujeito. **Revista da Ordem dos Advogados**. pp. 1024-1025.

família a ser consagrado pela ordem jurídica, de modo a relegar os demais à marginalidade. A assertiva de que a família consiste em instrumento cujo fim é a realização de seus membros não constitui liberdades ilimitadas e nem o absolutismo da vontade individual, posto que, enquanto instituição democrática, a atuação de cada indivíduo no âmbito familiar, e fora dele, encontra limites nos direitos e interesses dos demais membros do grupo, de terceiros e da coletividade. A intervenção do Estado apenas em pontos essenciais à garantia de direitos, liberdades e garantias fundamentais, notadamente dos membros mais vulneráveis, não se caracteriza como ausência estatal e/ou negação da positivação sobre a matéria. Os novos modelos familiares têm como base a afetividade, que atua como sustentáculo da solidariedade. Por fim, o reconhecimento jurídico dos tipos familiares plurais não traduz o apagamento ou o enfraquecimento do modelo nuclear de família, que, por ser o mais expressivo numericamente, pode coexistir com os demais, no entanto, a escolha estatal de um único modelo, provoca o desamparo e a invisibilidade das demais estruturas familiares hauridas da realidade social.

1.6 Teoria da Afetividade Aplicada às Relações Parentais

A palavra parente, do latim *parēns -ēntis*, significa “a pessoa que, em relação a outra(s), pertence à mesma família, quer pelo sangue, quer pelo casamento”.²⁰¹ Parentesco consiste no vínculo jurídico existente entre pessoas em razão de fato natural (nascimento → consaguinidade) ou de fato jurídico (casamento → afinidade / adoção → ligação civil)²⁰². Parentalidade é o indicativo de que é parente, consiste em traço de família.

A doutrina diverge se o parentesco configura realidade biológica ou se seria um conceito sociocultural (RAMOS, 2012, 149-150)²⁰³.

Visando clarificar confusão conceitual e incluir os diversos aspectos do parentesco, a doutrina tem proposto nomenclaturas sobre as formas de parentalidade, conforme quadro seguinte:²⁰⁴

²⁰¹ *Idem.* p. 478.

²⁰² *Idem.* p. 1012.

²⁰³ *Idem.* pp. 149-150: “Levanta-se também a questão de saber o que é o parentesco, se ele é fundamentalmente uma realidade biológica ou um conceito sociocultural. Há argumentos, nomeadamente os que resultam de estudos antropológicos, a favor da tese de que o parentesco é uma noção sociocultural, mas basta pensar no que sucede com os filhos adotivos que procuram saber quem são os seus pais biológicos para perceber quanta carga tem o parentesco de sangue, ainda que essa carga possa ser considerada também de gênese sociocultural. O argumento de uma raiz biológica da ligação pais-filhos encontra algum suporte na comparação com algumas espécies em que os machos recém-dominantes chegam ao extremo de matar os filhos das companheiras, pois só aceitam aqueles que irão procriar e ter os seus genes”.

²⁰⁴ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos.** p. 172.

NOMENCLATURA	CONCEITO
Multiparentalidade paterna	3 ou mais pessoas como genitores, sendo dois ou mais pais do sexo masculino
Multiparentalidade materna	3 ou mais pessoas como genitores, sendo duas ou mais mães do sexo feminino
Biparentalidade	1 pai e 1 mãe de sexos distintos
Bipaternidade (ou biparentalidade paterna)	2 pais do sexo masculino apenas
Bimaternalidade (ou biparentalidade materna)	2 mães do sexo feminino apenas

Quadro 1- Nomenclaturas de Formas de Parentalidade

Fonte: CASSETARI, 2017, 172.

A família parental, na sua acepção contemporânea, é aquela cujo vínculo é oriundo de consanguinidade, afinidade ou socioafetividade (PADILHA, 2017, 107)²⁰⁵. Assim, depreende-se que a parentalidade não mais é exclusiva dos vínculos consanguíneo, matrimonial ou registral, tendo como um dos seus sustentáculos a afetividade. O afeto, etimologicamente originário do latim *affectus*, tem o significado de “sentimento de amizade”, “carinho” ou “ternura”, enquanto que afetividade é considerada como a “inclinação para amar”.²⁰⁶ A doutrina tem defendido que o afeto consiste em valor e princípio de sustentação da família (PEREIRA, 2017, 144)²⁰⁷. Assim, a constituição da família e a configuração da parentalidade estão sujeitas à incidência do princípio da afetividade, que tem sido tão valorizado quanto o vínculo biológico-genético, senão, até mesmo, em determinadas circunstâncias, tendo primazia diante deste (CALDERÓN, 2017, 149-150)²⁰⁸. Nessa concepção, o Direito contemporâneo passou a perquirir os signos distintivos do afeto, numa escala de amor → afeto → afetividade → socioafetividade, valorados na forma descrita neste quadro:²⁰⁹

²⁰⁵ *Idem.* p. 107.

²⁰⁶ *Idem.* p. 16.

²⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. p. 144: “Sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. É o ‘afeto que conjuga’. E, assim, o afeto ganhou *status* de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começaram a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família”.

²⁰⁸ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. pp. 149-150: “A afetividade é um dos principais vetores dos relacionamentos interpessoais contemporâneos. Conforme exposto nos capítulos anteriores, restou demonstrado que a sociedade adotou o vínculo afetivo no estabelecimento das relações familiares, o que se percebeu com mais intensidade a partir do final do século XX. Mesmo com mais intensidade a partir dos vínculos biológicos, identificados pela técnica do exame em *DNA* (que se popularizou a partir da década de 90), concomitantemente, a ligação afetiva foi adotada como socialmente suficiente. O ditado popular brasileiro ‘pai é quem cria’ é uma demonstração do que se está a sustentar. Hodiernamente, as situações existenciais intersubjetivas estão caracterizadas pela indelével marca da afetividade, de modo que a importância que lhe foi paulatinamente conferida no plano fático implicou a sua subsequente assimilação jurídica. Em um período não muito distante imperavam outros critérios no reconhecimento jurídico de uma relação familiar de conjugalidade ou de parentalidade (os conhecidos vínculos matrimoniais, biológicos e registraes). No cenário atual, figura ao seu lado e com proeminência o elo afetivo, indetificado como merecedor de reconhecimento jurídico e tutela”.

²⁰⁹ *Idem.* p. 153.

SIGNO	VALORAÇÃO JURÍDICA
AMOR	- é estranho ao Direito e às suas atuais categorias jurídicas.
AFETO	- sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito).
AFETIVIDADE	- atividade exteriorizadora de afeto; conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).
SOCIOAFETIVIDADE	- reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva (repercussão também captável pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).

Quadro 2 - Valoração Jurídica dos Signos Distintivos do Afeto

Fonte: CALDERÓN, 2017, 153.

A afetividade, elemento básico da parentalidade ou da entidade familiar, demonstra-se por fatos concretos, a chamada “afetividade jurídica objetiva”. Na escala de valores, o amor, sendo sentimento subjetivo, é elemento estranho ao direito. Em princípio, igualmente, o afeto também não repercute automaticamente no direito, por ser um sentimento, algo abstrato. Contudo, quando o afeto é exteriorizado através de dados concretos – a afetividade – passa a ter cognoscibilidade jurídica. A afetividade, assim, tem a dimensão subjetiva (sentimento de afeto) e a objetiva (expressão concreta do vínculo afetivo), sendo que apenas a segunda está relacionada ao direito e pressupõe a primeira. A conduta afetiva é imposição jurídica, independentemente da existência do sentimento. Já a socioafetividade manifesta-se através da mutualidade ou reciprocidade no cuidado, na ajuda, no convívio, na coabitação, na comunhão de projetos, na proteção e no compartilhamento patrimonial (CALDERÓN, 2017, 154-156).²¹⁰

A partir do desenvolvimento da teoria da afetividade e da concepção de parentalidade socioafetiva, vínculo de parentesco de natureza civil, caracterizado mediante estreita relação de afeto, entre pessoas que não apresentam liames biológicos ou genéticos entre si, ganharam enfoque a parentalidade intencional ou social e a homoparentalidade (CASSETTARI, 2017, 17).²¹¹ Daí que emanaram as figuras da multiparentalidade, da bimaternidade e da bipaternidade, acima definidas (CASSETTARI, 2017, 169)²¹². Uma vez que a pessoa se tornou o núcleo da proteção estatal, com a positivação da dignidade humana, sendo a família, nos seus múltiplos formatos, o instrumento para a concretização do pleno desenvolvimento e da realização pessoal de cada um dos seus membros, a afetividade se consagrou como valor fundante e informativo das relações jurídicas familiares. Com isso, vem avançando o

²¹⁰ *Idem.* pp. 154-156.

²¹¹ *Idem.* p. 17.

²¹² *Idem.* p. 169.

reconhecimento das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, onde a socioafetividade é essencial, uma vez que, no estágio atual da biomedicina, ainda não há possibilidade científica de que tais casais concebam um filho geneticamente vinculado a ambos. Posto que as famílias nucleares podem apresentar disfuncionalidades, demandando a intervenção estatal, e que inexistem medidas de políticas públicas para preveni-las, não há como pressupor que as famílias homoparentais representem um mal, por estarem sujeitas a semelhante risco, e sob tal justificativa, impedir a sua concretização e reconhecimento (ROSA e CARDIN, 2017, 153)²¹³.

Importante mencionar que a expressão “homoparentalidade”, em francês *homoparentalité*, teve seu advento no ano de 1996, na França, desenvolvida pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos (APGL), com o intuito de dar visibilidade às famílias formadas por casais do mesmo sexo. Nos Estados Unidos, emprega-se a designação *lesbian and gay families* ou *lesbian and gay parenthood* (ROSA e CARDIN, 2017, 147)²¹⁴.

O avanço das conquistas das categorias homoafetivas acompanhou paralelamente o desenvolvimento da teoria da socioafetividade nas relações familiares, estando ambos os temas correlacionados à conformação de um direito das famílias distinguido pela pluralidade e “menos monocromático” (CALDERÓN, 2017, 340-341)²¹⁵.

Na linha da afetividade nas relações familiares, a intenção e o cuidado sobrepõem-se ao vínculo biológico ou genético (DANTAS e CHAVES, 2017, 91-92)²¹⁶. A família contemporânea está fundada na afetividade, no compartilhamento de valores, na comunhão de projetos de vida, na multiplicidade de formas e na ausência de hierarquia entre seus membros, todos tendo participação relevante e sendo iguais entre si, deixando o papel de instituição e assumindo a função de instrumento para a plena realização dos seus componentes. Por essa razão, é salutar o reconhecimento de novas configurações familiares, como mecanismo de fomento à inclusão de minorias, traço característico das sociedades plurais e com maior desenvolvimento socioeconômico e cultural (ROSA e CARDIN, 2017, 53)²¹⁷. No que tange ao recurso às técnicas de PMA por casais do mesmo sexo, as evidências de socioafetividade, consubstanciadas na participação no projeto parental e na manifestação do consentimento livre e esclarecido para o início dos procedimentos, dão sustentação ao reconhecimento do vínculo parental entre a criança e o membro que não tenha fornecido os seus gametas.

²¹³ *Idem.* p. 153.

²¹⁴ *Idem.* p. 147.

²¹⁵ *Idem.* pp. 340-341.

²¹⁶ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.** pp. 91-92.

²¹⁷ *Idem.* p. 53.

CAPÍTULO 2 - ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E TEMAS CORRELATOS

2.1 Considerações Gerais e Dados Estatísticos sobre Sexualidade, Procriação Humana e Estruturas Familiares

A progressiva complexidade da sociedade contemporânea, agudizada com o avanço científico e tecnológico, tem exigido, na construção do direito, notadamente quanto às questões sexuais, reprodutivas e familiares, o recurso à interdisciplinaridade envolvendo as ciências sociais, naturais e exatas, o que facilita a compreensão e a difusão do conhecimento, bem como melhor atende à necessidade de pacificação social e de reforço do sistema protetivo dos direitos, pois leva em consideração a realidade da transformação das condições sociais e técnico-científicas, bem como as reivindicações dos diversos grupos sociais (MARTINS, 2005, 743)²¹⁸.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), instituição vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), foi criada em 1946, durante a Conferência Sanitária Internacional de Nova Iorque, com a finalidade de assegurar, para todos os povos, o mais elevado grau possível de saúde, conforme o art. 1º da sua Constituição. A OMS preconiza que a saúde sexual não se limita à ausência de patologias, mas, sim, consiste num estado de bem-estar físico, emocional, mental e social, cuja concretização e manutenção dependem do reconhecimento, da defesa e do cumprimento dos direitos sexuais de todas as pessoas²¹⁹. A saúde sexual compreende a reprodução humana, tanto que a OMS aborda a infertilidade como questão de saúde pública, tendo editado o Glossário de Terminologias em Técnicas de Reprodução Assistida (TRA), de 2009, que considera infertilidade como “enfermidade do sistema reprodutivo definida como a incapacidade de obter uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas (HOCHSCHILD *et al*, 2010, 7) ”.²²⁰

²¹⁸ MARTINS, João Zenha. O Novo Regime Jurídico da Adopção na Encruzilhada Reformista do Direito de Família. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. p. 743.

²¹⁹ Sexual Health, Human Rights and the Law Report. In **WHO Library Cataloguing-in-Publication Data**. p.5: “Sexual health is a state of physical, emotional, mental and social well-being in relation to sexuality; it is not merely the absence of disease, dysfunction or infirmity. Sexual health requires a positive and respectful approach to sexuality and sexual relationships, as well as the possibility of having pleasurable and safe sexual experiences, free of coercion, discrimination and violence. For sexual health to be attained and maintained, the sexual rights of all persons must be respected, protected and fulfilled”.

Tradução livre: “Saúde sexual é um estado físico, emocional, mental e social de bem-estar em relação à sexualidade; não é meramente a ausência de doença, disfunção ou enfermidade. Saúde sexual requer uma abordagem positiva e respeitosa da sexualidade e das relações sexuais, assim como a possibilidade de ter prazerosas e seguras experiências sexuais, livres de coerção, discriminação e violência. Para que a saúde sexual seja atingida e mantida, os direitos sexuais de todas as pessoas devem ser respeitados, protegidos e cumpridos”.

²²⁰ HOCHSCHILD, F. Zegers *Et al*. – **Glossário de Terminologia em Técnicas de Reprodução Assistida (TRA)**. p. 7.

O Glossário Internacional sobre Infertilidade e Cuidados de Fertilidade, atualizado em 2017²²¹, elaborado pela Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva, ampliou o conceito de infertilidade, para abranger o comprometimento da capacidade de reprodução de uma pessoa, seja como um indivíduo, seja com o seu/sua parceiro/parceira.

Na Classificação Internacional de Doenças vigente (CID10), as patologias caracterizadas como infertilidade constam dos códigos N46 (infertilidade masculina, abrangendo azoospermia e oligospermia), N97.0 (infertilidade feminina associada à anovulação), N97.1 (infertilidade feminina de origem tubária), N97.2 (infertilidade feminina de origem uterina), N97.3 (infertilidade feminina de origem cervical), N97.4 (infertilidade feminina associada a fatores do parceiro), N97.8 (infertilidade feminina de outra origem) e N97.9 (infertilidade feminina não especificada).

Para contornar a infertilidade, as ciências da vida desenvolveram a PMA (Procriação Medicamente Assistida), que consiste no conjunto de técnicas que visam a fusão entre o gameta masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo), para a concepção de uma nova vida (ovo ou zigoto), em complementação, alteração ou substituição do processo natural - coital, qual seja, a relação sexual entre homem e mulher no período fértil desta.

A mulher é a figura central dos procedimentos de PMA, que recaem, quase que exclusivamente, sobre seu corpo, objeto natural de estudos, intervenções e testes, ainda que se trate de esterilidade ou de infertilidade masculina (SILVA, 2014, 39).²²² Enquanto o homem realiza apenas exames sanguíneos e análise seminal,²²³ a mulher é submetida, além de exames

²²¹ ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G. David; DYER, Silke; RACOWSKY, Catherine; MOUZON, Jacques de; SOKOL, Rebecca; RIENZI, Laura; SUNDE, Arne; SCHMIDT, Lone; COOKE, Ian D.; SIMPSON, Joe Leigh; VAN DER POEL, Sheryl. The International Glossary on Infertility and Fertility Care 2017. **Fertility and Sterility**. p. 401: *“Infertility - A disease characterized by the failure to establish a clinical pregnancy after 12 months of regular, unprotected sexual intercourse or due to an impairment of a person's capacity to reproduce either as an individual or with his/her partner. Fertility interventions may be initiated in less than 1 year based on medical, sexual and reproductive history, age, physical findings and diagnostic testing. Infertility is a disease, which generates disability as an impairment of function”*.

Tradução livre: “Infertilidade – Uma doença caracterizada pela falha em estabelecer uma gravidez clínica depois de 12 meses de regulares e desprotegidas relações sexuais ou devido a um comprometimento da capacidade reprodutiva de uma pessoa, seja como um indivíduo, seja com seu/sua parceiro/parceira. Intervenções de fertilidade podem ser iniciadas em menos de 1 ano, com base em históricos médicos, sexuais e reprodutivos, idade, achados físicos e testes diagnósticos. Infertilidade é uma doença que gera incapacidade e um comprometimento de funções”.

²²² *Idem*. p. 39.

²²³ “Conhecido como espermograma, é o exame inicial que deve ser realizado para avaliação do fator masculino ligado à infertilidade. Classicamente, são realizadas duas coletas e o homem deve estar em abstinência sexual de ao menos dois ou três dias. O exame analisa vários parâmetros, dentre eles concentração, motilidade e forma dos espermatozoides. Trata-se de uma análise morfológica do sêmen e não deve ser considerado como um teste de fertilidade masculina, já que homens inférteis podem apresentar espermogramas normais, assim como homens com espermogramas ‘alterados’ frequentemente são pais sem maiores dificuldades”. Disponível em <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/centro-reproducao-humana/Paginas/exames.aspx>.

de sangue, à análise hormonal e exames mais invasivos como histeroscopia,²²⁴ histerossalpingografia²²⁵ e ultrassonografia pélvica e transvaginal²²⁶. O corpo da mulher ainda é indispensável e está integrado às pesquisas científicas e às práticas em reprodução humana, sendo, assim, objeto material da “biologização” e da “medicalização” (SILVA, 2014, 181).²²⁷

Os procedimentos de PMA, comumente, além de invasivos, podem causar reações nocivas ao organismo feminino (SILVA, 2014, 42-43)²²⁸. O risco de complicações em decorrência de tais procedimentos consta da CID-10, que os insere no grupo dos transtornos não inflamatórios do trato genital feminino, elencando-os na categoria N98 (complicações associadas à fecundação artificial) e especificando-os em N98.0 (infecção associada à inseminação artificial), N98.1 (hiperestimulação dos ovários), N98.2 (complicações relacionadas com a tentativa de introdução do óvulo fecundado artificialmente – *in vitro*), N98.3 (complicações relacionadas com a tentativa de transferência do embrião), N98.8 (outras complicações associadas à fecundação artificial – por marido ou doador) e N98.9 (complicações não especificadas associadas à fecundação artificial). É a exposição a esses possíveis impactos, dentre outros de ordem psíquica, moral e social, que justifica as preocupações éticas e jurídicas com o estabelecimento de um regime protetivo à mulher submetida às práticas e procedimentos no âmbito da procriação medicamente assistida.

²²⁴ “Procedimento diagnóstico que utiliza um histeroscópio (pequeno tubo com uma câmera acoplada) para visualizar a cavidade uterina. É possível diagnosticar e tratar pólipos, miomas e até fazer diagnóstico de infecções no útero. Esse procedimento é geralmente realizado entre o 6º e o 11º dia do ciclo menstrual. O objetivo da realização desse exame é a detalhada avaliação da cavidade uterina, onde miomas, pólipos ou processos infecciosos podem prejudicar a implantação embrionária”. Disponível em <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/centro-reproducao-humana/Paginas/exames.aspx>.

²²⁵ “Trata-se de um exame radiológico que utiliza um líquido especial injetado através do colo uterino com objetivo de se visualizar e avaliar o interior do útero e a permeabilidade das tubas. Esse procedimento é realizado geralmente entre o 6º e o 11º dia do ciclo menstrual”. Disponível em <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/centro-reproducao-humana/Paginas/exames.aspx>.

²²⁶ “Tem o objetivo de avaliar a pelve feminina, o que possibilita diagnosticar doenças ginecológicas que poderiam influenciar negativamente a fertilidade de um casal. Os problemas mais frequentemente diagnosticados são miomas e pólipos uterinos, cistos ovarianos e endometriose”. Disponível em <https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/centro-reproducao-humana/Paginas/exames.aspx>.

²²⁷ *Idem.* p. 181.

²²⁸ *Idem.* pp. 42-43: “Durante a estimulação ovárica, o controle e monitoração dos folículos e o desencadeamento da ovulação podem desencadear uma resposta excessiva dos ovários (síndrome da hiperestimulação ovárica), a qual pode obrigar a internamento hospitalar. Estes tratamentos hormonais podem ainda provocar alterações na forma e no funcionamento do corpo das mulheres, como o aumento de peso, dores de cabeça, dores abdominais, modificações da libido, perda de cabelo ou surgimento de pêlos (Rizk e Aboulghar 1991; Olivennese e Frydman 1998, 1121). Segue a punção e colheita dos óvulos, acto cirúrgico que comporta alguns riscos, como infecções ou hemorragias, que eventualmente conduzirão a aderências intrapélvicas, as quais podem exacerbar ou até mesmo causar infertilidade nas mulheres envolvidas neste procedimento (Hammarberg *et al.* 1987). Adicionalmente, procede-se à colheita e preparação laboratorial do sêmen. [...] O processo de transferência de embriões pode causar infecções ou hemorragias nas mulheres; os embriões podem implantar-se na trompa (gravidez extrauterina ou etópica) ou pode haver um embrião no útero e outro na trompa (gravidez heterotópica), situações que se detetam através de monitorização cuidadosa após a transferência de embriões (Cohen *et al.* 1986; Dicker *et al.* 1989; Rizk 1990)”.

Essencial acrescentar que a incapacidade procriativa dos celibatários e dos casais infecundos por orientação sexual não se deve, ao menos em princípio, a um quadro patológico. Pode até estar associada a este, mas, primariamente, deriva de limitação fisiobiológica das funções reprodutivas em razão de fator comportamental, cuja superação, no estágio atual da ciência, ainda requer a concorrência do sexo oposto. É a denominada infertilidade social ou funcional, que se verifica quando o indivíduo não é clinicamente diagnosticado como infértil, entretanto, a reprodução coital lhe é indesejável ou impossível por motivos outros, a exemplo dos casais de mesmo sexo e das pessoas solteiras (MUTCHERSON, 2015, 42).²²⁹ Portanto, a infertilidade social ou funcional, em princípio, não implica em um problema de saúde, mas em questão de saúde, e, segundo corrente doutrinária, é motivo válido para autorizar o recurso à PMA, diante da necessidade de adoção da técnica de reprodução heteróloga para a concretização do projeto parental (HAAB, 2018, 114)²³⁰. Assim, embora a infertilidade médica consista numa “doença do sistema reprodutivo”, ela não esgota todas as impossibilidades ou restrições reprodutivas, havendo outros fatores que, igualmente, obstam a procriação e a parentalidade, caracterizando a infertilidade social ou funcional, que também justifica o acesso àquelas tecnologias (HUDSON, 2017, 390)²³¹.

O *World Population Prospects 2019*,²³² relatório elaborado pela ONU, estimou a população mundial, para o ano de 2019, em aproximadamente 7.713.468.000 (sete bilhões,

²²⁹ *Idem.* p. 42.

²³⁰ *Idem.* p. 114: “[...] Os direitos reprodutivos, incorporados à Constituição por meio do direito fundamental ao planejamento familiar, não visa apenas a casais heterossexuais, sendo igualmente válido para qualquer pessoa, não importando a sua orientação sexual. Nesse sentido, é justo o acesso dos casais homossexuais às técnicas de reprodução assistida para implementarem o seu projeto parental. Esta hipótese ganha singular relevância em virtude de os homossexuais, enquanto casais, serem naturalmente inférteis (infertilidade funcional), sendo necessário o recurso da reprodução heteróloga para esses casais se reproduzirem”.

²³¹ HUDSON, Sarah. *Great Expectations: Access to Assisted Reproductive Services and Rights. Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction*. pp. 337-338: “*The consequences of adopting a medical definition of infertility to determine access to AHR services will be highlighted below. For the moment, it suffices to introduce those who do not satisfy the medical definition and who may yet be candidates for reproductive assistance: single women, lesbian partners, individuals or couples with a genetic condition they do not wish to pass on to a child, or individuals about to undergo cancer treatment that risks rendering them infertile. What these groups have in common with the physically infertile is an unfulfilled desire for a child and the need for external medical assistance to reproduce. The experience of childlessness for single women and lesbian partners is frequently referred to as ‘social’ infertility. For them, donor insemination (DI) is the first-choice treatment, but they may require IVF*”.

Tradução livre: “As consequências da adoção de uma definição médica de infertilidade para determinar o acesso aos serviços de RHA serão destacadas abaixo. Para o momento, basta introduzir aqueles que não satisfazem a definição médica e que podem ser candidatos à assistência reprodutiva: mulheres solteiras, parceiras lésbicas, indivíduos ou casais com uma condição genética que não desejam transmitir a uma criança, ou indivíduos prestes a se submeterem ao tratamento de câncer que gera o risco de torná-los inférteis. O que esses grupos têm em comum com os fisicamente inférteis é um desejo não realizado por uma criança e a necessidade de assistência médica externa para se reproduzir. A experiência de não ter filhos para mulheres solteiras e parceiras lésbicas é frequentemente referida como infertilidade ‘social’. Para elas, a inseminação com doador (ID) é o tratamento de primeira escolha, mas elas podem exigir a fertilização *in vitro*”.

²³² Disponível em <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Population/>.

setecentos e treze milhões, quatrocentos e sessenta e oito mil) indivíduos. Conforme dados estatísticos em tempo real,²³³ apurados pela companhia independente Dadax, colhidos em 15.09.2019, a população mundial foi aferida em cerca de 7.730.640.220 (sete bilhões, setecentos e trinta milhões, seiscentos e quarenta mil, duzentos e vinte) indivíduos.

Em termos mundiais, durante as três últimas décadas do século passado, a taxa de fecundidade (número de bebês nascidos vivos por mulher) sofreu redução drástica, havendo uma estabilização a partir da virada para o século XXI, conforme relatado no *World Population Prospects 2019*²³⁴, cujos dados são demonstrados no gráfico abaixo:

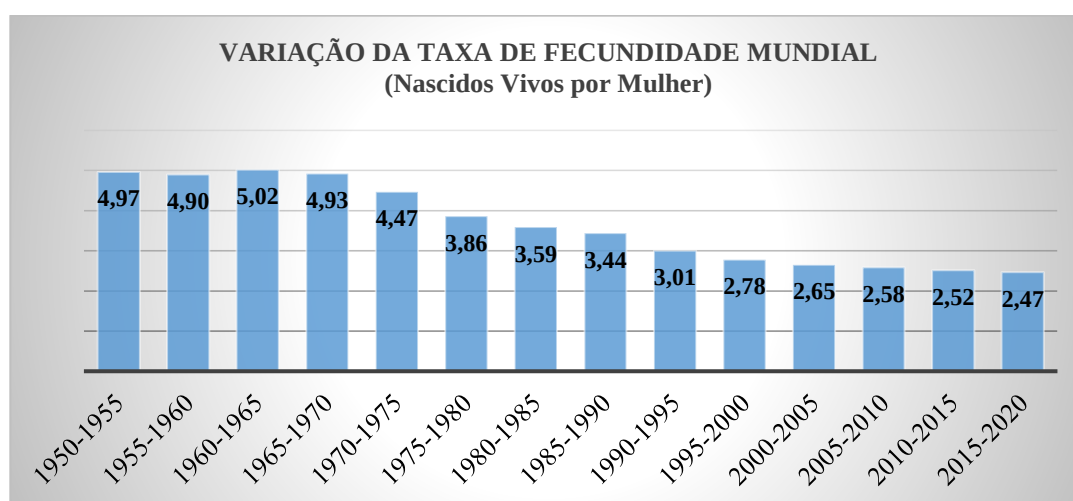


Gráfico 1 - Variação da Taxa de Fecundidade Mundial (Nascidos Vivos por Mulher)
Elaborado pela autora. Fonte de dados: *World Population Prospects 2019*.

O Repositório de Dados do Observatório Global de Saúde, instituição vinculada à OMS,²³⁵ com atualização em 20.05.2019, demonstra que, em regra, países com menores índices de desenvolvimento humano, social e econômico, e/ou maior desigualdade de gênero, apresentam as mais elevadas taxas de fecundidade, a exemplo de Niger, que lidera o ranking, onde cada mulher tem cerca de 7,239 filhos, seguido de Somália (6,267), Congo (6,112), Mali (6,057), Chade (5,9), Burundi (5,697), Angola (5,694), Nigéria (5,526), Uganda (5,591), Timor Leste (5,503), Gambia (5,425), Burkina Fasso (5,353), Moçambique (5,243) e Tanzania (5,016). Sem embargo, estudo do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU aponta que o fim da alta fertilidade, assim considerado o índice de mais de 5 (cinco) nascimentos por mulher, está próximo, pois, mantidas as mesmas condições, a tendência é de que, em 10 (dez) anos, 2/3 (dois terços) da população mundial vivam em países onde a taxa de

²³³ Disponível em <https://www.worldometers.info/>.

²³⁴ Disponível em <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Fertility/>.

²³⁵ **Global Health Observatory Data Repository**. Disponível em <http://apps.who.int/gho/data/view.main.947450>.

natalidade será inferior a 2,1 (dois vírgula um) nascimentos em média por mulher.²³⁶ Essa redução já vem se verificando mesmo em alguns países com alta taxa de fertilidade, a exemplo de Níger, que teve um decréscimo de 7,6 (sete vírgula seis) filhos por mulher em 2017 para 7,239 (sete vírgula vinte e três) em 2019. Quanto às menores taxas de fecundidade, foram constatadas em Ilhas Maurício (1,04), República da Coreia (1,172), Cingapura (1,2), Moldóvia (1,241), Portugal (1,31),²³⁷ Polónia (1,32), Espanha (1,33) e Bósnia e Herzegovina (1,36). O Brasil apresentou taxa de fecundidade de 1,726 (um vírgula setenta e dois) filhos por mulher.

A taxa de fecundidade média dos países que compõem a União Europeia foi estimada, no ano de 2017, em 1,59 (um vírgula cinquenta e nove) filhos nascidos vivos por mulher²³⁸. O declínio da taxa de fecundidade no continente é atribuído a fatores quantitativos, havendo queda no número de filhos desejados por genitor(es)(as), e temporais, sendo os nascimentos postergados para o final dos anos reprodutivos da mulher, onde a fecundidade é reduzida, a esterilidade é aumentada e há alta incidência de aborto. Também se verifica o aumento da opção por não ter nenhum filho, entre mulheres nascidas após 1970, o que atinge 25% (vinte e cinco por cento) em países como Áustria, Alemanha (parte ocidental), Inglaterra e País de Gales. A ausência de filhos pode, ainda, decorrer de causas involuntárias, dentre as quais, a inexistência de um parceiro adequado, fatores biológicos (infertilidade) e patológicos (sequelas de doenças sexualmente transmissíveis). Tem se constatado a ruptura entre níveis de fertilidade e casamento/nupcialidade, com aumento da proporção de nascimentos extramaritais, sobretudo na Europa. Para reverter ou influenciar esse quadro de baixa natalidade, alguns países europeus têm desenvolvido políticas pró-natalistas (BOTEV, 2006, 4)²³⁹. A título de exemplo, Áustria e Alemanha, afetadas pela redução da natalidade após a Segunda Guerra Mundial, têm lançado políticas para incrementar os níveis de fertilidade, tais como ampliação do período de licença pelo nascimento de filho para dois ou três anos, concessão de incentivos fiscais para pessoas/casais com filhos, redução da jornada de trabalho, provisão de creches e benefícios

²³⁶ The End of High Fertility is Near. **Population Facts**. Disponível em https://population.un.org/wpp/Publications/Files/PopFacts_2017-3_The-end-of-high-fertility.pdf.

²³⁷ O dado apresentado pela OMS difere do apurado pelo Instituto Nacional de Estatística (INE) de Portugal, que, em 2017, estimou o índice sintético de fecundidade em 1,37 filhos por mulher, com projeção até 2.080, no patamar mais alto, em 1,75. Para o ano de 2018, o mesmo INE aferiu índice de 1,41 filhos por mulher, o que se explicaria pela elevação do contingente imigratório. Informação disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0008849&contexto=bd&selTab=tab2.

²³⁸ Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Fertility_statistics.

²³⁹ BOTEV, Nikolai. Is Europe Trapped in/by Low Fertility? **Entre Nous: The European Magazine for Sexual and Reproductive Health**. pp. 4-7.

monetários destinados à criação de cada criança.²⁴⁰ A Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), refere que, com as taxas de fertilidade abaixo do nível de reposição das gerações - 2 (dois) filhos por mulher, em alguns países da Europa, se não houvesse o fenômeno migratório, a sociedade moderna poderia entrar em declínio no continente.²⁴¹ Esse prognóstico reforça a necessidade da promoção de um acesso mais amplo e plural às técnicas de PMA.

Sobre o recurso à tecnologia de reprodução assistida no Continente Europeu, a *European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)*, desde 1997, vem realizando estudos de monitoramento, que assim sintetizamos²⁴²:

	DADOS SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA EUROPA			
	Total de países pesquisados	Total de clínicas com dados registrados	Total de ciclos realizados em PMA	Total de crianças nascidas por meio de PMA*
1997	18	482	203.893	24.283
1998	18	521	232.443	24.963
1999	22	538	258.460	17.887
2000	22	569	279.267	26.212
2001	23	579	289.690	21.433
2002	25	631	324.238	35.304
2003	28	725	365.103	52.385
2004	29	785	367.066	45.366
2005	30	923	418.111	49.634
2006	32	998	458.759	87.705
2007	33	1029	493.184	96.690
2008	36	1051	532.260	107.383
2009	34	1005	537.463	109.239
2010	31	991	550.296	120.634
2011	33	1064	609.973	134.106
2012	34	1111	640.144	143.844
2013	38	1169	686.271	149.466
2014	39	1279	776.556	170.163

*Alguns países pesquisados não forneceram o número de nascimentos através de PMA.

Quadro 3 - Dados Sobre Reprodução Humana Assistida na Europa 1997/2014

Elaborado pela autora. Fonte de dados: *European Society of Human Reproduction and Embryology -ESHRE*.

²⁴⁰ PRSKAWETZ, Alexia; BUBER, Isabella; SOBOTKA, Tomas; ENGELHARDT, Henriette. Recent Changes in Family Policies in Austria and Germany: A Response to Very Low Fertility. *Entre Nous: The European Magazine for Sexual and Reproductive Health*. pp. 27-29.

²⁴¹ FIGO. *Population Decline on The Horizon in Europe as Fertility Rates Stay Below Replenishment Level*. Disponível em <https://www.figo.org/news/population-decline-horizon-europe-fertility-rates-stay-below-replenishment-level-0015898>.

²⁴² Dados disponíveis em <https://www.eshre.eu/Data-collection-and-research/Consortia/EIM/Publications>.

Na União Europeia, o seu órgão oficial de estatística, o *European Statistical System (EUROSTAT)*,²⁴³ em 2016, apresentou dados sobre estruturas domésticas e familiares, que informaram 32,5% (trinta e dois vírgula cinco por cento) de famílias unipessoais - estrutura familiar composta por uma só pessoa. Na Suécia, Dinamarca e Lituânia, a proporção é superior – mais de 50% (cinquenta por cento). Dentre os diversos modelos familiares identificados nos países membros da Comunidade Europeia, em 2011, cerca de 13,4% (treze vírgula quatro por cento) foram representados por mães solitárias com filhos e 2,6% (dois vírgula seis por cento) por pais solitários com filhos. Em termos quantitativos por país, tem-se o quadro seguinte²⁴⁴:

	GRUPOS FAMILIARES COMPOSTOS POR PAI OU MÃE COM AO MENOS UM FILHO	
	Pai com ao menos um filho	Mãe com ao menos um filho
1. Reino Unido	462.255	2.773.410
2. Alemanha	448.805	2.450.426
3. Itália	462.384	2.188.160
4. França	418.749	2.158.745
5. Polônia	311.414	2.121.757
6. Espanha	463.955	1.756.765
7. Romênia	174.679	637.795
8. Hungria	71.853	464.761
9. República Tcheca	106.994	462.601
10. Portugal	64.100	416.343
11. Holanda	86.072	410.200
12. Bélgica	91.366	405.887
13. Grécia	74.438	389.337
14. Áustria	54.736	315.952
15. Suécia	77.950	251.497
16. Bulgária	61.458	251.325
17. Eslováquia	38.438	187.904
18. Lituânia	29.510	184.774
19. Irlanda	28.559	184.675
20. Croácia	33.345	174.517
21. Letônia	25.301	170.871
22. Suíça	29.453	166.919
23. Noruega	45.429	157.623
24. Dinamarca	33.051	152.249
25. Eslovênia	23.423	119.706
26. Estônia	7.871	77.757
27. Chipre	2.700	20.376

²⁴³ Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=People_in_the_EU_-_statisticsonhouseholdandfamilystructures#FurtherEurostatinformation.

²⁴⁴ Dados extraídos de <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>.

28. Luxemburgo	3.523	17.097
29. Malta	2.973	16.614
30. Liechtenstein	195	1.077
31. Finlândia	0	0
32. Islândia	0	0

Quadro 4 - Grupos Familiares Compostos por Pai ou Mãe com ao Menos um Filho
Elaborado pela autora. Fonte de dados: EUROSTAT.

Os dados retratam que as estruturas familiares unipessoais e monoparentais/unilineares já fazem parte do mosaico social da União Europeia. Assim, permitir às pessoas solteiras, homens e mulheres, o acesso à PMA para a realização de um projeto parental não mais representaria uma agressão aos costumes, tradições e cultura da civilização europeia.

A respeito de uniões entre pares do mesmo sexo, até 2011, apenas quatro países encaminhavam seus dados ao EUROSTAT, por se tratar de informação opcional, sendo eles Bélgica, República Tcheca, Hungria e Reino Unido²⁴⁵. No caso do Reino Unido, as uniões consensuais entre pessoas do mesmo sexo representavam 5,9% (cinco vírgula nove por cento) dentre as estruturas familiares verificadas no país, sendo que, ao Leste de Londres, se constatava a maior concentração, de 12,9% (doze vírgula nove por cento). Os demais países apresentaram proporções de casais do mesmo sexo na seguinte ordem: Bélgica (3,3%), República Tcheca (1,7%) e Hungria (0,4%). Também se operou o fenômeno de maior contingente de conviventes do mesmo sexo nas capitais, vejamos: Bruxelas (7,5%), Praga (2,7%) e Budapeste (1%). Isso pode ser explicado diante do fato de que, nas capitais, a maior densidade demográfica invisibiliza essas famílias e ameniza o risco de etiquetamento negativo pela comunidade local.

A partir do crescente número de pessoas que passaram a se declarar como conviventes em união isossexual e com a expansão da pauta reivindicatória de direitos, defendida pelos movimentos sociais, vários estados membros da União Europeia têm reconhecido legalmente as parcerias registradas, as uniões civis e/ou o casamento. O denominado “casamento neutro”, não circunscrito ao padrão heteronormativo, já é admitido na Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Holanda, Irlanda, Islândia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal, Reino Unido e Suécia. Decisão da Suprema Corte da Áustria, prolatada em 2017, autorizou o casamento entre pessoas do mesmo após 01.01.2019.²⁴⁶ Entretanto, alguns Estados-Membros ainda definem o casamento como a união entre um homem e uma mulher, proibindo a

²⁴⁵ Dados disponíveis em [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/6/61/Same_sex_couples %2C_selected_NUTS_level_3_regions%2C_2011_%28%25_share_of_specified_type_of_family_nuclei%29_PITEU17.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/6/61/Same_sex_couples_%2C_selected_NUTS_level_3_regions%2C_2011_%28%25_share_of_specified_type_of_family_nuclei%29_PITEU17.png).

²⁴⁶ **Austrian Women Become Country's First Same-Sex Couple to Get Married: Gay Rights Groups Have Spent Years Fighting for Equality.** Disponível em <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/same-sex-gay-marriage-australia-nicole-kopaunik-daniela-paier-lgbt-new-years-day-a8706606.html>.

formalização dos relacionamentos isossexuais, a despeito de propostas comunitárias em curso para introduzir ou reforçar a base legal para as parcerias, uniões e/ou casamentos.

Dados do Instituto Nacional de Estatística (INE) retrataram que, no ano de 2011,²⁴⁷ Portugal contava com 10.562.178 (dez milhões, quinhentos e sessenta e dois mil, cento e setenta e oito) residentes em lugares censitários. Em 2018, foi estimado um decréscimo para 10.276.617 (dez milhões, duzentos e setenta e seis mil, seiscentos e dezessete) habitantes,²⁴⁸ redução que se verificou também comparativamente a 2017.²⁴⁹ A proporção de núcleos familiares monoparentais, em 2011, foi estimada pelo INE em 14,89% (quatorze vírgula oitenta e nove por cento).²⁵⁰ Quanto aos dados de nupcialidade, entre pessoas do sexo oposto, em 2013, foi constatada a proporção de 36,5% (trinta e seis vírgula cinco por cento) de casamentos católicos.²⁵¹ Em 2017, o INE aferiu em 54,92% (cinquenta e quatro vírgula noventa e dois por cento) o índice de nascidos vivos fora do casamento, percentual que vinha crescendo continuamente nos anos de 2013 (47,63%), 2014 (49,35%), 2015 (50,71%) e 2016 (52,76%).²⁵² Esses dados tiveram atualização em 2018, com redução dos casamentos católicos entre heterossexuais para 32,5% (trinta e dois e meio por cento) e majoração da proporção de nascidos vivos fora do casamento para 55,9% (cinquenta e cinco vírgula nove por cento)²⁵³.

²⁴⁷ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0009085&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

²⁴⁸ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&contexto=pi&indOcorrCod=0008273&selTab=tab0.

²⁴⁹ Segundo nota do INE: “Em 31 de dezembro de 2018, a população residente em Portugal foi estimada em 10.276.617 pessoas, menos 14.410 que em 2017. Este resultado traduziu-se numa taxa de crescimento efetivo negativa de 0,14%. A tendência de decréscimo populacional mantém-se, ainda que atenuada nos dois últimos anos. A desaceleração do decréscimo populacional em 2018 resultou da melhoria do saldo migratório (de 4.886 pessoas em 2017 para 11.570 pessoas em 2018), já que o saldo natural negativo se agravou (de -23.432 em 2017 para -25.980 em 2018). O envelhecimento demográfico em Portugal continua a acentuar-se: quando comparada com 2017, a população com menos de 15 anos diminuiu para 1.407.566 (menos 16.330 pessoas) e a população com idade igual ou superior a 65 anos aumentou para 2.244.225 pessoas (mais 30.951), representando, respetivamente, 13,7% e 21,8% da população total. A população mais idosa (idade igual ou superior a 85 anos) aumentou para 310.274 pessoas (mais 12.736). Em 2018, uma em cada duas pessoas residentes em Portugal tinha acima de 45,2 anos, o que representa um acréscimo de 4,4 anos em relação a 2008. No futuro, mantêm-se as tendências de redução da população e de envelhecimento demográfico. Portugal poderá perder população até 2080, passando dos atuais 10,3 milhões para 7,9 milhões de residentes, ficando abaixo dos 10 milhões em 2033. A população jovem poderá ficar abaixo do limiar de 1,4 milhões já em 2019 (1.393.513) e do limiar de 1 milhão em 2074 (995.647). O número de idosos passará de 2,2 em 2018 para 2,8 milhões em 2080”. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=354227526&DESTAQUESTema=55466&DESTAQUESmodo=2.

²⁵⁰ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006974&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

²⁵¹ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0000602&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

²⁵² Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0001295&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

²⁵³ Estatísticas Vitais 2018 do Instituto Nacional de Estatística de Portugal. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=314607753&DESTAQUESTema=55466&DESTAQUESmodo=2.

No que tange aos casamentos celebrados, agrupados conforme a orientação sexual dos contraentes, os resultados comparados dos exercícios 2013 e 2018 constam do seguinte quadro:

QUANTITATIVO DE CASAMENTOS REALIZADOS EM PORTUGAL		
	2013	2018
Casamentos entre pessoas do sexo oposto ²⁵⁴	31.693	34.030
Casamentos entre pessoas do sexo feminino ²⁵⁵	98	265
Casamentos entre pessoas do sexo masculino ²⁵⁶	207	342

Quadro 5 - Quantitativo de Casamentos Celebrados em Portugal

Elaborado pela autora. Fonte de dados: Instituto Nacional de Estatística de Portugal.

Cotejando-se os números acima, resulta este gráfico:

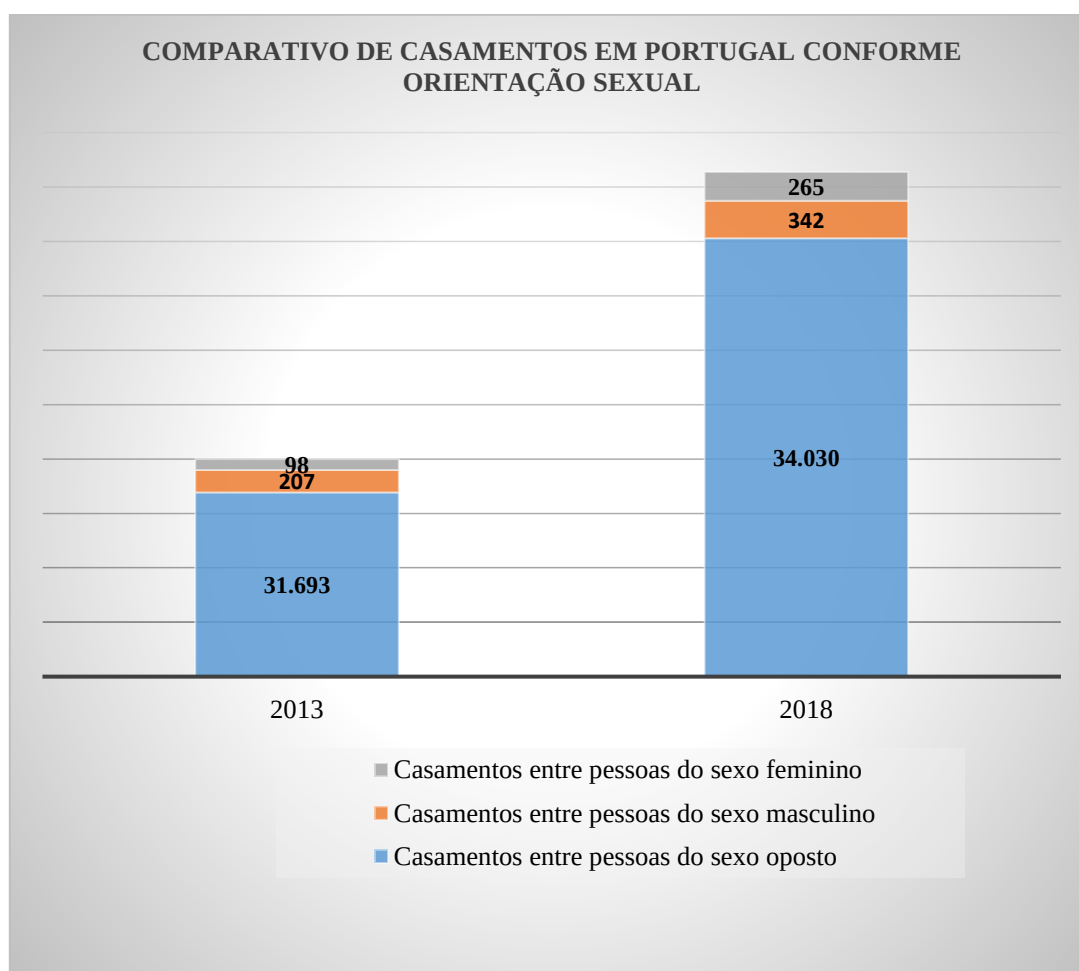


Gráfico 2 - Comparativo de Casamentos em Portugal conforme Orientação Sexual
Elaborado pela autora. Fonte de dados: Idem.

²⁵⁴ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0005141&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

²⁵⁵ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006450&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

²⁵⁶ Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0006448&xlang=pt&contexto=bd&selTab=tab2.

O levantamento do INE demonstra que, no cenário de Portugal, houve acréscimo de casamentos para todos os grupos pesquisados e de nascidos-vivos fora do casamento, porém, ocorreu decréscimo dos optantes pelo casamento segundo as tradições da Igreja Católica, sugerindo um significativo remodelamento das estruturas familiares e da conjugalidade no país.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), conforme pesquisa realizada em 2007,²⁵⁷ estimou a população residente em 183.987.291 (cento e oitenta e três milhões, novecentos e oitenta e sete mil, duzentos e noventa e um) habitantes. Já no censo de 2010, a população foi aferida em 190.755.799 (cento e noventa milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e noventa e nove) indivíduos²⁵⁸. A população de 2019 foi computada em 210.418.018 (duzentos e dez milhões, quatrocentos e dezoito mil e dezoito) habitantes²⁵⁹.

Com o último censo geral – de 2010, ficaram evidenciadas as mudanças nas estruturas familiares, em decorrência da maior atuação feminina no mercado de trabalho, que culminou na redução da taxa de fecundidade total para 1,72 (um vírgula setenta e dois) filhos por mulher. A porcentagem de casais sem filhos passou para 20,2% (vinte vírgula dois por cento). As famílias monoparentais femininas atingiram índice de 16,2% (dezesesseis vírgula dois por cento), enquanto que as masculinas tiveram um aumento de 1,9% (um vírgula nove por cento) para 2,4% (dois vírgula quatro por cento). As unidades domésticas unipessoais atingiram 6.938.023 (seis milhões, novecentos e trinta e oito mil e vinte e três), representando 12,1% (doze vírgula um por cento) das estruturas familiares, com concentração na categoria das mulheres de idade mais avançada (60 anos ou mais), que perfazem 53% (cinquenta e três por cento) das pessoas do sexo feminino que moram sozinhas, enquanto que o grupo masculino mais numeroso totaliza 39,3% (trinta e nove vírgula três por cento), pertencente à faixa de 40 (quarenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade. O total de pessoas casadas foi aferido em 56.435.253 (cinquenta e seis milhões, quatrocentos e trinta e cinco mil, duzentos e cinquenta e três). Com base em autodeclarações, foram estimadas 67.445 (sessenta e sete mil, quatrocentas e quarenta e cinco) pessoas residentes em domicílio comum, em união conjugal com outra do mesmo sexo,²⁶⁰ sendo 293 (duzentas e noventa e três) pessoas em casamentos religiosos e 67.152 (sessenta e sete mil, cento e cinquenta e duas) em uniões consensuais. À época, não havia previsão normativa para a celebração de casamento civil entre pessoas de mesmo sexo, o que somente ocorreu a partir do advento da Resolução n. 175, de 14.05.2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

²⁵⁷ Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93420.pdf>.

²⁵⁸ Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/202#resultado>.

²⁵⁹ Disponível em https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock&utm_campaign=novo_popclock.

²⁶⁰ Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/3496#resultado>.

Dados do IBGE apontaram os seguintes quantitativos de nupcialidade no Brasil, segundo a orientação sexual dos envolvidos:

QUANTITATIVO DE CASAMENTOS CELEBRADOS NO BRASIL				
	2014 ²⁶¹	2015 ²⁶²	2016 ²⁶³	2017 ²⁶⁴
Casamentos entre pessoas do sexo oposto	1.101.586	1.131.734	1.090.181	1.064.489
Casamentos entre pessoas do sexo masculino	2.414	2.628	2.411	2.500
Casamentos entre pessoas do sexo feminino	2.440	2.986	2.943	3.387

Quadro 6 - Quantitativo de Casamentos Celebrados no Brasil

Elaborado pela autora. Fonte de dados: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Os dados estatísticos retro mencionados estão ilustrados no gráfico abaixo:

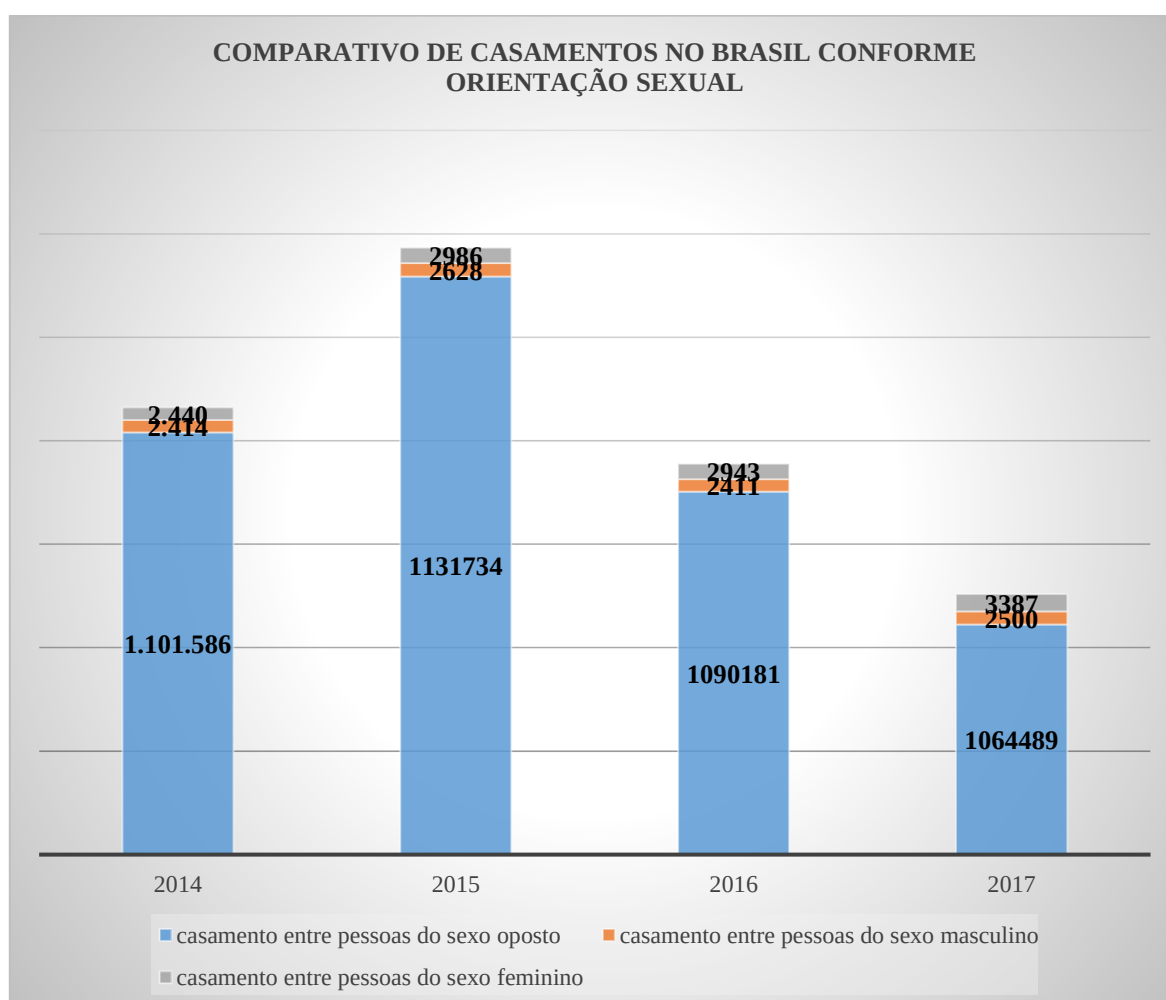


Gráfico 3 - Comparativo de Casamentos no Brasil conforme Orientação Sexual

Elaborado pela autora. Fonte de dados: *Idem*.

²⁶¹ Disponível em https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default_xls.sh tm.

²⁶² Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=10696&t=destaques>.

²⁶³ Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=17939&t=destaques>.

²⁶⁴ Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=22856&t=destaques>.

No interregno pesquisado, é possível observar que, após um “boom” nupcial para todos os segmentos no ano de 2015, desde então vem decaindo o número de casamentos entre pessoas de sexos opostos, sendo, quanto à formalização das uniões envolvendo pessoas do mesmo sexo, constatada oscilação, com redução em 2016 e retomada da ascensão em 2017.

Estudo demográfico baseado no Censo 2010 IBGE observa que cerca de 68.000 (sessenta e oito mil) pessoas declararam ter um parceiro do mesmo sexo, fenômeno observado na população que apresenta grau de escolaridade e renda acima da média nacional. Conforme analisado, 67% (sessenta e sete por cento) dos pares declarados do mesmo sexo contam com mais de dez anos de estudo e renda média de 5.200 BRL (cinco mil e duzentos reais). No universo dos casais do mesmo sexo, 20% (vinte por cento) têm filhos (JIMENEZ, 2012)²⁶⁵.

Os dados e gráficos anteriores demonstram que, em matéria de conjugalidade, o ponto em comum, entre Portugal e Brasil, consiste na inexpressiva proporção entre o total de casamentos celebrados envolvendo casais do mesmo sexo e aqueles realizados nos moldes convencionais. Essa observação corrobora o fato de que as pessoas com orientação voltada ao mesmo sexo consistem numa minoria suscetível de sofrer estigmatizações de toda ordem, fenômeno que inibe a sua autodeclaração como tal e a formalização das suas relações. Por outro lado, as distinções residem na prevalência, em Portugal, no universo do casamento isossexual, de maior formalização das uniões entre pares masculinos, enquanto que, no Brasil, os casais femininos aderiram mais à celebração de casamentos, o que pode ser explicado pela cultura da superioridade do masculino que ainda se faz fortemente presente na sociedade brasileira, inibindo alguns homens de assumir sua orientação voltada a pessoas do mesmo sexo. Outra diferença revelada nos dados estatísticos é que, em Portugal, nos anos comparados, 2013 e 2018, houve incremento do número de casamentos em todos os grupos (casais de sexos opostos e casais do mesmo sexo), ao passo que, no Brasil, entre os anos de 2015 e 2017, se constata minoração sucessiva no total de casamentos celebrados entre pessoas do sexo oposto.

Releva acrescentar que, nos Estados Unidos da América, em 2016, conforme relatório do *The Williams Institute* sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero, da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, com base nos dados apurados pela Pesquisa da Comunidade Americana, conduzida pela U. S. *Census Bureau*, foi estimado em mais de 700.000 (setecentos mil) o número de casais do mesmo sexo naquele país, sendo 346.000 (trezentos e quarenta e seis mil) masculinos e 359.000 (trezentos e cinquenta e nove mil) femininos, dos quais 114.000

²⁶⁵ JIMENEZ, Gabriele. **VEJA. Casais Homossexuais Brasileiros Tendem a Ter Filhos.** Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/casais-homossexuais-brasileiros-tendem-a-ter-filhos/>.

(cento e quatorze mil) estavam criando filhos com menos de 18 (dezoito) anos de idade, correspondendo a 86.000 (oitenta e seis mil) pares femininos e 28.000 (vinte e oito mil) masculinos. Segundo a pesquisa, a maioria dos casais do mesmo sexo cria filhos biológicos (68%), sendo, deste total, 68,5% (sessenta e oito vírgula cinco por cento) dos pares femininos e 66,7% (sessenta e seis vírgula sete por cento) dos casais masculinos. Quanto à adoção, o percentual de casais adotantes do mesmo sexo (21,4%) é superior ao de casais adotantes heterossexuais (3%), o que também ocorre relativamente ao apadrinhamento ou promoção de crianças, que é de 2,9% (dois vírgula nove por cento) entre os casais do mesmo sexo e de 0,4% (zero vírgula quatro por cento) entre casais heterossexuais. Dentre os pares do mesmo sexo, um pouco mais da metade (357.000) é casada, e, por sua vez, dos casais compostos por homem e mulher, 90% (noventa por cento) são casados (GOLDBERG e CONRON, 2018)²⁶⁶.

Ainda em conformidade com as pesquisas realizadas nos Estados Unidos, houve um incremento de 19% (dezenove por cento) no índice de casais formados por pessoas do mesmo sexo com filhos. Não há referência sobre estatísticas quanto ao recurso à PMA para a constituição dessas famílias, todavia, há menção de que o fenômeno denominado “*gayby boom*” também se deve à utilização dessas técnicas (DANTAS e CHAVES, 2017, 84)²⁶⁷.

Em razão do preconceito, da discriminação e da invisibilidade aos olhos do Estado, apenas no passado recente a autoafirmação em matéria de sexualidade tornou-se objeto de pesquisas estatísticas, as quais ainda apresentam muitas incongruências metodológicas. Têm sido verificados problemas de representatividade das amostras, da sua dimensão e das suas referências, o que pode comprometer os resultados aferidos. A seleção não probabilística e/ou não aleatória interfere nos resultados, pois a população isossexual nem sempre ostenta socialmente sua condição, sendo, em muitos casos, uma “população escondida”, cujo recrutamento para a participação nas pesquisas dá-se através de anúncios, por meio de associações ou de indicações de participantes do grupo pesquisado. No começo deste século, as pesquisas sobre famílias homoparentais ainda tinham amostras baseadas em filhos oriundos de relações heterossexuais anteriores, criados numa família homoparental, o que provoca a transferência de resultados e dificuldades de replicação e comparabilidade para confirmação em posteriores pesquisas envolvendo crianças nascidas e criadas no interior de uma família

²⁶⁶ GOLDBERG, Shoshana K.; CONRON, Kerith J. **How Many Same-sex Couples in the U.S. are Raising Children?** Disponível em <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Parenting-Among-Same-Sex-Couples.pdf>.

²⁶⁷ *Idem.* p. 84.

homoparental. E um outro aspecto que impede resultado próximo à realidade consiste no baixo número de amostras para as pesquisas (LOUREIRO, 2013, 53-54)²⁶⁸.

Enfrentando tais adversidades, a Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos (ILGA - *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersexual Association*), desde 2007, vem realizando pesquisa denominada “Homofobia de Estado”, a respeito de múltiplos aspectos da diversidade na expressão sexual, no âmbito dos 193 (cento e noventa e três) países membros da ONU, notadamente aqueles relacionados a ações e omissões estatais. O relatório “Homofobia de Estado”, publicado em maio de 2009,²⁶⁹ coletou dados que, nos seus aspectos centrais, podem ser sintetizados no quadro abaixo:

TÓPICOS SELECIONADOS DO RELATÓRIO “HOMOFOBIA DE ESTADO 2009”				
COMINAÇÃO DE PENA DE MORTE POR RELAÇÕES CONSENSUAIS ENTRE PESSOAS MAIORES DO MESMO SEXO	LEGALIZAÇÃO DE UNIÕES CIVIS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COM ALGUNS DIREITOS DO CASAMENTO	LEGALIZAÇÃO DE UNIÕES CIVIS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COM TODOS OS DIREITOS DO CASAMENTO	LEGALIZAÇÃO DE CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	LEGALIZAÇÃO DE ADOÇÃO CONJUNTA POR CASAIS DO MESMO SEXO
Arábia Saudita Iêmen Irã Mauritânia Nigéria (12 estados do Norte) Somália (Sul) Sudão	Israel (1994) Hungria (1996) França (1999) Portugal (2001) Áustria (2003) Croácia (2003) Luxemburgo (2004) Andorra (2005) Eslovênia (2006) República Tcheca (2006) Austrália (2008-2009) Uruguai (2008)	Dinamarca (1989) Islândia (1996) Alemanha (2001) Finlândia (2002) Nova Zelândia (2005) Reino Unido (2005) Suíça (2007) Colômbia (2007-2009)	Holanda (2001) Bélgica (2003) Canadá (2005) Espanha (2005) África do Sul (2006) Noruega (2009) Suécia (2009) OBS.: Nos EUA, os primeiros estados a admitir foram Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Maine (2009) e Vermont (2009).	Holanda (2001) África do Sul (2002) Suécia (2003) Andorra (2005) Espanha (2005) Reino Unido (2005) Bélgica (2006) Islândia (2006) Israel (2008) Noruega (2009)

Quadro 7 - Tópicos Seleccionados do Relatório “Homofobia de Estado 2009”

Elaborado pela autora. Fonte de dados: Relatório Homofobia de Estado 2009.

²⁶⁸ LOUREIRO, João Carlos. Adoção, Procriação, Movimento Lgbt e Leituras (Pós-)Queer em ‘Tempos Líquidos’. **Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família**. pp. 53-54.

²⁶⁹ Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (ILGA): ITABORAHY, Lucas Paoli; BIANCHI, Fabiano; GALVÃO, Priscila; GUIMARÃES, Paulo Roberto Celestino; e RAMIRES, Lula. **Homofobia de Estado 2009**. Disponível em https://ilga.org/sites/default/files/ILGA_Homofobia_de_Estado_2009%20%282%29.pdf.

Dados substanciais foram colhidos no relatório publicado em maio de 2017.²⁷⁰ Verificou-se que Arábia Saudita, Irã, Iêmen e Sudão, mantinham a pena de morte para os atos sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo, em todo o país, e na Nigéria e Somália, algumas províncias ainda cominavam a pena capital. A mesma sanção foi implementada por milícias ou atores locais não estatais no Iraque e nas regiões ocupadas pelo *Daesh* (territórios dominados pelo *ISIS* no norte do Iraque e no norte da Síria). Embora punidos pelas leis, estas não têm sido comumente aplicadas para os atos sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo na Mauritânia, Afeganistão, Catar, Paquistão e Emirados Árabes Unidos.

O mais recente dos relatórios, o “Homofobia de Estado 2019”, confirmou a tendência mundial à despenalização das relações isossexuais, contabilizando 123 (cento e vinte e três) países membros da ONU que, atualmente, afastam a ilegalidade dessas uniões.²⁷¹ Dentre todos os continentes, apenas a Europa e a América do Norte, na totalidade dos seus países integrantes da ONU, recepcionaram tais relações como ato não vedado legalmente.

Importante destacar que, reconhecendo os direitos concernentes à liberdade sexual, a Suprema Corte da Índia, em decisão de 495 (quatrocentas e noventa e cinco) páginas, prolatada na ação *Navtej Singh Johar & Outros versus União da Índia*, nos autos n. 76/2016, em 06.09.2018, descriminalizou as uniões consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo. A decisão foi norteadada pela doutrina da progressiva realização dos direitos, pela perspectiva da dignidade humana e da prevalência da moralidade constitucional sobre a moralidade social²⁷².

²⁷⁰ Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (ILGA): CARROLL, A.; y MENDOS, L.R. **Homofobia de Estado 2017: Estudio Jurídico Mundial sobre La Orientación Sexual en el Derecho: Criminalización, Protección y Reconocimiento**. pp. 26-42. Disponível em https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_Homofobia_de_Estado_2017_WEB.pdf.

²⁷¹ Relatório Homofobia de Estado 2019. Disponível em https://ilga.org/downloads/ILGA_Homofobia_de_Estado_2019.pdf.

²⁷² Trecho da decisão proferida pela Suprema Corte da Índia, na ação criminal n. 76/2016: “*We may hasten to add here that in the context of the issue at hand, when a penal provision is challenged as being violative of the fundamental rights of a section of the society, notwithstanding the fact whether the said section of the society is a minority or a majority, the magna cum laude and creditable principle of constitutional morality, in a constitutional democracy like ours where the rule of law prevails, must not be allowed to be trampled by obscure notions of social morality which have no legal tenability. The concept of constitutional morality would serve as an aid for the Court to arrive at a just decision which would be in consonance with the constitutional rights of the citizens, howsoever small that fragment of the populace may be. The idea of number, in this context, is meaningless; like zero on the left side of any number. In this regard, we have to telescopically analyse social morality vis-à-vis constitutional morality. It needs no special emphasis to state that whenever the constitutional courts come across a situation of transgression or dereliction in the sphere of fundamental rights, which are also the basic human rights of a section, howsoever small part of the society, then it is for the constitutional courts to ensure, with the aid of judicial engagement and creativity, that constitutional morality prevails over social morality*”.

Tradução livre: “Podemos nos apressar a acrescentar aqui que, no contexto da questão em mãos, quando uma disposição penal é desafiada como sendo violadora dos direitos fundamentais de uma seção da sociedade, não obstante o fato de que a referida seção da sociedade é uma minoria ou a maioria, a *magna cum laude* e o princípio credível da moralidade constitucional, em uma democracia constitucional como a nossa, onde prevalece o império da lei, não devem ser deixados de lado por noções obscuras de moralidade social que não têm sustentação legal. O conceito de moralidade constitucional serviria como uma ajuda para que a Corte chegasse a uma decisão justa,

Essa decisão foi impactante, pois, a partir dela, em razão do elevado contingente populacional indiano (1,352,642,280 em 2018), a proporção de pessoas submetidas a sanções penais em razão da orientação sexual decaiu para 27% (vinte e sete por cento) da população mundial.

Segundo o relatório de 2019, Angola promulgou, em janeiro do mesmo ano, um novo código penal que descriminalizou os atos sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo. Com isso, atualmente, decresceu para 68 (sessenta e oito), ou seja, 35% (trinta e cinco por cento), o índice de Estados vinculados à ONU, que, por expressa previsão legal, tipificam penalmente as relações isoafetivas.

O quadro na sequência destaca tópicos atuais e relevantes à compreensão da questão:

TÓPICOS SELECIONADOS DO RELATÓRIO “HOMOFOBIA DE ESTADO 2019”		
COMINAÇÃO DE PENA DE MORTE POR RELAÇÕES CONSENSUAIS ENTRE PESSOAS MAIORES DO MESMO SEXO	COMINAÇÃO DE PENA DE PRISÃO PERPÉTUA POR RELAÇÕES CONSENSUAIS ENTRE PESSOAS MAIORES DO MESMO SEXO	PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA CONTRA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL
Efetiva aplicação: Arábia Saudita, Irã, Nigéria, Somália, Sudão e Yêmen. Possibilidade jurídica de aplicação: Afeganistão, Catar, Emirados Árabes Unidos, Mauritânia e Paquistão.	Barbados Guiana Tanzânia Uganda Zâmbia	África do Sul Bolívia Equador Fiji México Nepal Malta Portugal Suécia

Quadro 8 - Tópicos Seleccionados do Relatório “Homofobia de Estado 2019”

Elaborado pela autora. Fonte de dados: Relatório Homofobia de Estado 2019.

Os principais dados dos relatórios “Homofobia de Estado”²⁷³, concernentes à criminalização das relações sexuais consentidas entre pessoas maiores de idade do mesmo sexo, conjugalidade e parentalidade, aferidos entre os anos de 2009 e 2019, estão condensados no quadro adiante exposto:

que estaria em consonância com os direitos constitucionais dos cidadãos, por menor que esse fragmento de população possa ser. A ideia de número, neste contexto, é sem sentido; como zero no lado esquerdo de qualquer número. A esse respeito, nós temos que analisar telescopicamente a moralidade social em relação à moralidade constitucional. Não necessita de especial ênfase para afirmar que sempre que os tribunais constitucionais se deparam com uma situação de transgressão ou negligência na esfera dos direitos fundamentais, que são também os direitos humanos básicos de uma seção, seja quão pequena for a parte da sociedade, então é para o tribunais constitucionais garantirem, com a ajuda de compromisso judicial e criatividade, que a moralidade constitucional prevaleça sobre a moralidade social”.

²⁷³ Dados disponíveis em <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado>.

TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO ÀS RELAÇÕES CONSENSUAIS ENTRE PESSOAS MAIORES DO MESMO SEXO PELOS PAÍSES MEMBROS DA ONU									
	2009	2010	2011	2012	2013	2015	2016	2017	2019
Punição com pena de morte	07	07	07	07	07	13	13	13	11
Ilegalidade – outras penas	80	76	76	78	76	78	72	71	68
Reconhecimento da legalidade	115	115	113	113	114	118	121	124	123
Casamento	07	07	10	10	14	17	22	22	26
União civil	20	21	21	22	17	17	24	28	27
Adoção conjunta	10	10	13	12	12	17	26	26	28

Quadro 9 - Tratamento Jurídico Conferido às Uniões Consensuais entre Pessoas Maiores do Mesmo Sexo pelos Países Membros da ONU

Elaborado pela autora. Fonte de dados: Relatórios Homofobia de Estado 2009-2019.

Os dados estatísticos acima estão representados no seguinte gráfico:

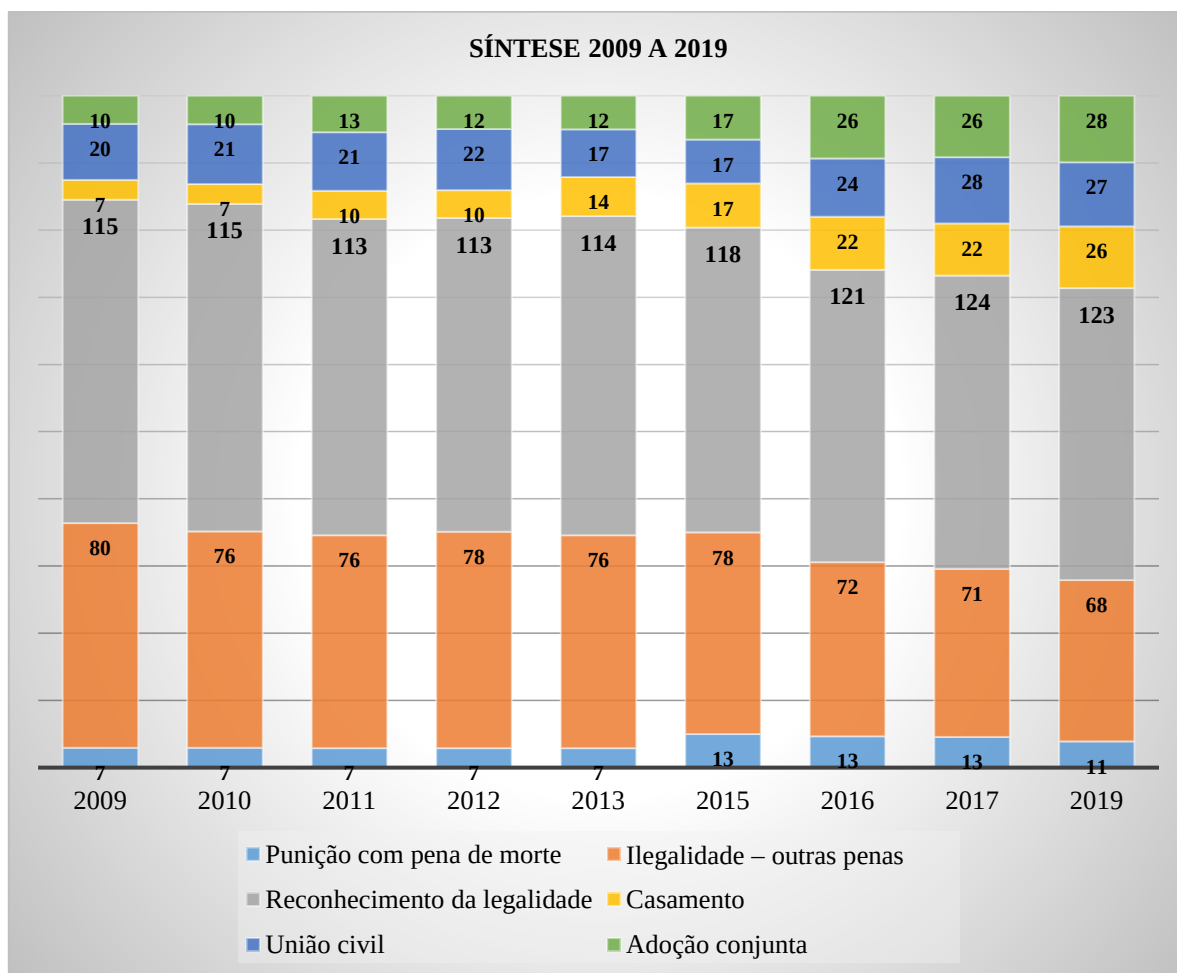


Gráfico 4 - Síntese de Dados – 2009 a 2019

Elaborado pela autora. Fonte de dados: *Idem*.

Observando os elementos anteriores, relativamente à pena de morte, após uma sequência de cinco anos de estabilidade, houve um retrocesso representado pelo aumento, em razão da aplicação da Lei da Sharia no sul da Somália e no norte da Nigéria. Tal lei incide, embora não expressamente, também no Afeganistão, Paquistão e Catar, assim como nos territórios de controle *Daesh (ISIS/ISIL)* no norte da Síria e no norte do Iraque, neste último caso, aplicada a sanção por atores não estatais. Em 2016, o Sultanato de Brunei também adotou a pena de morte para as relações sexuais consentidas entre pessoas maiores do mesmo sexo, mas reconsiderou no mesmo ano. No relatório de 2019, a Síria fora reconhecida como país que teria abolido a pena de morte em razão das relações isossexuais, e, quanto ao Iraque, classificado como estado que aplica, de fato, sanção com pena máxima indeterminada, o que significa a nefasta possibilidade de imposição de pena sem prévia cominação legal.

A análise dos dados estatísticos também revela, embora timidamente, aspectos positivos, quais sejam, (1) o decréscimo de países que consideram as relações sexuais consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo como infração penal; e (2) a majoração dos países que proclamaram a legalidade de tais relações, bem como dos que passaram a permitir o casamento, a união civil e /ou a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo. É uma evolução a passos lentos e curtos, mas que repercute positivamente no arcabouço dos direitos à livre expressão da sexualidade e à constituição de família sob a vertente do pluralismo.

2.2 Conceito de Procriação Medicamente Assistida e Principais Modalidades Técnicas

Em princípio, a procriação medicamente assistida (PMA) consiste num “conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação, substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo” (BADALOTTI, 2010, 479).²⁷⁴ O Glossário de Terminologias em Técnicas de Reprodução Assistida da OMS traz um conceito amplo e exemplificativo das principais técnicas de PMA²⁷⁵. Por sua vez, o Glossário Internacional sobre

²⁷⁴ BADALOTTI, Mariangela. **Aspectos Bioéticos da Reprodução Assistida no Tratamento da Infertilidade Conjugal**. p. 479.

²⁷⁵ ZEGERS-HOCHSCHILD, F.; ADAMSON, G.D.; MOUZON, J. de; ISHIHARA, O.; MANSOUR, R.; NYGREN, K.; SULLIVAN, E.; VAN DER POEL, S. The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. **Human Reproduction**. pp. 2683-2687: “*Assisted Reproductive Technology (ART): all treatments or procedures that include the in vitro handling of both human oocytes and sperm, or embryos, for the purpose of establishing a pregnancy. This includes, but is not limited to, in vitro fertilization and embryo transfer, gamete intrafallopian transfer, zygote intrafallopian transfer, tubal embryo transfer, gamete and embryo cryopreservation, oocyte and embryo donation, and gestational surrogacy. ART does not include assisted insemination (artificial insemination) using sperm from either a woman’s partner or a sperm donor*”.

Infertilidade e Fertilidade de 2017,²⁷⁶ estendeu o conceito de reprodução medicamente assistida para contemplar o tratamento de diferentes formas de comprometimento da fertilidade e de infertilidade. O escopo de uma nova terminologia e conceituação foi justificado pelos estudiosos como forma de reconhecer e respeitar sensibilidades culturais, minorias étnicas e igualdade de gênero, as quais podem impactar a bioética e os direitos humanos.²⁷⁷

Referido glossário passou a considerar como infertilidade feminina,²⁷⁸ além dos quadros causados por distúrbios ovulatórios; diminuição da reserva ovariana; anomalias anatômicas, endócrinas, genéticas, funcionais ou imunológicas do sistema reprodutivo; e doenças crônicas; também as condições sexuais incompatíveis com o coito. E conceituou a infertilidade masculina,²⁷⁹ a par da anormalidade nos parâmetros ou funções do sêmen; anomalias anatômicas, endócrinas, genéticas, funcionais ou imunológicas do sistema reprodutor; doenças crônicas; como também desencadeada por condição sexual incompatível com a habilidade de depositar sêmen na vagina. De tal sorte, o glossário americano contemplou a infertilidade social ou funcional, haja vista que a orientação sexual de uma pessoa pode obstá-

Tradução livre: “Todos os tratamentos ou procedimentos que incluem a manipulação *in vitro* de ovócitos e espermatozoides, ou embriões, com o propósito de estabelecer gravidez. Isso inclui, mas não está limitado à, fertilização *in vitro* e transferência embrionária, transferência intrafalopiana de gametas, transferência intrafalopiana de zigotos, transferência tubária de embriões, criopreservação de gametas e embriões, doação de ovócitos e embriões, e sub-rogação gestacional. As técnicas de reprodução assistida não incluem inseminação assistida (inseminação artificial) usando esperma do parceiro de uma mulher ou de um doador de esperma”.

²⁷⁶ ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G. David; DYER, Silke; RACOWSKY, Catherine; MOUZON, Jacques de; SOKOL, Rebecca; RIENZI, Laura; SUNDE, Arne; SCHMIDT, Lone; COOKE, Ian D.; SIMPSON, Joe Leigh; VAN DER POEL, Sheryl. *The International Glossary on Infertility and Fertility Care 2017. Fertility and Sterility*. p. 402: “*Medically Assisted Reproduction (MAR) – Reproduction brought about through various interventions, procedures, surgeries and technologies to treat different forms of fertility impairment and infertility. These include ovulation induction, ovarian stimulation, ovulation triggering, all ART procedures, uterine transplantation and intrauterine, intracervical and intravaginal insemination with semen of husband/partner or donor*”.

Tradução livre: “Reprodução Medicamente Assistida (RMA) – Reprodução realizada através de várias intervenções, procedimentos, cirurgias e tecnologias para tratar diferentes formas de comprometimento da fertilidade e infertilidade. Esses incluem indução da ovulação, estimulação ovariana, desencadeamento da ovulação, todas as técnicas de reprodução assistida, transplantação uterina e intrauterina, inseminação intracervical e intravaginal com sêmen do marido/parceiro ou doador”.

²⁷⁷ *Idem*. p. 395: “*When developing terms and definitions, special attention was given to possible impacts on ethics and human rights issues as well as recognizing and respecting cultural sensitivities, ethnic minorities and gender equality. Some of these considerations resulted in a consensus modification of the previous definition of ‘infertility’. The first modification included broadening the concept of infertility to be an ‘impairment of individuals’ in their capacity to reproduce, irrespective of whether they have a partner. The revised definition also reinforces the concept of infertility as a disease, which can generate an impairment of function*”.

Tradução livre: “Ao desenvolver termos e definições, atenção especial foi dada aos possíveis impactos sobre questões de ética e direitos humanos, bem como ao reconhecimento e respeito às sensibilidades culturais, minorias étnicas e igualdade de gênero. Algumas dessas considerações resultaram em uma modificação consensual da definição anterior de ‘infertilidade’. A primeira modificação incluiu a ampliação do conceito de infertilidade como uma ‘deficiência dos indivíduos’ em sua capacidade de se reproduzir, independentemente de terem um parceiro. A definição revista também reforça o conceito de infertilidade como uma doença, que pode gerar um comprometimento da função”.

²⁷⁸ *Idem*. p. 399.

²⁷⁹ *Idem*. p. 401.

la de gerar um filho através da reprodução coital, caso em que necessitará da intervenção médica para concretizar a procriação e vir a exercer a parentalidade. Semelhantemente, pessoas solteiras necessitam do gameta do sexo oposto para realizar um projeto parental.

O glossário em questão desenvolveu as acepções de conscientização e de cuidados de fertilidade²⁸⁰. Através da conscientização, é pretendido que elementos socioculturais não prejudiquem o planejamento familiar e a constituição de família, e por via dos cuidados de fertilidade, é sugerida a criação de uma estrutura assistencial aos indivíduos ou casais que desejam realizar seu projeto procriativo-parental.

O Glossário Internacional sobre Infertilidade e Cuidados de Fertilidade, atualizado em 2017, traz a definição e refere como técnicas de PMA, dentre outras, a transferência citoplasmática²⁸¹; a indução da ovulação²⁸²; a estimulação ovariana²⁸³; a inseminação intracervical²⁸⁴ e intravaginal com sêmen do marido/parceiro ou doador²⁸⁵; a fertilização *in*

²⁸⁰ *Idem.* p. 400: “Fertility awareness - The understanding of reproduction, fecundity, fecundability, and related individual risk factors (e.g. advanced age, sexual health factors such as sexually transmitted infections, and life style factors such as smoking, obesity) and non-individual risk factors (e.g. environmental and work place factors); including the awareness of societal and cultural factors affecting options to meet reproductive family planning, as well as family building needs”.

“Fertility care - Interventions that include fertility awareness, support and fertility management with an intention to assist individuals and couples to realize their desires associated with reproduction and/or to build a family”.

Tradução livre: “Conscientização de fertilidade – A compreensão da reprodução, fecundidade, fecundabilidade e fatores de risco individuais relacionados (por exemplo, idade avançada, fatores de saúde sexual, como infecções sexualmente transmitidas e fatores de estilo de vida como tabagismo, obesidade) e fatores de risco não individuais (por exemplo, fatores de ambiente e local de trabalho); incluindo a conscientização da sociedade e fatores culturais que afetam as opções para encontrar um planejamento familiar reprodutivo, bem como necessidades de constituição de família”.

“Cuidados de Fertilidade - Intervenções que incluem conscientização da fertilidade, apoio e gerenciamento da fertilidade com uma intenção de assistir indivíduos e casais a realizar seus desejos associados com reprodução e/ou constituição de família”.

²⁸¹ Procedimento que pode ser realizado em diferentes fases do desenvolvimento de um ovócito, para adicionar ou substituir várias quantidades de citoplasma de um óvulo doador.

²⁸² Tratamento farmacológico da mulher com anovulação (ausência de ovulação ou não liberação de óvulo) ou oligo-ovulação (ovulação irregular ou pouco frequente), tendo a finalidade de induzir ciclos ovulatórios normais.

²⁸³ Tratamento que visa o desenvolvimento dos folículos ovarianos, para fins de inseminação ou intercurso sexual programado, bem como para a obtenção de múltiplos ovócitos na aspiração folicular.

²⁸⁴ Inseminação intracervical significa a técnica pela qual os espermatozoides processados em laboratório são inseridos no cérvix (colo do útero) para tentar uma gravidez. É procedimento intracorpóreo.

²⁸⁵ A inseminação intravaginal é aquela pela qual o sêmen, coletado em um preservativo não lubrificado, ou por método similar, é depositado dentro da cavidade vaginal da mulher. Essa intervenção pode ser autoministrada pela mulher que pretende engravidar - a denominada inseminação artesanal.

*vitro*²⁸⁶; a injeção intracitoplasmática de espermatozoides²⁸⁷; a transferência de embriões, gametas ou zigotos²⁸⁸; e o diagnóstico genético pré-implantação²⁸⁹.

Essas são as técnicas de PMA disponíveis pela medicina baseada em evidências e no consenso de especialistas. As pessoas solteiras podem se utilizar de quaisquer delas. Para os casais do mesmo sexo, as técnicas mais empregadas ainda são a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a gestação substitutiva (ROSA e CARDIN, 2017, 185)²⁹⁰. Os pares do sexo feminino têm recorrido também à técnica denominada *ROPA* (*Reception of Oocytes from Partner*) para a procriação (DANTAS e CHAVES, 2017, 90-91)²⁹¹. Necessariamente, os casais de homens aderem às técnicas de PMA, com cessão temporária de útero, caso em que, um, ou ambos, fornecem o sêmen. A opção pelo uso das células germinativas de ambos visa que o par desconheça, de plano, qual dos membros é o pai biológico (DIAS, 2016, 193)²⁹².

²⁸⁶ A fertilização *in vitro* (FIV), ou *In Vitro Fertilization* (IVF), envolve uma sequência de procedimentos que visam a fertilização extracorpórea de gametas, incluindo a fertilização *in vitro* convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI - *Intracytoplasmic Sperm Injection*). A fertilização *in vitro* convencional é efetuada mediante coincubação de ovócitos com espermatozoides *in vitro*, com o objetivo de produzir fertilização extracorpórea. A fertilização é procedimento extracorpóreo.

²⁸⁷ A injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) é o procedimento no qual um único espermatozoide é injetado dentro do citoplasma do ovócito, com a finalidade de fecundá-lo.

²⁸⁸ Técnica de colocação de um embrião no útero, em qualquer fase embrionária do dia 1 ao dia 7, após FIV ou ICSI. Os embriões do dia 1 ao dia 3 podem ser transferidos também para as trompas de Falópio. A transferência intrafalopiana de gametas (*GIFT - Gamete Intrafallopian Transfer*) é o procedimento no qual ambos os gametas (ovócitos e espermatozoides) são transferidos para dentro das trompas de Falópio. O zigoto é uma célula única, resultante da fertilização de um ovócito maduro por um espermatozoide, antes de completar a primeira divisão mitótica, sendo que o procedimento no qual um ou mais zigotos são transferidos para as trompas de Falópio é denominado transferência intrafalopiana de zigotos (*ZIFT - Zygote Intrafallopian Transfer*).

²⁸⁹ O Glossário Internacional sobre Infertilidade e Fertilidade de 2017 redefiniu a terminologia do diagnóstico genético pré-implantação (*PGD - Preimplantation Genetic Diagnosis*) para teste genético pré-implantação, que consiste no teste efetuado para analisar o DNA (*Deoxyribonucleic Acid*) de ovócitos (corpos polares) ou embriões (em estágio de clivagem ou blastocisto), com o objetivo de realizar tipagem de *HLA* (*Human Leukocyte Antigen*) ou determinar anormalidades genéticas. Abrange o teste genético pré-implantação para aneuploidias, que checa o número anormal de cromossomos numa célula (*PGT-A - Preimplantation Genetic Testing for Aneuploidy*); o teste genético pré-implantação para a verificação de defeitos monogênicos/genéticos únicos (*PGT-M - Preimplantation Genetic Testing for Monogenic/ Single Gene Defects*); e o teste genético pré-implantação para rearranjos na estrutura cromossômica (*PGT-SR - Preimplantation Genetic Testing for Structural Rearrangements*).

²⁹⁰ *Idem.* p. 185.

²⁹¹ *Idem.* pp. 90-91: “Já há algum tempo, vinham surgindo táticas entre casais de lésbicas para legitimar o papel parental da segunda mãe, procurando tornar esse papel visível, em sentido literal e figurado. Agora esses casais podem selecionar um doador buscando uma semelhança física entre a criança e a mãe não genética, mitigando a (suposta) posição privilegiada da mãe genética como a mãe ‘real’, em razão da similitude de aparência. Uma das estratégias mais arrojadas surgiu com a técnica *ROPA* (*Reception of Oocytes from Partner*), que permite que ambas as mulheres de um casal do mesmo sexo compartilhem, inclusive no aspecto físico, a experiência da maternidade. Óvulos colhidos em uma parceira são fertilizados e implantados para gestação na outra. Se ambas forem férteis, podem trocar embriões, com cada uma delas carregando os ovócitos fertilizados da outra. Esse método procura promover uma participação mais profunda de ambas as mulheres no processo reprodutivo e de crescimento da família”.

²⁹² *Idem.* p. 193.

2.3 Pesquisas em Andamento sobre Tecnologias Reprodutivas

O ritmo do desenvolvimento da ciência na área de reprodução humana é muito mais dinâmico que o da criação, atualização e aperfeiçoamento das suas normas reguladoras, as quais tendem a, rapidamente, cair em obsolescência. Novas tecnologias de reprodução humana sem o intercuro sexual vêm sendo pesquisadas e multiplicadas, com a finalidade de atender aos variados interesses dos atores envolvidos, estabelecer procedimentos mais seguros e gerar maior satisfação dos destinatários ou usuários dos serviços.

Dentre as inúmeras técnicas que vêm sendo pesquisadas, tem-se a reprogramação celular, que consiste na produção de óvulo e de espermatozoide a partir de células somáticas ou células-tronco pluripotentes. Tal procedimento poderia auxiliar as mulheres acima de 40 (quarenta) anos de idade, pessoas com quadro de infertilidade ou que tenham sido submetidas a tratamento de câncer com quimioterapia ou radioterapia em tenra idade, o que afeta o seu sistema reprodutivo. Ademais, poderia permitir aos casais do mesmo sexo a geração de um filho vinculado geneticamente a ambos (MEDIÁVILLA, 2019)²⁹³. A técnica de desenvolver espermatozoide e óvulo a partir de outras células do corpo, mediante edição de genes, caso venha a ser aperfeiçoada e adaptada aos seres humanos, tem sido considerada pouco problemática do ponto de vista ético, pois possibilitaria aos pares do mesmo sexo a procriação biológica vinculada aos dois parceiros, e, ainda, a eliminação de doenças genéticas sem a necessidade de seleção e descarte de embriões (THE ECONOMIST, 2017, 7).²⁹⁴ Outros argumentos favoráveis à gametogênese *in vitro* (IVG - *In Vitro Gametogenesis*): (1) a possibilidade de suprimento abundante de óvulos sem submeter a mulher ao procedimento sofrido da estimulação ovariana para a coleta de suas células germinativas; e (2) os embriões poderiam ser gerados cuidadosamente fora do corpo, “aposta muito mais segura do que deixá-los se reunir a esmo dentro dele” (THE ECONOMIST, 2017, 20)²⁹⁵.

²⁹³ MEDIÁVILLA, Daniel. EL PAÍS. **A Técnica para os Homens Produzirem Óvulos e Mulheres, Espermatozoides: Reprogramação Celular em Camundongos Permitiu Produzir Descendentes a Partir de Duas Fêmeas ou Dois Machos, mas em Seres Humanos o Processo é Complicado.** Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/07/ciencia/1562532394_457066.html. Pesquisas nesse campo vêm sendo desenvolvidas e dirigidas por Mitinori Saitou, da Universidade de Kyoto, e por Katsuhiko Hayashi, da Universidade de Kyushu, ambas do Japão. Por enquanto, essa técnica é de difícil aplicação em seres humanos, sendo, no atual momento científico, considerada como mais factível, a transferência nuclear, pela qual o DNA da genitora intencional seria introduzido em óvulo de doadora jovem, com extração do núcleo deste, experimento que, segundo noticiado, já teria sido empregado para produzir gravidezes com a finalidade de evitar doenças de fundo genético.

²⁹⁴ THE ECONOMIST. **Sex and Science: Ways of Making Babies without Sex are Multiplying. History Suggests that they Should be Embraced.** p. 7.

²⁹⁵ THE ECONOMIST. **The Sheep of Things to Come: Parents: Three, Two or One?** p. 20.

Também tem sido objeto de pesquisa a substituição de mitocôndrias anômalas por mitocôndrias saudáveis, fornecidas por doador, antes de procedida a fertilização *in vitro*, situação na qual a criança teria três genitores (THE ECONOMIST, 2017, 20).²⁹⁶

O transplante de útero já se tornou realidade. Na Suécia, nasceu uma criança saudável após o transplante de útero de uma doadora viva, realizado no ano de 2014. Em dezembro de 2017, o Brasil foi pioneiro ao realizar o parto da primeira criança nascida após um transplante de útero de doadora falecida. A receptora do órgão, que contava com 32 (trinta e dois) anos de idade e apresentava falta congênita de útero (Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser – *MRKH*), submeteu-se a um ciclo de FIV, 04 (quatro) meses antes do transplante, cujos 08 (oito) blastócitos daí resultantes permaneceram criopreservados. A doadora falecera em decorrência de acidente vascular cerebral isquêmico. Sete meses após o transplante, foi procedida a transferência do embrião. Não houve episódio de rejeição. O parto ocorreu na 36ª semana de gestação, em 15.12.2017. Nasceu uma menina, com 2,550 kg, que apresentou desenvolvimento saudável e normal. O útero foi removido no mesmo procedimento cirúrgico do parto para suspender a ministração de terapia imunossupressiva (EJZENBERG *et al*, 2018)²⁹⁷.

Semelhante feito foi reproduzido pela *Cleveland Clinic*, de Ohio/EUA, em junho de 2019. Segundo os especialistas, 05 (cinco) mulheres receberam úteros em transplantes, no ano de 2017. Uma teve parto bem sucedido. Em duas delas, o procedimento não teve êxito, resultando em histerectomia. E as outras duas aguardam a transferência embrionária. O transplante de útero é um procedimento complexo em razão da necessidade de suprimir a resposta do sistema imunológico da receptora do órgão. No entanto, esse recurso possibilita a gestação de mulheres que tenham nascido sem útero, ou sofrido histerectomia, ou, ainda, que apresentem patologia uterina impeditiva à gestação a termo (RITSCHER, 2019)²⁹⁸.

Alguns cientistas defendem que o transplante de útero poderia ser realizado em pessoas do sexo masculino que apresentam disforia de gênero, a qual consiste no persistente desconforto entre a identidade de gênero e o sexo biológico, requerendo tratamento mediante intervenção cirúrgica para mudar a genitália externa e transição social. Com o realinhamento entre o corpo e a identidade de gênero, a infertilidade surge como consequência. Para tais pesquisadores, do

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ EJZENBERG, Dani; ANDRAUS, Wellington; MENDES, Luana Regina Baratelli Carelli; DUCATTI, Liliana; SONG, Alice; TANIGAWA, Ryan; *et al*. Livebirth after Uterus Transplantation from a Deceased Donor in a Recipient with Uterine Infertility. **The Lancet**. Disponível em [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(18\)31766-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)31766-5).

²⁹⁸ RITSCHER, Chelsea. Baby Girl Born After Mother Receives Transplanted Womb From Dead Donor in US First: Birth is the Second Time Worldwide a Baby Has Been Born From a Dead Donor's Transplanted Womb. **The Independent**. em <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/womb-transplant-baby-born-us-cleveland-uterus-donor-dead-a8999121.html>.

ponto de vista ético, o acesso da mulher transgênero ao transplante de útero baseia-se em considerações de justiça e igualdade, quando se mostrar indispensável a experiência da gestação como expressão e consolidação da identidade feminina. Apesar das diferenças anatômicas (óssea, vascular, vaginal e de ligamentos), hormonais, de fertilidade e obstétricas, os cientistas não descartam a possibilidade de realização do transplante de útero de doadores falecidos como parte do tratamento da cirurgia de reatribuição de gênero. Alternativamente, sugerem a doação de útero pelos homens transgêneros, caso aceitem o incremento do risco em comparação com a histerectomia padrão. No entanto, reforçam a necessidade de aprofundamento das pesquisas de avaliação da viabilidade anatômica, para analisar eventuais riscos desconhecidos e determinar se os homens genéticos podem conceber e gestar com êxito (JONES *et al*, 2018)²⁹⁹.

O meio científico já discute as consequências éticas, morais, legais e sociais do desenvolvimento de útero artificial, método denominado ectogênese³⁰⁰, tecnologia através da qual um feto humano seria gestado completamente fora do corpo de uma mulher. Embora as pesquisas atuais sobre ectogênese tenham focado no suporte à sobrevivência de bebês prematuros, a exemplo do trabalho de Yoshinori Kuwabara, da Universidade de Juntendo, no Japão, que conseguiu gestar embriões de cabra em uma máquina contendo líquido amniótico, já vem sendo também estudada a possibilidade de auxiliar mulheres inaptas à concepção e gestação, por Helen Hung-Ching Liu, da Universidade de Cornell/EUA, que adicionou tecido endometrial modificado em um suporte de biocimento extrauterino, conseguindo cultivar um embrião de rato até o seu termo quase completo, havendo relato de que, recentemente, cultivou um embrião humano durante dez dias em útero artificial, trabalho interrompido pelo limite legal de 14 (quatorze) dias para pesquisas dessa natureza naquele país. O objetivo da pesquisa é a obtenção de um útero externo em funcionamento, o que representa a substituição do corpo da mulher por máquinas (CHEMALY, 2012)³⁰¹. Inclusive, pesquisadores do *Children's Hospital* da Filadélfia/EUA anunciaram a bem-sucedida gestação de fetos de ovelha, em um útero artificial, pelo período equivalente a 23-24 semanas, comparado ao feto humano, sendo o primeiro relato de mamíferos gestados em útero artificial até o ponto equivalente à viabilidade

²⁹⁹ JONES, B. P.; WILLIAMS, N. J.; SASO, S.; THUM, M-Y; QUIROGA, I.; YAZBEK, J.; WILKINSON, S.; GHAEM-MAGHAMI, S.; THOMAS, P.; e SMITH, J.R. Uterine Transplantation in Transgender Women. **BJOG An International Journal of Obstetrics and Gynaecology**. Disponível em <https://doi.org/10.1111/1471-0528.15438>.

³⁰⁰ A terminologia foi primeiramente empregada pelo cientista britânico J. B. S. Haldane, em 1924, o qual predisse que, em 2074, menos de 30% (trinta por cento) dos seres humanos nasceriam por método convencional, hipótese não descartada no atual grau de evolução da ciência.

³⁰¹ CHEMALY, Soraya. What do Artificial Wombs Mean for Women? **R H Reality Check**. Disponível em <https://rewire.news/article/2012/02/23/what-do-artificial-wombs-mean-women/>.

fetal humana. Tais cientistas pretendem aplicar o experimento na transferência de fetos humanos prematuros extremos para evitar sequelas severas (RAZZANO, 2019)³⁰².

As pesquisas retro mencionadas revelam que, cada vez mais, o avanço científico tem buscado romper as barreiras do factível, permitindo-nos vislumbrar a possibilidade de uma verdadeira, e ainda maior, revolução em matéria de reprodução humana assistida, a médio ou longo prazo, devendo ser conhecidas e debatidas sob um viés inter, multi e transdisciplinar, de modo a evitar distopias éticas, científicas, jurídicas e sociopolíticas.

2.4 O Desenvolvimento da Bioética como Elemento Informativo das Pesquisas Científicas Envolvendo Seres Humanos e sua Repercussão nas Técnicas de Procriação Medicamente Assistida

A ética³⁰³ surgiu há mais de vinte e cinco séculos, na Grécia, emergindo das obras de Sócrates e Aristóteles, de onde foram difundidos, em linhas gerais, os valores concernentes às virtudes do bom e do correto (MÁRQUEZ-FERNÁNDES, 2016, 391)³⁰⁴.

Abusos e desvios éticos envolvendo experiências com seres humanos e práticas médicas são recorrentes desde os primórdios da ciência. O Código de Hamurabi, nos seus artigos 215º a 223º, discorria sobre o salário, os honorários e a responsabilidade dos médicos, cominando sanções em face da irregular prestação dos serviços de saúde (VIEIRA, 2011, 25)³⁰⁵.

Segundo a doutrina, o termo bioética (*bioethik*) foi empregado pela primeira vez por Fritz Jahr, em 1927, tendo a acepção de “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e o compromisso e comportamento pessoal, profissional e de moral pública

³⁰² RAZZANO, Elvira. Artificial Rights: Potential Implications of Compelled Fetal Extraction and Artificial Gestation for Reproductive Autonomy in the Wake of Whole Women’s Health V. Hellerstedt. **Review of Law and Social Justice**. Disponível em <https://gould.usc.edu/students/journals/rlsj/issues/assets/docs/volume28/Spring2019/2-5-razzano.pdf>.

³⁰³ Na sua origem etimológica, ética deriva do grego *éthos*, com duas possíveis traduções: (1) costume; ou (2) propriedade de caráter. Tecnicamente, enquanto ramo da filosofia, abrange a sistematização e a definição de conceitos axiológicos, voltados à compreensão e à valoração de condutas.

³⁰⁴ MÁRQUEZ-FERNÁNDES, Álvaro B. SIDEKUM, Antonio *et al* (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. p. 391: “Para Sócrates e Aristóteles, a práxis humana é virtuosa somente se for capaz de valorar eticamente o poder da política através da frônesis. É a ‘consciência’ da virtude de um bom agir, acerca da verdade e suas contradições ou negações, o que se sobrepõe à ‘força’ da pura racionalidade do poder. A ética, então, nasce, como a práxis, de uma condição de vida a partir de um sujeito ou coletivo social, que é dotado de sentido universal e transcendente a tipos ou classes de valores que estão associados com a prudência, a justiça, o bem, a igualdade, a liberdade. Resiste-se e se subleva frente a qualquer tipo de ‘valores’ com tendências para a coação ou repressão da vontade, obediência ou consentimento. Nesse aspecto, a ética, que versa sobre valores humanos, de alguma forma busca seu reconhecimento nas práticas individuais e/ou coletivas entre as pessoas que compartilhem e convivem esses valores, assumidos mediante normas de vida nas quais os princípios que legislam sobre os valores éticos declaram o respeito à identidade e diversidade próprias da pluralidade das condutas humanas”.

³⁰⁵ *Idem*. p. 33

para com todas as formas de vida, na medida em que este compromisso e comportamento é examinado à luz de valores e princípios morais” (JAHR *apud* JAUREGUI, 2016, 63)³⁰⁶.

A Alemanha, em 1931, legislou sobre as experiências científicas envolvendo seres humanos. A despeito disso, atrocidades foram cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, nos campos de concentração. Com a derrocada da Alemanha, foi instalado, em 1945, em Nuremberg, um tribunal militar internacional, conduzido por equipes dos Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França e Rússia, para julgamento do alto escalão nazista por crimes de guerra e contra a humanidade. Em 19.08.1947, efetuaram a publicação das sentenças e do Código de Nuremberg, um conjunto de postulados éticos norteadores da pesquisa clínica.³⁰⁷

Em junho de 1964, a Associação Médica Mundial adotou, na 18ª Assembleia Médica Mundial, realizada em Helsinque/Finlândia, a chamada Declaração de Helsinque,³⁰⁸ que elegeu os princípios éticos básicos a serem adotados nas pesquisas clínicas envolvendo seres humanos, reafirmando os deveres médicos de proteção à vida, à saúde, à privacidade e à dignidade da pessoa humana. Também insculpiu princípios adicionais para a pesquisa clínica combinada a cuidados médicos, quando justificada por potencial valor profilático, diagnóstico e terapêutico.

³⁰⁶ JAHR, Fritz *apud* JAUREGUI, Izaskun Petralanda. SIDEKUM, Antonio *et al* (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. p. 63.

³⁰⁷ Texto disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>:

“1 O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

2 O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.

3 O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento.

4 O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.

5 Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.

6 O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.

7 Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.

8 O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.

9 O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.

10 O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes”.

³⁰⁸ Documento disponível em https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf.

Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin/EUA, publicou, em 1970, o artigo intitulado “*Bioethics: the Science of Survival*”, e, em 1971, o livro “*Bioethics: a Bridge to the Future*”, resgatando a expressão “bioética” no mundo científico (SILVA, 2016, 279)³⁰⁹. A escolha da nomenclatura justificou-se pela indivisão entre os “valores éticos (*ethics values*)” e os “fatos biológicos (*biological facts*)”, significando “ética da vida” (SILVA, 2016, 264)³¹⁰.

Em 1978, também nos Estados Unidos da América, foi promulgado o Relatório Belmont, que abordou a ética da pesquisa científica envolvendo seres humanos, que deveria ser analisada à luz de três princípios elementares: autonomia³¹¹, beneficência³¹² e justiça³¹³ (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 45-46)³¹⁴.

A redefinição do termo Bioética, como o “estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”, veio na primeira edição, de 1978, da *Encyclopedia of Bioethics*. Os valores e princípios morais eram tidos como fundamentais na aplicação da Bioética (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 50)³¹⁵.

Posteriormente, em 1985, surgiu a obra *Principles of Biomedical Ethics*, de T. L. Beauchamp e J. F. Childress, base teórica fundamental da ética biomédica, que trouxe à área clínico-assistencial um sistema baseado em princípios morais, afastando-se do regramento exclusivamente efetuado através da codificação e de juramentos. Os três princípios éticos do anterior Relatório Belmont foram convertidos em quatro, através da distinção entre beneficência e não maleficência. Para tais autores, a ética biomédica consistia numa “ética aplicada”, posto que prescreve os princípios éticos gerais que devem nortear a resolução dos dilemas da prática clínico-assistencial (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 47)³¹⁶.

Os princípios delineados no Relatório Belmont e na obra de Beauchamp e Childress representam a base de uma ética normativa focada na praticidade e na produtividade (PESSINI

³⁰⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. Biodireito: o Novo Direito da Vida. WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato – org. **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas**. p. 279.

³¹⁰ *Idem.* p. 264.

³¹¹ O princípio da autonomia abrange a capacidade deliberativa da pessoa sobre os seus projetos pessoais e sua direção atitudinal para a concretização deles, com conhecimento do objeto e sem sujeição a coação exterior, sendo tal postulado a base do consentimento informado e da tomada de decisão apoiada.

³¹² O princípio da beneficência não se confunde com caridade, nem com o princípio da não maleficência, consistindo numa obrigação de não causação de dano, maximização dos benefícios e minimização dos riscos.

³¹³ O princípio da justiça, no enfoque da ética, implica na “imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios”, ou seja, que “os iguais devem ser tratados igualmente” (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 45-46).

³¹⁴ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. pp. 45-46.

³¹⁵ *Idem.* p. 50.

³¹⁶ *Idem.* p. 47.

e BARCHIFONTAINE, 2002, 48)³¹⁷. Para Diego Grácia, os princípios éticos podem ser classificados como de ordem pública (não maleficência e justiça) e de ordem privada (autonomia e beneficência). Havendo colisão, devem preponderar os princípios de ordem pública (GRÁCIA *apud* PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 47-48)³¹⁸.

Na segunda edição da *Encyclopedia of Bioethics*, de 1995, não mais houve menção aos valores e princípios morais, sendo o conceito de Bioética elaborado com foco nas variadas metodologias éticas e na multidisciplinaridade, sendo o “estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”. Para a doutrina, a ausência de menção aos valores e princípios representa a evolução da Bioética para uma visão pluralista (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 50-51)³¹⁹. Logo, não mais se pode interpretar a Bioética como um segmento estanque do conhecimento, pois deve acolher as diferenciadas mundividências que emanam da multiplicidade metodológica e disciplinar.

No Brasil, em 1996, o Conselho Nacional de Saúde emitiu a Resolução n. 196³²⁰, que traça as diretrizes e normas tecnocientíficas e éticas regulamentadoras das pesquisas envolvendo seres humanos. O ato incorpora os referenciais básicos da bioética (autonomia, não maleficência, beneficência e justiça), de modo a, sob a perspectiva do indivíduo e das coletividades, assegurar os direitos e deveres relacionados à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado. A aplicação dessa resolução não afasta o cumprimento das normas setoriais e específicas de cada área temática de investigação e modalidade de pesquisa.

No contexto da Europa, em 2011, foi editado o Código Europeu de Conduta para a Integridade da Investigação, pela *All European Academies (ALLEA)* e pela Fundação Europeia da Ciência (FEC). Trata-se de um documento evolutivo, com revisão programada para cada três a cinco anos, ou sempre que necessário, a fim de regular novas preocupações e difundir boas práticas à comunidade científica do continente³²¹.

Em Portugal, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), em 2018, expediu Recomendação sobre Integridade na Investigação Científica, elegendo os princípios da confiabilidade, honestidade, respeito e responsabilidade³²².

³¹⁷ *Idem.* p. 48.

³¹⁸ GRÁCIA, Diego; *apud* PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética.** pp. 47-48.

³¹⁹ *Idem.* pp. 50-51.

³²⁰ Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html.

³²¹ Disponível em https://allea.org/wp-content/uploads/2018/11/ALLEA-European-Code-of-Conduct-for-Research-Integrity-2017-Digital_PT.pdf.

³²² Estabeleceu que “o objetivo deve estar na procura da verdade (honestidade), usando os métodos cientificamente (confiabilidade) e eticamente (respeito) robustos e com impacto para a comunidade científica e para a sociedade

E assim vem se dando o desenvolvimento da Bioética, resultado da interação multidisciplinar entre os saberes das ciências biológicas e humanas, com vistas a provocar reflexão, realizar a problematização, obter o consenso sobre determinado dilema e harmonizar os interesses individuais e coletivos pertinentes à pesquisa e à prática (BATISTA, 2015, 29)³²³.

Cumprir acrescentar que a Bioética sofre diferentes abordagens nos Estados Unidos e na Europa. No primeiro, tem como principais traços: (1) maior incidência do princípalismo; (2) resolução dos dilemas relativos aos casos, procedimentos e decisões com base no “pragmatismo filosófico anglo-saxão”, buscando soluções práticas; (3) destacam-se os procedimentos e a regulação normativa; (4) resolução de problemas a partir de casos concretos; (5) inspiração na ciência e na operacionalidade do procedimento; (6) supremacia do individualismo fulcrado na autonomia pessoal; (7) foco em microproblemas, com busca de resolução imediata e decisiva para o indivíduo; e (8) normatização mediante conjunto de regras voltadas à prática de boas ações, com base moral. De outro passo, na Europa, a Bioética distingue-se pelas seguintes características: (1) aplicação do método dedutivo, com maior incidência teórica; (2) prevalência da fundamentação metafísica; (3) consistência filosófica; (4) enfoque na ideia de virtude e caráter; (5) supremacia da dimensão social; e (6) predomínio da justiça e equidade sobre os direitos individuais (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 51-53).³²⁴

Por sua vez, na América Latina, a Bioética tem como configuração: (1) levantamento de questões sobre discriminação e injustiça no acesso à assistência médica, diante da contraposição entre a existência de centros médicos de saúde privada avançados e de alta tecnologia e a hipossuficiência socioeconômica da maioria da população; (2) influência cultural nos conceitos de justiça, equidade e solidariedade; (3) sobreposição do bem comum, justiça e equidade, relativamente aos direitos e virtudes individuais; (4) inspiração na “macroética da saúde pública”, na perspectiva de distribuição equitativa dos recursos e serviços de saúde; (5) orientação pela ética das virtudes; e (6) na prática, reminiscências de paternalismo, desrespeito à lei e intolerância (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 54-56)³²⁵.

Essas distinções levam à compreensão do modo de pensar bioético nos Estados Unidos, Europa e América Latina, o que justifica como cada um deles aborda, normatiza e lida com os dilemas concernentes à saúde pública e às pesquisas das ciências da vida.

(responsabilidade)”. Disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1523888172IntegridadeCNECV2018.pdf>.

³²³ BATISTA, Juliana dos Santos. Olhar o Outro: O mais Importante dos Princípios da Bioética. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito**. p. 29.

³²⁴ *Idem*. pp. 51-53.

³²⁵ *Idem*. pp. 54-56.

O estudo da Bioética compreende as teorias utilitarista³²⁶, naturalista³²⁷ e antropocósmica³²⁸ (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 73-76)³²⁹. A doutrina hodierna defende que a Bioética deve se conformar pela junção entre o simbólico e o científico, nos moldes da teoria antropocósmica (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 65-67)³³⁰.

Nessa senda, sustenta que a Bioética deve ser repensada, de modo a propiciar o convívio harmônico entre diversas e conflitantes visões filosóficas e religiosas sobre o certo e o errado; priorizar as questões macro sobre as individuais; agregar elementos humanistas e

³²⁶ O utilitarismo defende a liberdade plena e absoluta do pesquisador, cabendo-lhe formular hipóteses, efetuar a sua verificação com o rigor dos métodos científicos, expor os resultados com transparência e se submeter às conclusões da comunidade científica, o que já traduziria, por si, a ética do profissional. Nessa concepção, nenhuma limitação externa poderia ser imposta à pesquisa e à produção científica, descartando-se interferências éticas, filosóficas, religiosas, políticas ou jurídicas.

³²⁷ Para o naturalismo, como o próprio nome indica, há o predomínio da natureza, que é dotada de leis e ritos próprios, sendo o ser humano seu mero gestor, responsável por danos e ameaças ao meio ambiente presente e futuro. Conforme essa linha, aos cientistas não é dado produzir tudo o que seja possível e alterar o processo natural. Em sua versão extremada, toda e qualquer intervenção na natureza deveria ser rejeitada, inclusive no tocante ao ser humano. Nos moldes da vertente temperada, seria admitida a intervenção moderada da natureza, que consiste na adoção de técnica que lhe traga benefícios, aperfeiçoando-a e corrigindo seus desvios. Concentra sua atenção no ser humano, que deve manter intacta sua estrutura biológica e aperfeiçoar-se, primordialmente, através da educação e da cultura.

³²⁸ A perspectiva antropocósmica preconiza a plena e harmônica junção da ciência e da simbologia, de modo a integrar o ser humano e o meio ambiente. Para essa teoria, os saberes tecnológicos e simbólicos estão infensos às normas e influências externas sobre seus métodos, postulados e conclusões, mas se limitam entre si. Essa teoria afasta o absolutismo da ciência, a qual deve se entrelaçar às questões sociais e políticas, posto que, predominantemente, as pesquisas são subvencionadas à base de recursos públicos, razão pela qual devem se comprometer com a promoção da vida, da saúde e da liberdade das pessoas e da sociedade. Assim, a produção científica deve visar sua função social, resultando do consenso e respeitando as liberdades, sem discriminações indevidas. Para a visão antropocósmica, em se tratando de pesquisas científicas financiadas com recursos públicos, receita cuja fonte é a contribuição de todos os cidadãos, seria eticamente inadmissível obstar o acesso aos serviços de saúde e ao avanço tecnocientífico aos grupos sociais minoritários.

³²⁹ *Idem.* p. 73.

³³⁰ *Idem.* pp. 65-67: “Ao situar a bioética num horizonte amplo, ela se torna o desaguadouro de duas grandes formas de conhecimento humano: o saber simbólico e o saber científico. Então, ela ganha visibilidade total e pode ser descrita assim: a bioética é o debate sobre as recentes descobertas tecnocientíficas em biologia, biofísica, bioquímica, genética e ciências médicas que trazem novos problemas às ciências humanas dos valores éticos, das convicções milenares de pessoas, de escolas filosóficas, teológicas e jurídicas que tratam do sentido da vida e da morte, da convivência política e da relação da natureza com o ser humano. Sabemos que as duas modalidades de conhecimento – saber científico e saber simbólico – têm por fim resultados muito diferentes: enquanto a tecnociência tende a explicar cabalmente o seu objetivo de estudo, geralmente muito restrito, o saber simbólico nunca chega a uma explicação final, mas quer explicitar e esclarecer o sentido da coisa. Ora, o sentido nunca é único e universal; existem várias maneiras de pensar o sentido da realidade para torná-la mais clara e transparente. Numa palavra, enquanto o saber técnico tenta explicar definitivamente um objeto, o saber simbólico pretende elucidá-lo por meio de uma hermenêutica do sentido. Como dizíamos acima, a bioética pode ser o lugar privilegiado do encontro dessas duas formas de saber. Desde já, uma precisa da outra. Assim, o saber simbólico ganha firmeza e concretude ao servir-se das informações da ciência: por exemplo, os filósofos clássicos, que pouquíssimo sabiam sobre a fisiologia humana, formularam teorias sobre a reprodução hoje superadas; em nossos dias, graças às informações biológicas, a ética, a religião, a filosofia, o direito e a psicologia podem elaborar teorias globais com bases mais seguras. Do mesmo modo, o saber científico reconhece a importância do saber simbólico para enquadrar seus resultados na história da evolução e no crescimento cultural das pessoas e sociedades. Em síntese, a bioética, entendida como o lugar comum à ciência e à simbologia, pode ser um novo marco para a renovação dos estudos éticos, conferindo-lhes mais concretude, mais apreensão dos problemas da vida, sem abstrair das profundas raízes filosóficas, religiosas, políticas e jurídicas. Numa palavra, a bioética pode representar um excelente ponto de encontro entre teorias e práticas cotidianas”.

comunitários, tais como a solidariedade e a equidade; desafiar o imperialismo e o fundamentalismo ético, mediante a abertura ao pensamento plural e secular; estabelecer diálogos entre os distintos povos, culturas e categorias, visando recuperar o humanismo e assegurar o respeito pela “transcendência da vida” em sua expressão maior - “cósmico-ecológica” (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 59-60)³³¹. Assim, o ser humano deve ocupar posição central na Bioética, a qual problematiza os avanços científicos geradores de dilemas relevantes, sobretudo os pertinentes ao nascimento e à morte dos indivíduos, fases nas quais tem sido verificada maior transmutação (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2002, 67)³³².

Ademais, a Bioética é parte constitutiva do Biodireito, ramo da ciência jurídica voltado ao pragmatismo e à dimensão operacional do direito no tocante a todos os aspectos da vida. O Biodireito não se fundamenta apenas na “validade formal” das normas, mas também na sua “validade ética”, estando conectado “a uma nova dimensão dos direitos do homem”, baseada na promoção da democracia, da inclusão e da dignidade de toda pessoa humana (SILVA, 2016, 277-278)³³³. A expressão biodireito apresenta-se sob duas vertentes: (1) como ordenamento jurídico que regula as questões inerentes à vida, à saúde e à biologia, ou seja, “ciência que estuda tais temáticas do ponto de vista do direito”; e (2) como faculdade individual ou coletiva atinente a esses direitos; no entanto, segundo a doutrina, referida designação não se popularizou para além do meio acadêmico especializado (RABINOVICH-BERKMAN, 2016, 55)³³⁴. Assim, a Bioética está conectada aos direitos humanos, dando os subsídios para a “equidade biocultural livre de discriminação”, que reconhece a cada ser humano a condição de pessoa e deve observar os referenciais mínimos atinentes à não discriminação, à tolerância, ao respeito

³³¹ *Idem.* pp. 59-60.

³³² *Idem.* p. 67.

³³³ *Idem.* pp. 277-278: “Como corolário da ecologia jurídica e como uma de suas causas pragmáticas, a originalidade do biodireito está no reconhecimento de que a dimensão operacional do direito não deve se nortear, pura e simplesmente, pelo critério da validade formal: o biodireito expressa o compromisso operacional com a validade material, isto é, com a ‘validade ética’. Daí a constância em relacionar o biodireito a uma nova dimensão dos direitos do homem, com as mesmas características inclusivas da democracia. Radicalizando a originalidade do biodireito, importa afirmar que, aos direitos reconhecidos, promovidos e garantidos pelo ordenamento (face jurídica) se vinculam, na mesma pessoa humana, os respectivos deveres para consigo e para com as demais pessoas humanas (face ética). Assim, por exemplo, o direito à existência se liga ao dever de conservar-se em vida, e o direito a um condigno padrão de vida, à obrigação de viver dignamente. No papel de expressão do compromisso operacional com a ‘validade ética’, o biodireito deve levar às últimas consequências a ‘atividade criadora do espírito’, com o propósito de concretizar, dentre as muitas possibilidades de significação da norma jurídica, a que melhor se coaduna com a ética (‘é do destino do biodireito influenciar no traçado de uma hermenêutica jurídica de promoção da vida’). Para tanto, desnecessário é o advento de novas normas jurídicas, porquanto, como esclarece Chaïm Perelman, ‘os fatos que ocorreram na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma específica legislação, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é expressão não somente da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura, em primeiro plano, a dignidade da pessoa humana’”.

³³⁴ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. SIDEKUM, Antonio; *et al* (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos.** p. 55.

e ao pluralismo (referenciais primeiros); à autonomia, à autodeterminação e ao reconhecimento pessoal e coletivo (referenciais segundos); e à justiça distributiva intracultural, transcultural e intercultural (referenciais terceiros) (JAUREGUI, 2016, 68)³³⁵.

No tocante à PMA, a doutrina critica a não utilização, quando da elaboração das normas reguladoras, de dados sobre posturas antiéticas ou lesivas, perpetradas por pesquisadores ou por profissionais da saúde. Aduz que a regulação tem sido justificada apenas com base em preocupações abstratas, fundadas em objeções filosóficas ou morais, nomeadamente quanto à desconexão entre intimidade física e concepção, ajustes de gestação de substituição, mercantilização do corpo feminino, eventuais problemas de identidade das crianças concebidas mediante doação de gametas ou gestadas por sub-rogação, comercialização da reprodução, suposta destruição das famílias naturais, nível de compensação pela venda de gametas ou pela cessão da capacidade reprodutiva por substituição, eliminação do anonimato no mercado de células germinativas e criação de bancos de dados dos doadores. A Bioética, mediante o aproveitamento de dados concretos, constitui-se em mecanismo hábil a fornecer subsídios à regulação da PMA, conquanto a restrição de acesso a esta impacta negativamente a esfera de interesses de vários segmentos da população, que, igualmente, concorrem para com o custeio do Estado, e que podem depender das técnicas reprodutivas para a consecução do seu projeto procriativo-parental, o que é sentido mais fortemente junto àqueles cujas escolhas de estruturas familiares estão mais sujeitas ao escrutínio social (MUTCHERSON, 2015, 68-71)³³⁶.

2.5 Análise do Pluralismo Procriativo sob a Ótica da Sociologia Jurídica

Nas rudimentares sociedades humanas, as relações sexuais desenvolviam-se livremente e sem barreiras, de modo que a noção de pertencimento era grupal, ou seja, cada mulher pertencia a todos os homens e cada homem a todas as mulheres. Os filhos eram tidos como comuns. Transformadas ao longo do tempo, essas relações foram se estreitando, até se chegar à família monogâmica, modelo ocidental prevalente, embora ainda ocorram a poligamia e a poliandria como práticas sociais isoladas no espaço geográfico (ENGELS, 2010, 48)³³⁷.

A interferência estatal em matéria de sexualidade passou a constituir-se em nítido instrumento de controle social, mutável no espaço e no tempo, conforme os interesses políticos

³³⁵ *Idem.* p. 68.

³³⁶ *Idem.* pp. 68-71.

³³⁷ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** p. 48.

ou geopolíticos predominantes (FOUCAULT *apud* SARDINHA e FAISTING, 2013, 54)³³⁸. Isso refletiu no reconhecimento das relações conjugais e no exercício da parentalidade.

Historicamente, a orientação sexual é um dos atributos pessoais mais suscetíveis aos fenômenos do preconceito e da discriminação. Para o Mestre, Doutor e Desembargador Federal Roger Raupp Rios, o preconceito consiste nas “percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções”, sendo termo empregado, principalmente, nas obras acadêmicas das áreas de Psicologia e de Ciências Sociais³³⁹. Já a expressão discriminação, mais utilizada no meio jurídico, segundo o doutrinador, significa “a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos” (RIOS, 2016, 439-440)³⁴⁰.

O preconceito, a discriminação e a humilhação, aos quais eram, e, mesmo no mundo contemporâneo, ainda são submetidas as pessoas orientadas às relações afetivo-sexuais com outras do mesmo sexo, podem desencadear, além de ressentimento, quadros de transtornos emocionais e psíquicos, diretamente relacionados a desfechos de desrespeito e violência (SEN, 2011, 75)³⁴¹, o que explica a decisão da Organização Mundial de Saúde de despatologizar a

³³⁸ FOUCAULT, Michel; *apud* SARDINHA, Antonio Carlos; FAISTING, André Luiz. A Consolidação do Campo de Luta por Direitos Sexuais no Mato Grosso do Sul: Estudo do Percurso Histórico do Movimento LGBTQT. **Direitos Humanos e Relações Internacionais: Debates Contemporâneos**. p. 54: “Em discurso, a sexualidade constitui-se como um dispositivo social de controle, que tem ligação com uma rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação do discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e poder (FOUCAULT, 1997, p.100)”.

³³⁹ Segundo o estudioso, na abordagem psicológica, o preconceito traduz-se como juízo desfavorável em detrimento de pessoas ou grupos pertencentes ou identificados como sendo de categoria inferior, fenômeno caracterizado pela irracionalidade, estreita abertura mental e pouco ou nenhum contato com membros do grupo inferiorizado. Na abordagem sociológica, ensina Rios que o preconceito implica em “forma de relação intergrupar onde, no quadro específico das relações de poder entre grupos, desenvolvem-se e expressam-se atitudes negativas e depreciativas além de comportamentos hostis e discriminatórios em relação aos membros de um grupo por pertencerem a esse grupo”, apresentando traços de categorização e estereotipização.

³⁴⁰ RIOS, Roger Raupp. SIDEKUM, Antonio *et al* (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. pp. 439-440.

³⁴¹ SEN, Amartya. **Peace and Democratic Society**. p. 75: “*Feelings of humiliation can also be powerful contributors to a sense of disrespect and grievance. Humiliation is born from current or remembered ill-treatment, often over decades and even centuries, so that after some time people’s energy and self-esteem ebbs away. Their sense of what is right is no longer taken into account and they are left with a sense of acute injustice. Violence that is underlain by feelings of humiliation and shaming can be experienced as a form of retaliation, a fighting back for self-esteem and a statement of self-worth*”.

Tradução livre: “Sentimentos de humilhação também podem ser poderosos contributos para um senso de desrespeito e injustiça. A humilhação nasce de maus-tratos atuais ou lembrados, frequentemente ao longo de décadas e até séculos, de modo que depois de algum tempo a energia e a autoestima das pessoas desaparecem. Seu senso do que é certo não é mais levado em conta e eles são deixados com uma sensação de injustiça aguda. A violência que é sustentada por sentimentos de humilhação e vergonha pode ser experimentada como uma forma de retaliação, uma luta contra a autoestima e uma declaração de valor próprio”.

homossexualidade, para inserir, na Codificação Internacional de Doenças (CID-11), as condições mórbidas causadas pela discriminação e pelo preconceito que acometem tais pessoas.

A origem do preconceito e da discriminação contra pessoas com orientação isossexual é, tanto cultural, quanto social e econômica. Do ponto de vista cultural, o preconceito e a discriminação provêm de uma opinião ou conjunto de opiniões ou conceitos acolhidos de forma acrítica e passiva, através da transmissão pelas tradições, pelos costumes ou pelo temor reverencial a uma autoridade, sem que sejam submetidos ao escrutínio da razão. Uma vez que a discriminação em face dessas pessoas tem cunho marcadamente cultural e menos estrutural, é apontada como uma das mais próximas de solução jurídica efetiva, ainda que não esteja assegurada sua eliminação substancial. Fatores sociais e econômicos também alimentam a discriminação por orientação sexual, considerando-se a importância da família na sociedade capitalista, tanto como mediadora entre o individual e o coletivo, exercendo o papel de preparar a pessoa para o convívio social, quanto como fonte reprodutora da força de trabalho, núcleo de consumo e de transmissão hereditária da propriedade (KASHIURA JR., 2009, 180-182)³⁴².

Para proteger-se de exposição e ostentar uma postura conforme às expectativas familiares, comunitárias e sociais, pode ocorrer que algumas pessoas com orientação sexual voltada para os iguais estabeleçam uniões ou casamentos com o sexo oposto, vindo até mesmo a constituir família, o que é uma violência contra o próprio ser, e, às vezes, fato insuficiente para inibir comportamentos discriminatórios (CORTE-REAL e PEREIRA, 2011, 255).³⁴³

Relevante pontuar que alguns avanços rumo ao pluralismo no reconhecimento de direitos sexuais, reprodutivos e familiares homoafetivos têm por base o modelo heteronormativo. É o que aponta pesquisa realizada no Estado do Rio Grande do Sul/BR, junto aos casais isossexuais que, pioneiramente, obtiveram decisões judiciais pela concessão de adoção conjunta, constatando que, embora os casais tenham sentido boa receptividade por parte do Poder Judiciário e dos auxiliares da justiça, sem relatos de eventos ou situações interpretadas como preconceituosas ou discriminatórias, há indicativos de que seus direitos podem ter sido assegurados em razão de portarem características tidas como heteronormativas, a exemplo de

³⁴² KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica: Contribuição ao Pensamento Jurídico Marxista**. pp. 180-182.

³⁴³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. **Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica**. p. 255: “Convivencialmente, portanto, é compreensível que os casais homossexuais, ainda que recorrendo eventualmente a uma convivência fáctica, não possam sentir-se realizados em termos não só interpessoais como parentais. Acresce que o possível casamento com uma pessoa de outro sexo pelo homossexual seria naturalmente uma violência do ponto de vista da sua orientação sexual, ainda que pudesse encobrir, face ao persistente preconceito social homofóbico, a realidade dos factos (é óbvio que homossexualidade não significa impotência, quer *coeundi*, quer *generandi*). Mas mesmo a nível de um ‘forçado’ casamento heterossexual, o homossexual suportará sempre discriminações, nomeadamente ao nível do exercício da parentalidade [...]”.

elevado grau de escolaridade, boa condição financeira e postura não efeminada, o que teve efeito de apagamento da sua condição sexual. Não foi apurado na pesquisa que um casal com postura homossexual mais ostensiva tenha obtido êxito em sua pretensão de adoção (GROSS, 2017, 106-110)³⁴⁴. No entanto, a pesquisa concluiu, ainda, que os entrevistados não se portam de tal forma apenas em busca de aceitação social, mas por características de sua personalidade e pela crença de que uma família homoparental, enquanto fato social, pode ser construída nas mesmas bases da família heteroparental, sem ingerência, mas apenas sob “proteção inclusiva” estatal (GROSS, 2017, 117-119).³⁴⁵ Essa pesquisa demonstrou que os casais do mesmo sexo pioneiros na conquista da adoção conjunta no Brasil expressam sentimento de orgulho na afirmação da homoparentalidade e de satisfação no exercício da cidadania, pelo reconhecimento dos seus direitos, seja na via administrativa, seja na jurisdicional. E, por fim, consignou que a isossexualidade, enquanto fato social, apresenta os mesmos conflitos, paradoxos, incoerências e transmutações observadas na sociedade como um todo (GROSS, 2017, 128-129),³⁴⁶ ou seja, é um microcosmo que reproduz o macrocosmo.

A doutrina denomina a tendência ao enquadramento de famílias homoafetivas aos padrões heteronormativos como “assimilacionismo familista” (RIOS, 2012, 15-16)³⁴⁷.

Também, há entendimento segundo o qual, ainda que represente um avanço a conquista de direitos dos homossexuais pautada num referencial heteronormativo, o princípio

³⁴⁴ *Idem.* pp. 106-110.

³⁴⁵ *Idem.* pp. 117-119.

³⁴⁶ *Idem.* pp. 128-129.

³⁴⁷ RIOS, Roger Raupp. As Uniões Homossexuais e a “Família Homoafetiva”: O Direito de Família como Instrumento de Adaptação e Conservadorismo ou a Possibilidade de sua Transformação e Inovação. **Civilistica.com**. pp. 15-16: “O risco deste viés conservador, longe de ser mera especulação teórica, pode se cristalizar numa tendência que designo de assimilacionismo familista. Esta tendência se caracteriza pela conjugação de duas ideologias: o assimilacionismo (onde membros de grupos subordinados ou tidos como inferiores adotam padrões oriundos de grupos dominantes, em seu próprio detrimento) e o familismo (aqui entendido como tendência a subordinar o reconhecimento de direitos sexuais à adaptação a padrões familiares e conjugais institucionalizados pela heterossexualidade compulsória). No campo da diversidade sexual, o assimilacionismo se manifesta por meio da legitimação da homossexualidade mediante a reprodução, afora o requisito da oposição de sexos, de modelos aprovados pela heteronormatividade. Vale dizer, a homossexualidade é aceita desde que nada acrescente ou questione os padrões heterossexuais hegemônicos, desde que anule qualquer pretensão de originalidade, transformação ou subversão do padrão heteronormativo. Nesta dinâmica, a estes arquétipos são associados atributos positivos, cuja reprodução se espera por parte de homossexuais, condição *sine qua non* para sua aceitação. No assimilacionismo familista, a dimensão mais palatável, e cuja adaptação mais facilmente pode ocorrer, verifica-se nas relações familiares, dada a predominância, na dogmática contemporânea do direito de família, das realidades existenciais em detrimento do formalismo nos vínculos jurídicos, diretriz antes predominante. Neste contexto, a identificação do ‘afeto’ como fator distintivo dos relacionamentos e identificador dos vínculos familiares, cumpre função anestésica e acomodadora da diversidade sexual às normas da heterossexualidade compulsória, na medida em que propõe a ‘aceitação’ da homossexualidade sem qualquer questionamento mais intenso dos padrões sexuais hegemônicos. Isto porque a ‘afetividade’ acaba funcionando como justificativa para a aceitação de dissonâncias à norma heterossexual, servindo como um mecanismo de anulação, por compensação, de práticas e preferências sexuais heterodoxas, cujo desvalor fica contrabalanceado pela ‘pureza dos sentimentos’. Desta forma, opera-se uma assimilação ao mesmo padrão que se buscava enfrentar, produzindo a partir daí um novo rol de exclusões”.

da igualdade, nesse caso, é tratado apenas na perspectiva antidiscriminatória. Com base na tríade dignidade da pessoa humana – princípio da antissubjugação – princípio da igualdade, o reconhecimento da pessoa, a despeito de suas condições ou atributos, é o que caracteriza a verdadeira evolução civilizatória (BORGES, BECKER e LEMES, 2011, 275)³⁴⁸. Nessa seara, o ordenamento jurídico de viés democrático deve considerar as desigualdades sociais e a multiculturalidade, a fim de reconhecer a integridade da pessoa nos contextos de vida em que a sua identidade se desenvolve e se consolida, sem paralelismos (HABERMAS, 1994, 131)³⁴⁹.

Do ponto de vista sociológico, acerca do acesso à PMA, deve haver debate público multidisciplinar prévio à sua positivação, sendo franqueadas a participação e a solidariedade coletiva. A discussão não pode ser limitada à tecnicidade dos campos do direito, da bioética, da medicina, da biologia e da genética. Uma vez que nem todos os cidadãos detêm o domínio destas matérias, deve ser evitado o esvaziamento democrático, impeditivo de um debate público amplo e inclusivo, com espaço para a diversidade de atores e o pluralismo axiológico, diante do dinamismo da investigação e da inovação da biomedicina (SILVA, 2014, 61-62).³⁵⁰

O Estado regula a reprodução humana, com base no direito e na medicina, elegendo os fatos que merecem reconhecimento e os que dele serão excluídos, conforme interesses sociais, econômicos e políticos, bem como os valores morais e religiosos, agregados às incertezas que envolvem os limites da ciência (SILVA, 2014, 64).³⁵¹ Concentram-se na medicina e no direito elevado grau de disposição e poder de intervenção na liberdade procriativa dos cidadãos, fenômeno referido como “cientificação do direito moderno” e/ou “juridicização das ciências médicas”. Na matéria, o direito e a medicina atuam como mediadores e reprodutores do modelo de família eleito pelo Estado, moralizando o conceito de

³⁴⁸ BORGES, Satine Rodrigues; BECKER, Simone; e LEMES, Hisadora Beatriz Gonçalves. (In)Humanas e/ou (Prot)Agonistas? Notas sobre as Travestis e as Transexuais em suas Interfaces com os Discursos Dominantes. **Direitos Humanos, Diversidade e Movimentos Sociais: Um Diálogo Necessário**. p. 275.

³⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. **Multiculturalismo**. p. 131: “Assim que considerarmos seriamente esta ligação interna entre a democracia e o estado constitucional, torna-se claro que o sistema de direitos não é cego em relação às condições sociais desiguais nem às diferenças culturais. O daltonismo da leitura selectiva desvanece-se assim que concedermos aos apoiantes dos direitos individuais uma identidade que é concebida intersubjectivamente. As pessoas, assim como as pessoas legais também, tornam-se individualizações apenas através de um processo de socialização. Uma teoria dos direitos correctamente entendida exige uma política do reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo nos contextos da vida nos quais a sua identidade se forma. Isto não exige um modelo alternativo que corrija o projecto individualista do sistema de direitos através de outras perspectivas normativas. Tudo o que é exigido é a actualização consistente do sistema de direitos. Haveria pouca verossimilhança, claro, sem movimentos sociais e lutas políticas. Vemos isto na história do feminismo, que teve de fazer repetidas tentativas para realizar os seus objectivos legais e políticos enfrentando uma forte resistência”.

³⁵⁰ *Idem*. pp. 61-62.

³⁵¹ *Idem*. p. 64.

“biocidadania”, que repercute diferentemente entre homens e mulheres (SILVA, 2014, 190)³⁵², pois estas são o principal alvo da ação médica, pela funcionalidade e fisiologia da gestação.

Assim, a normatização sobre procriação medicamente assistida interfere diretamente no comportamento reprodutivo, conforme haja abertura, restrição ou exclusão do acesso. Com a abertura, a tendência é a assunção identitária do indivíduo e a busca da concretização de um projeto de vida em conformidade com a sua mundividência. Havendo restrição ou exclusão, não necessariamente implicará na adequação do comportamento à norma proibitiva, pois tem sido comum que as pessoas afetadas busquem a realização dos seus interesses por vias transversas ou em países cujos ordenamentos o permitam. Considerando-se a repercussão dessas decisões públicas sobre os comportamentos humanos, marcados pela pluralidade e diversidade, devem ser viabilizados canais de expressão das vozes das pessoas interessadas ou potencialmente atingidas, seja através da participação direta, ou indireta, mediante representação por organizações, instituições, associações e coletividades outras.

Ainda, a teoria da equidade na saúde, de natureza multidimensional, permite sustentar que, como as técnicas de PMA implicam na prestação de serviço de saúde, o seu acesso deve ser pautado, tanto quanto possível, pela universalidade e equidade, eliminando-se discriminações injustas, que obstruam a eficácia da justiça social (SEN, 2010, 90-91)³⁵³. Logo, à luz da justiça reprodutiva, o acesso a um sistema de saúde deve ser alargado e inclusivo, pois o contrário resultaria na reafirmação e fomento das desigualdades pelo aparelho jurídico-legal. No entanto, o regramento da PMA deve afastar a futilidade das intervenções e a banalização da existência, preocupando-se com os seus impactos éticos, médicos, sociais e jurídicos.

Quando o poder legiferante de um determinado país opta por positivar a utilização das técnicas de PMA, sobretudo ao definir os seus beneficiários, deve perquirir: Quem pode ser pai/mãe? Quem deve ser pai/mãe? A resposta emana da sociedade, refletindo as práticas sociais, uma vez que, desprezando-se os fatos sociais, a lei perde a sua eficácia e força cogente, pois as práticas se repetirão ao arrepio da norma. Dessarte, a legislação não pode alijar certas categorias do acesso à parentalidade, quando permitido àqueles que se encontram em situação fática similar. A título ilustrativo, permitir o acesso às técnicas de PMA à mulher solteira, e vedá-lo ao homem solteiro; possibilitar a sua utilização pelos casais homoafetivos femininos e proibí-lo aos pares masculinos; admitir o recurso à gestação de substituição pelas mulheres que

³⁵² *Idem.* p. 190.

³⁵³ SEN, Amartya. **As pessoas em Primeiro Lugar: a Ética do Desenvolvimento e os Problemas do Mundo Globalizado.** pp. 90-91.

não tenham útero, e impedi-lo aos homens solteiros e casais homoafetivos masculinos; são distinções que não podem ser tidas como razoáveis e juridicamente admissíveis.

O direito deve acompanhar e regular as transformações da sociedade decorrentes do avanço científico e tecnológico, ponderando a dignidade da pessoa humana, os interesses da coletividade e o progresso da ciência (SILVA, 2014, 80-81),³⁵⁴ elementos que devem ditar a conformação do direito (SILVA, 2007, 852)³⁵⁵. A lei deve ser extraída da sociedade, através de método científico, analisando-se as relações sociais e delas advindo as normas, não o contrário. É dos fenômenos sociais que provêm as leis (HAAB, 2018, 23).³⁵⁶ Essa compreensão do fato social como fonte jurígena é a que melhor se coaduna com o objetivo legal de pacificação e contenção social, pois haverá conformidade entre o “ser” e o “dever ser”.

Não se pode olvidar que o exercício da atividade legislante na seara da reprodução humana é tema de alta complexidade, haja vista as controvérsias que o envolvem, o comprometimento com as bases eleitorais dos parlamentares e as dificuldades oriundas da desconstrução de símbolos e do estabelecimento de novos paradigmas interativos com valores sociais, dogmas religiosos e costumes. Contudo, sua regulamentação não pode ser submetida, de modo inflexível, à supremacia de sistemas morais, religiosos ou éticos, sobre os quais existam dissensões no âmbito da sociedade (BARBAS, 2006, 157)³⁵⁷. O Direito, ao eleger os interesses a serem tutelados, deve dialogar com a Ética e a Ciência (BARBAS, 2005, 327)³⁵⁸.

³⁵⁴ *Idem.* pp. 80-81.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. p. 852: “A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social”.

³⁵⁶ *Idem.* p. 23: “Entretanto, o direito, para exercer eficientemente sua função adaptativa, não pode ser intuitivo ou racionalista mas, sim, indutivo, científico, resultante da análise das relações sociais e da indução científica. Para Pontes de Miranda, aí se encontra a chave da questão: o método rigorosamente científico aplicado à elaboração das leis e das soluções políticas constitui uma revolução natural, biológica, para a história humana. O que se busca é tirar a lei do que é e não impor a lei ao que é. Este contexto faz com que o direito entre na fase científica na qual a consciência humana, servida por métodos científicos, vai inaugurar novo ciclo da adaptação humana. Com isto, o direito-ciência não produzirá as leis, mas irá desvendá-las a partir do fenômeno social, sendo melhor conceituado como o processo de adaptação ou de corrigenda dos defeitos de adaptação do homem à vida social. Nesse processo, não há metafísica nem empirismo, há ciência: primeiro estudam-se as relações e define-se a realidade delas e depois pesquisam-se as diferenças entre elas, ‘isolando-se’ a relação social da jurídica”.

³⁵⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. p. 157: “As dificuldades de identificação e delimitação do conteúdo e limites dos bons costumes e de ordem pública podem gerar polêmica e a remissão para ordens normativas de cariz religioso, moral, ético, social (extra-jurídicas, portanto) o que implica, regra geral, o privilegiar de determinado sistema moral ou ético cuja legitimidade não é pacífica numa sociedade aberta”.

³⁵⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Testes Genéticos, Terapia Génica, Clonagem. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume I. p. 327: “Na medida em que as preocupações da Ética reflectem as do Direito no peso dos jogos e da avaliação dos interesses sociais em análise, o Direito, pelas suas instituições, métodos e processos, tem o dever de tentar sensibilizar a humanidade para uma nova ordem de valores em que Direito, Ética e Ciência têm de caminhar lado a lado em perfeita harmonia”.

A doutrina sociológica pondera que a positivação das técnicas de PMA tende a observar as dinâmicas locais, refletindo os valores, as expectativas e o consenso geral da população (SILVA, 2014, 119),³⁵⁹ com isso, podem ser ignorados os interesses e os direitos das minorias, silenciadas e apagadas. De igual modo, as dinâmicas translocais e transnacionais da medicina e dos direitos reprodutivos geram impacto na positivação interna da PMA com a crescente preocupação dos países na construção de uma imagem positiva no plano das relações exteriores e no alinhamento com as tendências do ordenamento jurídico internacional ou de blocos geopolíticos, com foco nos interesses dos poderes constituídos, e não na implementação do exercício da biocidadania pelos interessados nas técnicas (SILVA, 2014, 107)³⁶⁰. Esse é mais um ponto de problematização do processo normativo em sede de PMA.

Embora o fator biológico seja fundamental na elaboração e na análise normativa da reprodução humana em termos gerais, tais tarefas devem se expandir, abarcando a procriação decorrente do emprego das tecnologias de PMA. Limitar a procriação a uma categoria exclusivamente biológica desconsidera os avanços das ciências da vida, que tornaram realidade a reprodução humana manipulada. Assim, na produção e no exame das leis sobre procriação, não se pode considerar apenas o resultado da atuação da natureza, mas também levar em conta a intervenção humana no ato procriativo. Nesse cenário, a procriação deixou de ser um fenômeno puramente explicado pela biologia, passando a implicar também numa construção social, posto que passou a ser moldada, tanto pelo pluralismo nas variadas formas físicas e biológicas de reprodução, quanto pela ação da sociedade, mediante atos decorrentes da lei, da política, da socialização, da tradição e da cultura, em contínuo e constante processo de reformulação, fomentado pela superação dos limites naturais e sociais à reprodução, promovida pelo avanço da tecnologia biomédica. Ademais, a sociedade atribui diferente valor legal à procriação diante de fatores como raça, classe, gênero, orientação sexual, condição de imigração e outras categorias de diferenciação (MUTCHERSON, 2015, 31-32)³⁶¹.

A justiça reprodutiva defende o fim da opressão na abordagem dos direitos reprodutivos e parentais, que contemplam os direitos de ter um filho, de não ter um filho e de ser pai/mãe de uma criança à espera de adoção, bem como a eliminação de hierarquias que se estabelecem através da negação de direitos reprodutivos a certas categorias marginalizadas e da predominância do privilégio reprodutivo de outras (MUTCHERSON, 2015, 42).³⁶² Para a

³⁵⁹ *Idem.* p. 119.

³⁶⁰ *Idem.* p. 107.

³⁶¹ *Idem.* pp. 31-32.

³⁶² *Idem.* p. 42.

justiça reprodutiva, o papel do Estado não deve se limitar ao reconhecimento do direito, mas também instituir mecanismos de aprimoramento e de eliminação das restrições sociais ao exercício dos direitos reprodutivos, exigindo o respeito à autonomia e à igualdade (MUTCHERSON, 2015, 43).³⁶³ Isso significa que, em termos de PMA, para a concretização da justiça, o Estado deve assumir responsabilidades positivas, de modo a assegurar e viabilizar o suporte necessário à tomada de decisão reprodutiva (MUTCHERSON, 2015, 46).³⁶⁴ Importa destacar que todos os membros do corpo social, independentemente de distinções baseadas na origem, sexo, raça, orientação sexual, condição socioeconômica e outros, concorrem para com a existência e a manutenção do Estado, não sendo justo que este exclua certas categorias do regime de direitos e obrigações, salvo nas estritas hipóteses em que haja possibilidade concreta de atentado à existência do próprio Estado ou da sociedade.

2.6 Perspectiva Filosófico-Política do Pluralismo Procriativo

A sociedade atual é complexa, formada por uma estrutura estatal burocrática, uma economia de mercado vigorosa e pela presença de múltiplos grupos de interesses. Dada a pluralidade de valores e projetos de vida por vezes inconciliáveis, o Estado passa a interferir no âmbito privado das pessoas, a fim de tornar possível a convivência entre as diferentes visões de mundo (MELO, 2012, 287)³⁶⁵. Nesse universo pluralista, tem se sobressaído a visão de que o ser humano deve existir como um fim em si mesmo, não como um meio para a satisfação arbitrária de vontades de terceiros, consistindo a essência humana do ser em um óbice à toda imposição arbitrária, inclusive a perpetrada pelo próprio Estado (KANT, 1948, 105)³⁶⁶.

O pluralismo, como princípio estrutural constitutivo do Estado, integra a acepção elementar de democracia, de modo a permitir que todos os possíveis interesses e convicções tenham a oportunidade de coexistir entre si e obter reconhecimento (ZIPPELIUS, 2016, 364)³⁶⁷. O ser humano não se resume à mera repetição e reprodução interminável de um mesmo modelo, impregnado de natureza e essência idênticas e previsíveis, razão pela qual a pluralidade é

³⁶³ *Idem.* p. 43.

³⁶⁴ *Idem.* p. 46.

³⁶⁵ MELO, Rúrion. Teorias Contemporâneas da Democracia. **Manual de Filosofia Política: Para os Cursos de Teoria do Estado e Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais.** p. 287.

³⁶⁶ KANT, Immanuel. **The Moral Law: Groundwork of the Metaphysic of Morals.** p. 105.

³⁶⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado: Ciência Política.** p. 364: “O modelo pluralista satisfaz a exigência de garantir ao maior número possível de pessoas tanta margem de manobra para o desenvolvimento de sua personalidade e para a defesa dos seus interesses quanto isso seja compatível com os desejos de desenvolvimento e interesses, em igualdade de direitos, dos seus concidadãos”.

inerente à condição humana (ARENDT, 1958, 9-10)³⁶⁸, elemento que torna todas as pessoas iguais, embora a pluralidade, que lhe é ínsita, faça de cada pessoa um ser único.

Corolária do pluralismo, a teoria participativa prega que as categorias diretamente envolvidas devem ser inseridas no debate e no processo político, para que detenham o controle do seu projeto de vida e do meio ambiente que as circunda. Devem ser a elas asseguradas a “participação igual” na tomada de decisões e a “igualdade política” na determinação das consequências advindas do ato decisório, o que aprimora os resultados humanos nas escolhas estatais e fomenta a capacitação social e política dos indivíduos (PATEMAN, 1992, 61-62).³⁶⁹

Sob outro ponto de vista, a neutralidade estatal no sentido da paridade só tem viabilidade concreta no tocante a um número limitado de grupos interessados e só em parcela relativamente incontroversa de poder e influência destes. A multiplicidade de categorias de interessados pode ser um obstáculo à concretização do tratamento paritário (SCHMITT, 1932, 165)³⁷⁰. Conforme tal concepção, a neutralidade paritária estatal é injusta e excludente, por natureza, posto que nivela os administrados, desconsiderando suas particularidades.

A junção de pluralidade, igualdade e participação democrática resulta no ideal preconizado pela Filosofia Política para a tomada de decisões públicas, a qual, comumente, se limita a reproduzir a escala de valores majoritários. Sobre isso, o Professor Doutor António Manuel Hespanha leciona que o pluralismo flexibilizou e enriqueceu o conceito de democracia, viabilizando a identificação e a produção do direito através da “observação da vigência efetiva das normas” e do seu “reconhecimento comunitário alargado como direito”, com o fito de considerar os “pontos de vista, interesses e valores de todos, reconhecendo como direito o conjunto de normas estabilizadoras e consensuais para todos” (HESPANHA, 2019, 99-100)³⁷¹.

Na chamada “era do biopoder”, a intervenção estatal, por meio da atividade política, passou a administrar não apenas a vida privada e íntima das pessoas, como também o corpo humano e o processo de vida da espécie, para o fim de controlar a performance do indivíduo e as estimativas demográficas (SIMÕES, 2012, 248-249)³⁷². Raramente visa harmonizar mundividências antagônicas, mas exercer o controle sobre a população e, em última análise, preservar a própria estrutura estatal como um reflexo do modo de ser e de pensar da maioria.

³⁶⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. pp. 9-10: “A pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”.

³⁶⁹ PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. pp. 61-62.

³⁷⁰ SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. p. 165.

³⁷¹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. pp. 99-100.

³⁷² SIMÕES, Bruno Costa. A Soberania Revisitada: Carl Schmitt, Foucault e a Questão do Poder. **Manual de Filosofia Política: Para os Cursos de Teoria do Estado e Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais**. pp. 248-249.

A atuação do legislador não deve se dar na defesa intransigente das convicções morais prevalentes em sua comunidade, embora seja este o caminho mais fácil, que evita dissensões entre os cidadãos e seus representantes eleitos. O compartilhamento da moralidade da maioria pelo poder legiferante é o alimento da intolerância e da repulsa popular, e desconsidera que, após eleito, deve o parlamentar legislar para toda a população de sua base territorial. Ainda, a rejeição, pelo legislador, das convicções morais da maioria não caracteriza elitismo moral do Estado, mas contraposição de uma opinião civilizada própria, que leva em conta os interesses de parcela relevante e essencial à comunidade, tanto quanto o grupo majoritário, visando a manutenção do todo (DWORKIN, 2010, 394).³⁷³ Em oposição, há corrente para a qual, ao lidar com temas sensíveis à sociedade, a ponderação decisória não pode se limitar à não discriminação e à liberdade, devendo perquirir o objetivo e as virtudes visadas pelo ato, o que conduziria, irrefutavelmente, a uma apreciação moral (SANDEL, 2012, 315-321)³⁷⁴.

Também, a igualdade e o reconhecimento como pessoa de direito subsidiam a ideia de que o ser humano é dotado de autodeterminação e independência, podendo exercer suas próprias escolhas, especialmente quando maior e capaz, sem sofrer injusta discriminação. O Estado viola a “autonomia pessoal”, a “liberdade de ação” e a “independência individual” ao imiscuir-se na intimidade da pessoa, regulando-a de forma discriminatória e atentatória à dignidade e à igualdade, sem que exista justificativa pública razoável e de ordem superior (FORST, 2010, 340).³⁷⁵ A pessoa moral deve ser eticamente considerada na produção do direito, ainda que não comungue de valores ou pretensões em comum com os demais membros da comunidade, pois todos estão conectados pelo elemento humanitário, devendo, em razão disso, ser reciprocamente reconhecidos como seres humanos (FORST, 2010, 342-343)³⁷⁶. É a partir do reconhecimento do ser como pessoa de direito que se torna possível o exercício da autonomia

³⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. p. 394: “Um legislador que procede dessa forma, que se recusa a considerar a indignação, a intolerância e a repulsa popular como a convicção moral de sua comunidade, não pode ser acusado de elitismo moral. Ele não está simplesmente contrapondo suas próprias opiniões civilizadas àquelas de um grande público que as rejeita. Está fazendo o melhor que pode para apoiar uma parte distinta e de fundamental importância da moralidade de sua comunidade, para apoiar um consenso que é mais essencial para a existência da comunidade”.

³⁷⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é Fazer a Coisa Certa**. pp. 315-321.

³⁷⁵ FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**. p. 340.

³⁷⁶ *Idem*. pp. 342-343: “As pessoas se encontram não apenas como membros de comunidades éticas ou políticas, mas também como ‘estranhos’, sem a ‘rede’ de valores comuns ou pretensões jurídicas recíprocas. O que unicamente as vincula é o contexto da humanidade comum, e o que exigem uma das outras é o reconhecimento como ser humano. Ser humano significa: ser membro da comunidade a qual todos os seres humanos pertencem como tal, como pessoas morais. A universalidade moral significa respeitar cada pessoa como representante da comunidade universal dos seres humanos, como um ‘próximo’. Assim as pessoas são reconhecidas simultaneamente como indivíduos vulneráveis e autônomos e como membros da comunidade dos seres humanos”.

individual, que é constituída pelos atributos do autorrespeito, da autoconfiança e da autoestima, sem o que sua autonomia é vulnerada e banalizada (ANDERSON e HONNETH, 2011, 108).³⁷⁷

Por seu turno, a liberdade de ação abrange o potencial do indivíduo na busca de concretização dos seus valores e desejos, podendo, inclusive, contar com meios de controle das escolhas de vida, de forma a garantir a sua liberdade efetiva. Entretanto, dada a complexidade da sociedade contemporânea, é muito difícil, senão impossível, existir um sistema que assegure, a cada um, todos os mecanismos de controle sobre a própria vida (SEN, 2012, 113)³⁷⁸.

A Professora Doutora da Universidade da Califórnia/Berkeley, Judith Butler, com base nos debates ocorridos na França acerca da legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo, adverte que a tomada de posição sobre o reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, numa perspectiva pluralista, deve evitar o risco político e teórico de limitação de uma realidade caracterizada pela alta complexidade (BUTLER, 2003, 259-260)³⁷⁹.

À luz das considerações acima, no que tange especificamente ao acolhimento do pluralismo na PMA, impende refletir sobre as relações entre os atores políticos, levando-se em conta fatores como a atuação negativa ou positiva dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como o papel do Poder Judiciário no exercício de sua função contramajoritária. Cada país, no exercício da sua soberania, pode optar por positivar ou não a matéria, admitir ou não a

³⁷⁷ ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã**. p. 108: “Central a esse modelo de autonomia é a ideia de que a aquisição, a manutenção e o exercício do rol de competências que constituem a autonomia, dependem do estabelecimento de modos particulares de ‘se autorrelacionar praticamente’, especialmente autorrespeito, autoconfiança e autoestima. E, porque estes estão, por sua vez, vinculados a várias relações sociais de reconhecimento, a autonomia acaba tendo, como condição de possibilidade, uma infraestrutura de reconhecimento que a sustente. Porque os agentes são amplamente dependentes dessa infraestrutura de reconhecimento para sua autonomia, eles estão sujeitos a vulnerabilidades relacionadas à autonomia: danos e negligências a essas relações de reconhecimento põe em risco a autonomia dos indivíduos”.

³⁷⁸ SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. p. 113.

³⁷⁹ BUTLER, Judith. O Parentesco é Sempre Tido como Heterossexual? **Cadernos Pagu**. pp. 259-260: “Podemos pensar que o raciocínio que leva em conta apenas os dois lados da questão só nos levará à paralisia política, mas consideremos as conseqüências mais sérias que são a decorrência de assumirmos uma posição única em tais debates. Se utilizarmos os termos que esse debate oferece, então ratificamos o molde no momento em que assumimos nossa posição. E isso sinaliza uma certa paralisia diante do poder em exercício de mudar os termos pelos quais esses tópicos são transformados em passíveis de serem pensados. De fato, uma transformação social mais radical está em jogo precisamente quando não permitimos, por exemplo, que o parentesco seja reduzido à ‘família’, ou quando não permitimos que o campo da sexualidade seja medido em relação ao casamento. Pois tão certo quanto o fato de que os direitos ao casamento e à adoção e, de fato, à tecnologia reprodutiva, devam ser assegurados a indivíduos – bem como sua aliança – fora da moldura do casamento, seria uma drástica privação da política sexual progressiva permitir que o casamento e a família, ou mesmo o parentesco, fossem os parâmetros exclusivos dentro dos quais se pode pensar a vida sexual. Que o campo sexual tenha se fechado a partir de tais debates sobre se devemos casar, ou conceber, ou criar crianças, torna claro que qualquer resposta, isto é, tanto o ‘sim’ quanto o ‘não’, funcionam para circunscrever a realidade de maneira perigosa. Se achamos que esses são os temas decisivos, e sabemos de que lado estamos, então teremos aceito um campo epistemológico estruturado por uma perda fundamental, uma perda que não podemos mais nomear nem mesmo para lastimá-la. A vida da sexualidade, do parentesco e da comunidade, que se torna impensável dentro dos termos dessas normas, constitui-se no horizonte perdido da política sexual radical, e encontramos, ‘politicamente’, nosso caminho nas águas do ilastimável”.

realização de tais procedimentos em seu território, o que torna complexo o mecanismo de reivindicação, reconhecimento e efetivação de direitos nesse campo. A título ilustrativo, temos o paradigmático caso da Costa Rica, que regulamentou a Fertilização *In Vitro*, através de uma lei de 1995, que se manteve vigente durante cinco anos, sendo que, com base em decisão da Sala Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça, foi entendido que tal lei violava o direito à vida, sendo, então, vedada sua aplicação. Contudo, em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o país pela proibição da técnica e ordenou o governo a habilitá-la no prazo de seis meses. Setores conservadores atrasaram o cumprimento da decisão. Apenas em 2015, um decreto presidencial acolheu a força obrigatória da decisão da Corte Interamericana. De outro passo, interessante notar que países do Oriente Médio, de linha islâmica, como Líbia, Emirados Árabes Unidos, Omã, Tunísia, Qatar, Líbano e Argélia, permitem a realização de várias técnicas de PMA.³⁸⁰ Ainda, há países que decidem por não legislar sobre reprodução humana, conferindo a atribuição regulatória aos profissionais do setor, por se tratar de ato médico. Nessa concepção, o Estado não poderia interferir em atividade que deve estar orientada pelo princípio da livre iniciativa, pois os serviços de saúde são ofertados aos usuários, a quem compete aderir ou não, conforme sua vontade e capacidade econômica. Outro argumento é que a regulamentação legal, além de não acompanhar a evolução da ciência, causa-lhe entraves, vez que a matéria não obtém o consenso da sociedade. Nesse prisma, conflitos sobre PMA deveriam ser solucionados casuisticamente, por envolver questões humanas sensíveis e individualizadas, restringindo-se a intervenção estatal, para ampliar a pluralidade no acesso. Exemplo desse sistema é o Brasil, onde ainda não há uma lei que regule a PMA, matéria tratada apenas no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM), através de resoluções de natureza deontológica, como veremos no Capítulo IV.

São muitas as críticas doutrinárias ao sistema da não intervenção, tais como: (1) a insegurança jurídica pela falta de respaldo legislativo; (2) a possibilidade de exploração econômica em razão da não regulação; (3) o risco da prática de desvios e de atos abusivos ante a inexistência de cominação de sanções; (4) a conformação de conceitos jurídicos, tais como os da maternidade, da paternidade, da dignidade da pessoa humana e da integridade moral não se pode dar por meio de regras deontológicas emitidas pelos conselhos dos profissionais da medicina ou por outros intervenientes, devendo provir do Poder Legislativo, eis que matéria de interesse público; (5) as normas dos conselhos não substituem a lei, nem possuem caráter

³⁸⁰ Disponível em <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2405661817300175?token=D2CDCB3D4A32BB2D9F1BDA49E350FC78945DCC31F201A6126B0435FB9016A3BEF41EBC7BD9BFD8218686A62198B8665>
A. Acesso em 01.01.2018.

supletivo destas, sendo meras orientações éticas, que vinculam apenas os profissionais e os serviços de saúde a elas sujeitos, não terceiros, e nem mesmo os beneficiários das técnicas; (6) as resoluções dos conselhos profissionais não constituem legislação específica sobre PMA; (7) matéria de ordem pública e indelegável não pode ser normatizada por corporações não detentoras de competência legislativa, mediante “autorregulação extrajurídica”; (8) não há previsão legal de sanções por eventuais irregularidades praticadas por doadores ou beneficiários; (9) a omissão legislativa deixa um vazio normativo numa área em constante expansão, sem a necessária regulamentação de mercado, dando margem a atos fraudulentos e abusivos; (10) tal sistema de “enfrentamento da infertilidade” e de “promoção da parentalidade” não tem legitimação legislativa; e, por fim, (11) os direitos, as obrigações e as garantias de todos intervenientes nos processos de PMA devem ser regulados em lei (CHAVES, 2017, 211-214)³⁸¹. Em adição, a permissão do *laissez-faire* não protege os interesses e direitos das pessoas mais vulneráveis envolvidas nos complexos procedimentos de PMA, e, ainda, a exclusiva incidência das diretrizes deontológicas não consiste em mecanismo suficiente para garantir uma conduta ética e segura na prestação dos serviços médicos e de saúde em geral.

De outra banda, há países que optam pela produção legislativa sobre PMA, justificada pela incidência dos princípios da legalidade e da igualdade. Com a expressa previsão legal, reduzem-se as situações de insegurança resultantes da atuação integrativa do aplicador do direito e torna juridicamente admissível o que é tecnicamente possível, inibindo procedimentos técnicos indesejáveis ou perigosos. Como exemplo, temos Portugal, que, com a Lei n. 32/2006, regulamentou a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

A despeito dos ponderosos argumentos defensivos da não intervenção estatal, entendemos como mais adequada à proteção de todos os envolvidos nas técnicas de PMA, a opção do Estado pela positivação da matéria, contanto que o processo legislativo se desenvolva em consonância com as práticas democráticas, que incluem o debate amplo, multidimensional, transversal e interdisciplinar, permitindo a participação plural e igualitária, sem discriminação, dando-se voz e vez às pessoas potencialmente afetadas pela escolha política, com vistas a contemplar na norma e harmonizar o máximo de valores e de interesses em jogo.

³⁸¹ CHAVES, Mariana. Parentalidade Homoafetiva: A Procriação Natural e Medicamente Assistida por Homossexuais. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. pp. 211-214.

CAPÍTULO 3 - OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE DIREITOS SEXUAIS, REPRODUTIVOS E FAMILIARES NA CONFORMAÇÃO DO PLURALISMO PROCRIATIVO

3.1 Princípios Fundantes dos Direitos Sexuais, Reprodutivos e Familiares

Na concepção tradicional dos direitos, o mundo se encontra num estado de ordem natural, verdadeira, justa e boa, resultante de uma ação criativa inteligente, e não do caos, de forma que esta ordem não deve ser alterada pela vontade humana. Cabe ao homem apenas respeitar a ordem estabelecida ou restaurá-la quando for perturbada, não podendo reivindicar o direito de modificá-la de acordo com a sua vontade, que deve se submeter à razão universal e se conformar àquele estado de ordem. No sentido oposto, o humanismo laico defende, como modelo ideal, que a vontade humana, através do reconhecimento dos direitos, pode e deve exercer continuamente as funções de instauração, restauração, renovação e aperfeiçoamento da ordem social, rejeitando a ideia de imutável ordem natural. Segundo os estudiosos do humanismo laico, a reivindicação dos direitos comumente envolve polêmicas em torno da ordem vigente, bem como revela o vigor e a maturidade de uma sociedade, um sinal evolutivo de autonomia humana para reverter uma realidade social posta (ZAGREBELSKY, 2009, 84)³⁸².

O reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares enfrenta barreiras impostas por especificidades históricas, religiosas, sociais, políticas, econômicas e culturais, somente podendo ser promovido à luz do humanismo laico, que rompe com a mundividência majoritária, não sendo possível sustentá-lo sob a perspectiva tradicional dos direitos.

Tais direitos são emanções da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade, razão pela qual corrente doutrinária defende que integram a categoria de direitos humanos e de direitos fundamentais, devendo ser assegurado pelo Estado o fornecimento de meios que permitam a sua concretização plena, sem qualquer discriminação, prestigiando-se a pluralidade de titulares (ROSA e CARDIN, 2017, 101-102).³⁸³ Os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, embora intrinsecamente conectados, são independentes entre si, e vêm sendo paulatinamente reconhecidos a partir da reinterpretação de uma ampla gama de princípios, positivados ou implícitos (ROSA e CARDIN, 2017, 103-104)³⁸⁴.

³⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. p. 84.

³⁸³ *Idem*. pp. 101-102.

³⁸⁴ *Idem*. pp. 103-104: “No entanto, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos ou a ideia de um direito democrático à sexualidade, só poderá ser difundido sob uma abordagem jurídica arraigada nos princípios da

Princípios e regras são espécies compreendidas no gênero “norma jurídica”. Em síntese, os princípios consistem em “comandos de otimização”, dirigidos aos produtores, intérpretes e aplicadores do direito, visando o aperfeiçoamento da ordem jurídica, enquanto que as regras consubstanciam “comandos definitivos”, a serem observados, de acordo com o grau de coercitividade específico de cada dispositivo (ALEXY, 2014, 5)³⁸⁵. As normas jurídicas (princípios e regras) pertinentes aos direitos sexuais, reprodutivos e familiares estão distribuídas em diplomas de direito internacional, de direito comunitário e de direito interno de cada país, porém com grau de reconhecimento e eficácia variáveis.

Do surgimento desses novos direitos, podem resultar conflitos com os direitos tradicionais. Como solução, o legislador, comumente, opta pela limitação de direitos, reduzindo o seu âmbito de ação ou de abrangência, mas buscando preservar um núcleo essencial (“faculdades típicas que dão conteúdo ao direito”), definido na norma, de modo a garantir a concretude da dignidade da pessoa humana, em razão de que os direitos fundamentais não devem ser hierarquicamente escalonados, o que vai de encontro com os valores de uma sociedade pluralista e aberta (RAPOSO, 2010, 832-833)³⁸⁶.

No que tange à incidência principiológica direta sobre uma determinada questão jurídica, não se pode descurar que também podem ocorrer colisões, devendo-se, primeiramente, analisar a pertinência do princípio com o tema em causa, e, depois, buscar a harmonização entre os princípios envolvidos, para, superados tais procedimentos, como derradeiro e discutível recurso, sopesar os princípios conflitantes entre si (FERREIRA FILHO, 2005, 395)³⁸⁷.

Assim, os princípios basilares dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, a seguir percorridos em resumo, não estão imunes a confrontos, ao menos aparentes, devendo ser

igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, aprofundando a compreensão desses direitos com referenciais principiológicos coerentes e sistematizados. Diante do exposto, tanto os direitos sexuais quanto os direitos reprodutivos são categorias jurídicas que direcionam a problematização de fenômenos e relações sociais em que não só mulheres são os sujeitos, mas também os homens. Esses direitos são necessários nas discussões que cercam as várias facetas da sexualidade humana, como a homossexualidade, a heterossexualidade, a bissexualidade, a transexualidade, dentre outras. É defeso negar a essas pessoas o debate, bem como o acesso às várias modalidades de técnicas de reprodução assistida”.

³⁸⁵ ALEXY, ROBERT. Princípios Formais. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; e LOPES, Mônica Sette, org. **Princípios Formais: E Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. p. 5: “A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são *comandos definitivos*. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são *comandos de otimização*. Como tais, eles exigem ‘que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas’. Deixando-se as regras de lado, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios colidentes. Por essa razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comandos *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é forma específica de aplicação dos princípios”.

³⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Biodireitos: The New Kids on the Juridical Playground. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. p. 832-833.

³⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 395.

balanceados, ponderados e harmonizados entre si e com o ordenamento jurídico no qual se inserem. Entretanto, a ponderação de princípios tem sido objeto de crítica quando a ordem jurídica não estabelece critérios vinculantes e racionais que permitam o prévio conhecimento da valoração atribuível a cada interesse ou posição em jogo (BRITO, 2012, 169-170)³⁸⁸.

3.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Segundo a doutrina, a dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado, pré e supra estatal, que se apresenta sob variados matizes e exerce diversas funções na ordem jurídico-normativa (OTERO *apud* EGÍDIO, 2018, 399)³⁸⁹. A dignidade da pessoa humana, em primeiro plano, consiste em *standard* de proteção universal que impõe a implementação de diplomas e medidas de direito internacional tendentes a garantir o respeito e inibir violações à dignidade inerente a todo ser humano, não apenas no aspecto individual de cada pessoa, como também no âmbito coletivo, contemplando a humanidade, os povos, as etnias, as minorias e outros agrupamentos (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 200)³⁹⁰.

Mais que princípio, a dignidade da pessoa humana traduz-se em valor e regra. Enquanto valor, traz ínsito conteúdo ético e moral para pautar o comportamento da sociedade. Na condição de princípio, consiste em postulado que precede, justifica e orienta o Estado de Direito. E, por fim, sendo regra, a dignidade humana caracteriza-se como preceito positivado,

³⁸⁸ BRITO, Miguel Nogueira de – O Conceito Constitucional de Dignidade Humana entre o Absoluto e a Ponderação: O Caso da Reprodução Humana. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. pp. 169-170.

³⁸⁹ OTERO, Paulo *apud* EGÍDIO, Mariana Melo. O Argumento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Paternalismo Jurídico e Restrições a Direitos Fundamentais. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. p. 399: “Sintetiza PAULO OTERO que o princípio em causa i) surge como síntese axiológica civilizacional; ii) é princípio cimeiro do ordenamento jurídico; iii) possui um efeito irradiante ou expansivo sobre esse mesmo ordenamento; iv) constitui fundamento e limite também do poder político; v) serve de critério unificador; vi) serve como critério interpretativo e integrativo, o que resulta em um postulado geral *in dubio pro dignitate* [entre duas (ou mais) interpretações normativas ou soluções integrativas que conduzam a resultados diferentes em matéria de dignidade da pessoa humana, deve sempre preferir-se a solução que se mostra conforme ou mais conforme à dignidade humana ou ao reforço garantístico e protector dessa mesma dignidade]; vii) assume-se também como direito fundamental, enquanto direito absoluto e inalienável à dignidade e ao seu respeito pelo Estado e pelos indivíduos; viii) desta dimensão decorre um dever de respeito pelo Estado e pelos indivíduos; ix) é um valor absoluto, insusceptível de compressão, salvo se tal se tornar necessário para garantir um espaço de operatividade que salvaguarda a dignidade humana concorrente ou conflitual; x) pode servir de fundamento para afectações de outros direitos fundamentais, operando, ao mesmo tempo, nessa relação, como critério limitativo e restritivo; xi) institui um dever fundamental para o Estado; xii) comporta uma dimensão relacional e comunicacional e xiii) assume-se como propósito ou objectivo educativo”.

³⁹⁰ CANOTILHO, JJ. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. p. 200.

dotado de eficácia, fundamentalidade e constitucionalidade formal e material em muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos (SARLET, 2011, 84-85)³⁹¹.

Até o Século XIX, a dignidade humana apresentava conotação individualista, sendo então reconhecido o direito do sujeito sobre o próprio corpo, à semelhança do direito de propriedade, podendo ser objeto de mercancia. Depois do Século XX, houve a valorização da personalidade e da humanidade da pessoa, do ponto de vista existencial e não patrimonial, priorizando-se a qualidade de “ser humano” (MARTINS-COSTA, 2008, 94-97)³⁹². Assim, a dignidade humana fornece os elementos para a concretização do “princípio antrópico”, também denominado “princípio personicêntrico”, presente nos direitos fundamentais pertinentes à vida, à integridade física e psíquica, à saúde, ao livre desenvolvimento da personalidade, à identidade pessoal e à identidade genética. Confere sustentação material ao princípio da igualdade, que veda a mensuração e o tratamento detrimetoso entre dignidades, pois compreende todas as dignidades como iguais e equivalentes (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 198-199)³⁹³.

A primazia da dignidade humana garante a absoluta equiparação de estilos de vida e mundividências, seja em relação ao Estado, seja diante do particular (NOVAIS, 2011, 59-60)³⁹⁴.

A dignidade da pessoa humana não se caracteriza como dado estático, mas sujeito a variáveis espaçotemporais e socioculturais, com irradiação tridimensional (intrínseca, extrínseca e recíproca). Na dimensão intrínseca, a dignidade contempla a autodeterminação de cada pessoa para desenvolver abstratamente e implementar o seu projeto de vida. Na dimensão extrínseca ou aberta, a dignidade humana propicia que projetos espirituais da pessoa deem abertura a novas exigências, que podem reclamar prestações públicas ou privadas. E, na dimensão recíproca, a dignidade impõe o seu reconhecimento intersubjetivo, ou seja, a

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. pp. 84-85.

³⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Ramo à Construção do Biodireito. Estudos de Direito da Bioética*. Volume II. pp. 94-97.

³⁹³ *Idem*. pp. 198-199.

³⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 59-60: “[...] A assunção da dignidade da pessoa humana como valor supremo por parte do Estado de Direito dos nossos dias garante aos indivíduos uma posição absoluta de igualdade na definição e prossecução autónomas de fins e modos de vida, o que, na relação entre os indivíduos e o Estado, se traduz no reconhecimento constitucional, expresso ou implícito, de uma margem de liberdade incompressível que conforma, se se quiser, um núcleo ou conteúdo essencial em cada direito fundamental onde as concepções, representações e mundividência de cada um valem tanto quanto as concepções da autoridade estatal, da maioria política ou dos restantes concidadãos. Nesse sentido, por mais ponderosas que sejam ou por maior apoio que reúnam, as concepções e decisões da maioria não *quebram* só pelo facto de serem maioritárias, sob pena de inconstitucionalidade, a liberdade individual. É numa tal linha de continuidade da concepção da dignidade da pessoa humana em Estado de Direito que se fundava a originária concepção liberal dos direitos fundamentais como direitos pré e supra estatais e que, hoje, funda a concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria”.

reciprocidade igual. Vale dizer que a dignidade da pessoa humana se molda a partir da interação dessas dimensões (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 199)³⁹⁵.

A subjetividade da dignidade opõe que esta seja pautada por concepções religiosas e puramente metafísicas, ainda que expressem o modo de pensar dominante de uma sociedade relativamente homogênea (BRITO, 2010, 176-177)³⁹⁶. Em consequência, num Estado pluralista e mundividencialmente neutro, não se deve legitimar constitucionalmente uma determinada concepção moral, que não tenha passado pelo crivo da racionalidade. A doutrina explica, através da “teoria dos sistemas”, que a dignidade, na sua vertente de construção pré e supra estatal, não pode ser conformada pela moral, religião e metafísica, em virtude de que ela mesma deve traçar os contornos destas, visando a proteção da pessoa em face de eventuais ameaças ou abusos perpetrados no âmbito dos subsistemas político, social, econômico, jurídico, religioso, científico e social, dentre outros (BRITO, 2010, 164)³⁹⁷.

O princípio antrópico ou personicêntrico que emana da dignidade da pessoa humana, também embasa os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, e, especificamente, o direito de acesso à procriação medicamente assistida. Para a doutrina, o regime pluralista e igualitário contempla diferentes referências de dignidade, todas calcadas na subjetividade do ser humano, tanto no que concerne à pessoa nascida, quanto ao nascituro (MIRANDA, 2016, 226-227)³⁹⁸. O valor supremo e universal da dignidade da pessoa humana autoriza a antecipação da proteção dos direitos que dela irradiam, tais como o direito à saúde, à integridade física e moral, à

³⁹⁵ *Idem.* p. 199.

³⁹⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. O Conceito Constitucional de Dignidade Humana entre o Absoluto e a Ponderação: O Caso da Reprodução Humana. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. - **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, Vol. III. pp. 176-177.

³⁹⁷ *Idem.* p. 164.

³⁹⁸ MIRANDA, Jorge – **Direitos Fundamentais**. pp. 226-227: “II – Eis os pontos que ousamos enunciar: a) A dignidade da pessoa humana é a dignidade da pessoa humana individual e concreta; b) A dignidade da pessoa humana é da pessoa enquanto homem e mulher; c) A dignidade da pessoa humana é tanto da pessoa já nascida como da pessoa desde a concepção; d) A dignidade da pessoa humana traduz-se na dignidade da vida; e) A dignidade da pessoa humana não pode ser apreendida sem consideração da bioética; f) O respeito da dignidade implica a garantia da intimidade pessoal e familiar; g) O respeito da dignidade implica o respeito da orientação sexual das pessoas; h) A dignidade pressupõe autonomia da pessoa, embora não pressuponha capacidade (psicológica) de livre decisão; i) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que exige o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas; j) Mas o respeito pelos outros envolve também o respeito da dignidade de cada um perante os outros; k) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; l) A dignidade da pessoa, que é também dignidade social, exige integração, participação na vida comunitária, inclusão; m) A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material; n) O primado da pessoa é do ser, não o do ter, e a liberdade prevalece sobre a propriedade; o) Somente a dignidade explica a procura da qualidade de vida; p) O respeito da dignidade justifica a criminalização da ofensa dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais de acordo com a consciência geral e um princípio de proporcionalidade, e requer a proteção da vítima; q) Todavia, a dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos ilícitos; r) A dignidade da pessoa é um *prius* em relação à vontade popular; s) A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa”.

identidade pessoal e genética, ao desenvolvimento da personalidade, à constituição de família e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 86-87)³⁹⁹. Com isso, as decisões políticas, administrativas e jurisdicionais devem visar a afirmação e consecução dos direitos calcados na dignidade humana, inclusive dos direitos reprodutivos, bem como na inibição de ações ou omissões que os vulnerem.

Linha doutrinária sustenta a exploração do preceito da dignidade humana, nos diversos domínios do conhecimento, e, notadamente, em termos de PMA, observando que a dignidade deve estar de acordo com a autonomia ética da pessoa envolvida, a quem, sendo possível, cabe definir, quando, e se, está sendo instrumentalizada. Propõe verificar se a pessoa está ou não de acordo com a suposta violação, pois tratar alguém como objeto não implica em automática vulneração da sua dignidade, que ocorre quando há intenção ou manifesto desprezo (MAC CRORIE, 2018, 244-246)⁴⁰⁰. Isso se explica porque o respeito à dignidade humana, na dimensão intrínseca, onde prepondera a liberdade, afeta o autorrespeito da pessoa envolvida, e, sob a dimensão da reciprocidade, abrange a solidariedade e a corresponsabilidade. Assim, ganha relevância a aceitação da pessoa, dotada de capacidade de entendimento, em se submeter à situação de objetivação (MIRANDA, 2016, 236-237)⁴⁰¹. Nesse aspecto, não se pode olvidar que a alienação da força de trabalho, por si, já implica na comercialização da capacidade física ou intelectual do trabalhador, e que, em inúmeras atividades, há exposição a perigo de vida ou risco à saúde física e mental, por periculosidade, nocividade ou insalubridade, sem que sejam consideradas como vulneração à dignidade da pessoa humana. Dentro dessa lógica, não se pode afirmar que as intervenções mais polêmicas de procriação medicamente assistida, nomeadamente, a reprodução heteróloga e a gestação de substituição, sempre, representem violação à dignidade da pessoa humana, impondo sejam submetidas a um escrutínio casuístico.

3.1.2 Princípio da Igualdade

Corolário da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade consagra a idêntica “validade cívica” de toda e cada pessoa, disciplinando suas relações para com o poder estatal, a sociedade, as coletividades e os concidadãos (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 337-338)⁴⁰².

³⁹⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada** – Tomo I. pp. 86-87.

⁴⁰⁰ MAC CRORIE, BENEDITA. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida: Comentário ao Acórdão n. 101/2009 do Tribunal Constitucional. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. pp. 244-246.

⁴⁰¹ *Idem*. pp. 236-237.

⁴⁰² *Idem*. pp. 337-338.

O princípio da igualdade exerce papel estruturante no Estado de Democrático de Direito, tendo as funções primordiais de: (1) estabelecer igualitária aplicação do direito, justificada pela abstração e universalidade da lei, bem como pela vedação de distinções fundadas em critérios estritamente subjetivos; (2) assegurar a igualdade de participação política; e (3) impor a eliminação de desigualdades fáticas a fim de promover a igualdade material. Enquanto regra jurídica, a doutrina considera a igualdade como direito subjetivo, específico e autônomo, e, ainda, como direito, liberdade e garantia, que impõe abstenções - desdobramento negativo, e, por outro lado, medidas de cunho prestacional - desdobramento afirmativo ou positivo (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 337)⁴⁰³. Ainda, o desdobramento negativo veda privilégios e discriminações, ao passo que o desdobramento afirmativo ou positivo impõe um comportamento ativo no tratamento das diversas situações nas quais a igualdade é política, social ou juridicamente testada (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 222-223)⁴⁰⁴.

Günter Dürig entende que a dignidade humana e a igualdade conferem a todas as pessoas, indiscriminadamente, a possibilidade jurídica de exercício dos seus direitos fundamentais, mas não a possibilidade efetiva e o meio de realização na situação concreta. Para tal teoria, direitos humanos elementares como o de contrair matrimônio, de preservar e de transmitir a vida, seriam, em absoluta igualdade, juridicamente exercitáveis, embora desprovidos de instrumentos de concretização (DÜRIG, 2016, 92)⁴⁰⁵.

No sentido diametralmente oposto, a professora Mutcherson defende que, através do princípio da igualdade, os direitos familiares e reprodutivos, inclusive os inerentes ao acesso às tecnologias de PMA, devem ser distribuídos entre as distintas categorias e protegidos pela atuação estatal, com vistas à sua efetividade material (MUTCHERSON, 2015, 47).⁴⁰⁶ Essa

⁴⁰³ *Idem.* p. 337.

⁴⁰⁴ *Idem.* pp. 222-223: “O sentido primário da fórmula constitucional é negativo: consiste na vedação de privilégios e de discriminações. Privilégios são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de desvantagem. Os privilégios ou as discriminações interditas podem, para este efeito, ser meramente indirectas. Nestes casos, sem que tal se revele justificável de um ponto de vista objectivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatória, beneficia ou afecta negativamente em maior medida, na prática, uma parte individualizável e distinta do universo de destinatários a que vai dirigida (Ac. N. 232/03). Mais rico e exigente vem a ser o sentido positivo do princípio da igualdade: (i) tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); (ii) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; (iii) tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; (iv) tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei); (v) consideração do princípio não como uma ‘ilha’, antes como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição. Em qualquer caso, a concretização do alcance desta dupla vertente assinalada suscita muitas dificuldades”.

⁴⁰⁵ DÜRIG, Günther. O Princípio da Igualdade como Princípio Constitucional. **Escritos Reunidos: 1952-1983.** p. 92.

⁴⁰⁶ *Idem.* p. 47.

concepção contraria o discurso de que a reprodução coital, por ser “natural”, seria a única digna da proteção do ordenamento jurídico, em detrimento da não coital, tida como “antinatural”, e, conseqüentemente, desprovida daquela proteção, o que se baseia em argumentos morais, que não deveriam ser tomados como base na produção das normas, notadamente em matéria de índole constitucional (MUTCHERSON, 2015, 49).⁴⁰⁷ Ainda, segundo essa tese, isso conferiria ao Estado a capacidade de promover, sutilmente, a absoluta esterilização social de determinados segmentos não aderentes à mundividência majoritária ou rejeitados pelo grupo dominante, pois, se uma pessoa ou casal não pode procriar senão através das técnicas de PMA, a proibição de acesso a tal serviço priva-os do exercício de uma liberdade básica (MUTCHERSON, 2015, 51).⁴⁰⁸ Logo, pode-se entender que o Estado, além de não atuar em consonância com a dignidade da pessoa humana, dessarte, violaria o princípio da igualdade.

Similar é a posição de Roger Raupp Rios, para quem a liberdade e a igualdade consistem na base da diversidade, que justifica o reconhecimento de direitos nas esferas da sexualidade e da procriação (RIOS, 2006, 84)⁴⁰⁹.

A igualdade e a autonomia da pessoa devem ser consideradas para fins de realização da justiça reprodutiva. Nessa compreensão, cabe destacar que a procriação pode estar interligada, mas não se reduz ao sexo, à gravidez e à parentalidade, pois cada um deles se justifica, tanto por um interesse próprio, quanto podem compor um interesse conjunto. Assim, em respeito à igualdade e à autonomia pessoal, a procriação pode ser tomada isoladamente como um direito, ou constituída pela conjugação com outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à parentalidade e do direito à liberdade sexual (MUTCHERSON, 2015, 54)⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ *Idem.* p. 49.

⁴⁰⁸ *Idem.* p. 51.

⁴⁰⁹ RIOS, Roger Raupp. Para um Direito Democrático da Sexualidade. **Horizontes Antropológicos.** p. 84: “Liberdade e igualdade, nesse contexto, desdobram-se em inúmeros direitos, manifestações mais concretas de seus conteúdos na esfera da sexualidade. Tal perspectiva, efetivamente, agrega a esses direitos conteúdo jurídico suficiente a enfrentar uma série de situações envolvendo relações individuais e sociais onde a sexualidade e a reprodução humanas estão envolvidas de modo significativo. Essa aptidão depende da compreensão jurídica, principalmente daquela disseminada entre os operadores jurídicos, relativa às conseqüências jurídicas de muitos direitos humanos clássicos, bem como do nível de informação acerca da vigência e da eficácia jurídicas dos instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados aos direitos nacionais. Um bom exemplo da necessidade dessa compreensão pode ser fornecido pelos princípios vigentes no direito internacional dos direitos humanos, também aplicáveis diante das realidades da sexualidade e da reprodução: o direito à igualdade se desdobrou na proteção das diferenças dos diversos sujeitos de direito, vistos em suas peculiares circunstâncias e particularidades que demandam respostas e proteções específicas e diferenciadas, consagrando o princípio da diversidade”.

⁴¹⁰ *Idem.* p. 54.

3.1.3 Princípio da Não Discriminação

Esse princípio é a base do assim chamado direito da antidiscriminação. A doutrina entende como discriminação “a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, originadas do preconceito, capazes de produzir violação de direitos contra indivíduos e grupos estigmatizados” (RIOS, 2016, 447)⁴¹¹.

O Estado Democrático de Direito, lastreado na dignidade da pessoa humana, é incompatível com o estabelecimento de critérios distintivos embasados em fatores suspeitos, assim considerados os dados historicamente utilizados para justificar discriminações e violações aos direitos humanos (NOVAIS, 2016, 177-178)⁴¹².

Uma conduta comissiva ou omissiva é tida como discriminatória sempre que baseada em diferenciações que atentem à igual dignidade e ao reconhecimento devidos a todas as pessoas, enquanto tais. As discriminações mais comumente verificadas têm sido aquelas que se reportam ao sexo; orientação sexual; faixa etária; origem territorial, racial ou étnica; religião; língua; convicções políticas; opiniões ideológicas; posição socioeconômica; grau de escolaridade; aparência exterior; moléstias; desafios físicos e mentais; estilo de vida; e pertencimento a outras minorias estigmatizadas. Nesse prisma, um fator de *discrímén* caracteriza violação da dignidade igual se fundado, exclusivamente, em atributos não sujeitos a qualquer possibilidade de controle pela própria pessoa ou em suas opções sobre planos de vida e orientações acobertadas pelas liberdades fundamentais (NOVAIS, 2011, 110)⁴¹³. A

⁴¹¹ *Idem*. p. 447: “Nesta perspectiva, o conceito de discriminação aponta para a reprovação das violações ao princípio isonômico, atentando para os prejuízos experimentados pelos destinatários de tratamentos desiguais. A discriminação aqui é visualizada através de uma perspectiva mais substantiva que formal: importa enfrentar a instituição de tratamentos desiguais prejudiciais e injustos. Como Fredman (2004:95) demonstra, uma abordagem meramente formal poderia levar à rejeição de um pleito de proteção jurídica (fundado na proibição de discriminação sexual) diante de um empregador que praticasse assédio sexual contra homens e mulheres simultaneamente. Neste contexto, valho-me do conceito de discriminação desenvolvido no direito internacional dos direitos humanos, cujos termos podem ser encontrados na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Segundo estes dizeres, discriminação é ‘qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública’”.

⁴¹² NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Volume I: Dignidade e Direitos Fundamentais. pp. 177-178: “Ora, em Estado de Direito, factores suspeitos são todos aqueles em que historicamente têm assentado as mais sistematicamente repetidas e injustificadas violações aos direitos fundamentais, actuadas com desconsideração e discriminação dos sectores minoritários, marginais, mais débeis ou mais hostilizados pelos interesses e preconceitos das maiorias. Nas nossas sociedades, factores suspeitos são, designadamente, os que se fundam essencialmente no preconceito de que alguém é melhor ou pior (superior/inferior, positivo/negativo, digno de maior ou menor consideração) por pertencer a uma certa raça ou etnia, ter ou não religião ou uma certa religião, ser de um ou outro sexo ou gênero, ter uma certa orientação sexual, uma diferente convicção política, língua ou origem territorial”.

⁴¹³ *Idem*. p. 110.

discriminação configura-se quando o tratamento inigualitário tem, por finalidade ou como efeito, diminuir ou esvaziar a humanidade intrínseca, através da humilhação ou da desqualificação, dentre outros, justificando-se “em função do ser, da natureza da pessoa ou da presença de características independentes da vontade e da responsabilidade do próprio”, ou, em outras palavras, quando “a pessoa é publicamente tratada como ser inferior ou como ser errado em si mesmo, por aquilo que é, sem remissão” (NOVAIS, 2017, 134)⁴¹⁴.

Os fatores eleitos como discriminatórios, mesmo se positivados, não tendem a ser taxativos, mas enunciativos, abrangendo todo e qualquer ato passível de caracterizar uma distinção injusta e ilegítima à luz da ordem jurídica. Impende acrescentar que uma norma antidiscriminatória não representa, em todas as situações concretas, a imposição de isonomia absoluta, nem impede tratamentos diferenciados quando justificados legitimamente (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 340)⁴¹⁵. Vale dizer que não há presunção absoluta de arbitrariedade quando um ato faz uma distinção considerando elementos previstos normativamente com discriminatórios. Linha doutrinária entende que, na hipótese, há, no máximo, presunção relativa, devendo ser aferida a diferenciação, pelo operador jurídico, em consonância com os critérios da finalidade, razoabilidade e adequação inerentes ao princípio da igualdade (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 230-231)⁴¹⁶. Ainda, a doutrina traça interessante contraste entre diferenciação e discriminação (MIRANDA, 2010, 436-437)⁴¹⁷.

Numa sociedade pluralista e multicultural, devem ser contemplados programas políticos que defendam diversificadas concepções, estilos de vida e mundividências, os quais compõem a identidade das pessoas, razão pela qual são discutíveis e não podem ser submetidos a valorações jurídicas, em atenção ao princípio da igualdade. Enquanto a neutralidade é exigível do Estado, não é oponível ao particular, que pode tanto aderir e defender seu modo de ser e de viver, bem como sua visão de mundo, quanto criticar os de outrem. A livre competição entre convicções, mundividências e formas de vida, obsta, no Estado Democrático, que este

⁴¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Volume II: Dignidade e Inconstitucionalidade. p.134.

⁴¹⁵ *Idem*. p. 340.

⁴¹⁶ *Idem*. pp. 230-231.

⁴¹⁷ MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2009. **O Direito**. pp. 436-437: “Igualdade, igualdade perante a lei, igualdade perante a Constituição significa, bem pelo contrário, tratamento igual de realidades iguais e desigual, em termos de proporcionalidade, de realidades desiguais – substancial e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo poder político. Por isso, diferenciar não equivale a discriminar. Não diferenciar entre o que se apresenta desigual equivale ou pode equivaler a discriminar. Mais: quando as situações de facto em que se encontram as pessoas são desiguais, por causas económico-sociais, diferenciar torna-se um imperativo da própria igualdade – da igualdade real entre os Portugueses de que cuida a Constituição (artigo 9º, alínea d), 1ª parte). E diferenciar traduz-se então em discriminações positivas, entre as quais, por exemplo, as relativas às crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal, às pessoas portadoras de deficiências, aos idosos [artigos 69º, nº 2, 71º, nº 2 e 74º, nº 2, alínea j), 72º]”.

privilegie uma delas, com subjugação dos grupos minoritários à posição dominante, ou que imponha ao particular o tratamento igual entre elas, com a completa dissolução da concepção majoritária e/ou das demais. Isso representaria uniformização, mediante apagamento das diferenças, obstando a promoção da igualdade material. A afirmação identitária, numa conjuntura caracterizada pelo dissenso e pela multiculturalidade, ainda que num espaço mínimo da ordem jurídica, demonstra a força de uma sociedade (PINTO, 2018, 162-164).⁴¹⁸

O reconhecimento dos direitos reprodutivos, em favor de uns e em detrimento de outros, tem sido considerado violação ao princípio da não discriminação. No específico caso do acesso às tecnologias de PMA, disponibilizado para alguns segmentos da comunidade, a proibição a determinadas pessoas, em função do estado civil, do sexo ou da orientação sexual, constitui discriminação prejudicial e ilegítima. Na perspectiva do pluralismo, a doutrina defende a fundamentalidade dos direitos reprodutivos, consectários da cidadania plena, visando a sua distribuição igualitária. Nessa senda, autorizar o uso das ferramentas de procriação medicamente assistida apenas às pessoas ou casais clinicamente inférteis representa uma opção excludente, que promove a desequiparação entre aqueles e as pessoas solteiras e casais do mesmo sexo, os quais são considerados como socialmente inférteis. A teoria do pluralismo procriativo rejeita a ideia de que tal vedação se justificaria pelo superior interesse da futura criança, por entender como descabida a preocupação estatal na defesa do interesse e bem-estar de uma criança que jamais será concebida, aliás, proibida de sê-lo. Diante da valorização estatal e social da procriação e da parentalidade, a restrição do acesso às tecnologias procriativas para a constituição de uma família por escolha representa a privação de um interesse essencial à definição e à projeção do ser humano. Logo, a doutrina defende a remoção de barreiras à escolha amplamente livre do modo de exercício dos direitos reprodutivos. De tal sorte, a justiça reprodutiva deve ser pautada na escolha, sem descurar das preocupações comunitárias, interseccionais e igualitárias, promovendo a equidade material, mediante a distribuição igual dos direitos (MUTCHERSON, 2015, 52-54)⁴¹⁹.

3.1.4 Princípio do Livre Desenvolvimento da Personalidade

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade consiste em liberdade fundamental protegida pelo direito ao não embargo (ALEXY, 2006, 234)⁴²⁰. Por meio dele,

⁴¹⁸ PINTO, Paulo Mota. **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais**. pp. 1623-1624.

⁴¹⁹ *Idem*. pp. 52-54.

⁴²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 234: “Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é

deve ser assegurada a todas as pessoas a liberdade de firmar sua identidade, eleger seus propósitos de vida e obter os instrumentos necessários à evolução do seu potencial.

Para Hans Carl Nipperdey, referido princípio não é um direito fundamental clássico, sendo construção contemporânea, que visa proteger questões intrínsecas à natureza da personalidade, libertando-a de todas as restrições desnecessárias. Segundo o autor, de tal princípio decorre a ideia de que somente numa sociedade de pessoas igualmente livres para afirmar suas condições de vida e aceções de felicidade pode ser obtido considerável progresso civilizacional (NIPPERDEY, 2011, 72)⁴²¹.

Por sua vez, Wagner Balera entende que o livre desenvolvimento, além de princípio e direito, caracteriza-se como valor, do qual se irradia a pessoa humana como sujeito central das políticas e estruturas estatais. Diz que “o desenvolvimento nasce como projeção da pessoa, seu sujeito central, encontra sustentáculo jurídico na pessoa e se movimenta em direção a ela, desde o planejamento das ações até o final acabamento” (BALERA, 2018, 57-58)⁴²².

O livre desenvolvimento da personalidade desdobra-se na autodeterminação⁴²³, autoconservação⁴²⁴ e autoexposição⁴²⁵. Abrange a “tutela geral da personalidade”, a “liberdade geral de ação” e a “liberdade de comportamento” (MARTINS, 2010, 464-466)⁴²⁶.

O princípio-direito-valor do livre desenvolvimento da personalidade incide sobre os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, cujas decisões têm implicações psicológicas e fisiológicas, que compõem a estrutura da autonomia individual e da liberdade pessoal, impactando também a esfera pública, por envolver matéria sanitária e socioeconômica

protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre. Se se combinam liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, então, esse tipo de liberdade protegida é composto pela associação entre uma liberdade não protegida e um direito ao não embaraço de ações. O direito ao não embaraço é um direito a uma ação negativa. Aos direitos a ações negativas correspondem proibições dessas ações. Proteções por meio de proibições podem ser chamadas de ‘proteções negativas’. Quando se fala em direitos fundamentais como ‘direitos de defesa’, quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais”.

⁴²¹ NIPPERDEY, Hans Carl. Livre Desenvolvimento da Personalidade. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos.** p. 72.

⁴²² BALERA, Wagner. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento Anotada.** pp. 57-58.

⁴²³ A autodeterminação implica na livre afirmação identitária, a exemplo das questões concernentes à contração de matrimônio, procriação, divórcio e expressão da sexualidade.

⁴²⁴ A autoconservação significa a possibilidade de a pessoa alienar ou não suas informações pessoais (privadas, íntimas e imagem), envolvendo o direito à manutenção de segredo, o direito de estar só consigo mesmo e o direito de selecionar aqueles com quem compartilhar seus dados pessoais.

⁴²⁵ A autoexposição consiste no direito de cada pessoa se expor publicamente, pelo modo que melhor lhe aprouver, abrangendo o direito à imagem, à voz, aos próprios dados e à honra pessoal na vertente extrínseca, que exige a concordância do titular para sua veiculação nos meios de comunicação social.

⁴²⁶ MARTINS, Leonardo. Igualdade e Liberdade na Justiça Constitucional. **Estado Constitucional e Organização do Poder.** pp. 464-466.

(OLIVEIRA, 2013, 7)⁴²⁷. Nas vertentes da tutela da personalidade e da liberdade de ação, fundamenta as faculdades da pessoa atuar como doador ou doadora de gametas e/ou gestante de substituição, bem como fornece as bases para o exercício do direito à constituição de família, seja pela via da reprodução coital, seja por método não coital, adoção ou socioafetividade.

3.1.5 Princípio do Superior Interesse da Criança

O princípio do superior interesse da criança é informativo e vinculante de qualquer atuação e intervenção estatal, que deve tutelar, especial e prioritariamente, os direitos e os interesses das crianças e dos adolescentes, concernentes à sua educação, cultura, oportunidade, desenvolvimento físico, psíquico, moral e social (MARTINS, 2005, 724)⁴²⁸.

As transformações pelas quais têm passado as estruturas familiares, em especial as decorrentes do desenvolvimento de novas técnicas de PMA, geram reflexos sobre a definição do superior interesse da criança, que deve ser contextualizada e aplicada casuisticamente (PADILHA, 2017, 86-87)⁴²⁹, desprendendo-se de julgamentos morais preconceituosos e de estigmatizações, com vistas a permitir o bem-estar e o desenvolvimento da criança, independentemente da formação familiar na qual esteja inserida (PADILHA, 2017, 90).⁴³⁰ Nessa linha, eventuais conflitos entre o superior interesse da criança e os interesses de beneficiários e/ou de intervenientes das técnicas de PMA, devem ser apreciados à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da parentalidade responsável, sendo irrelevante o tipo familiar em que se estabeleceu tal relação (ROSA e CARDIN, 2017, 208-209)⁴³¹. Isso se explica porque o estado de vulnerabilidade, embora presente em maior grau quanto às crianças, em razão do seu estado de pessoa em desenvolvimento, não é exclusivo destas, podendo afetar também o ser humano adulto, em diferentes gradações, potencializadas por suscetibilidades das mais diversas ordens, assim como estão sujeitos todos os demais seres vivos, pelo só fato de estarem vivos (ROSA E CARDIN, 2017, 213)⁴³².

⁴²⁷ OLIVEIRA, Guilherme de. Restrições de Acesso à Parentalidade. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. p. 7.

⁴²⁸ MARTINS, João Zenha. O Novo Regime Jurídico da Adopção na Encruzilhada Reformista do Direito de Família. *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. p. 724.

⁴²⁹ *Idem*. pp. 86-87: “Logo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem as suas raízes nas alterações que ocorreram na estrutura familiar nos últimos tempos. O teor deste princípio, no entanto, é relativo, pois pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esse motivo que a definição sobre o que é melhor para o menor só pode ser feita no caso concreto, não existindo um entendimento preconcebido. Por exemplo, ficar sob a guarda materna, paterna ou ser adotado? Ficar sob os cuidados da mãe biológica ou socioafetiva? Eis alguns dos questionamentos acerca do que seja melhor para a criança ou adolescente”.

⁴³⁰ *Idem*. p. 90.

⁴³¹ *Idem*. pp. 208-209.

⁴³² *Idem*. p. 213.

Similarmente, há corrente segundo a qual, na ponderação de conflitos entre o princípio do superior interesse da criança e os direitos e interesses dos beneficiários e intervenientes das técnicas de PMA, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para avaliar a relação custo-benefício para cada direito ou interesse envolvido (RAPOSO, 2007, 44-45)⁴³³.

Do lado oposto, há doutrina que defende, inclusive em se tratando de acesso às tecnologias de reprodução assistida, o modelo biparental de família como o único que atende juridicamente ao superior interesse da criança (PINHEIRO, 2005, 772)⁴³⁴. Também outros estudiosos entendem que o superior interesse da criança sempre deve prevalecer, não estando sujeito a escrutínio, e que, no tocante à regulamentação da gestação de substituição em Portugal, teria sido desconsiderado esse princípio ao ser admitido o desdobramento entre a maternidade natural e a maternidade sócio-jurídico-política, o que consideram um evidente retrocesso civilizacional (RAMOS, 2012, 158-159)⁴³⁵.

Uma crítica a esse princípio reside na sua “baixa densidade normativa”, que confere subjetivismo ao aplicador jurídico. Para reduzir a discricionariedade, a doutrina propõe a positivação de rol exemplificativo de fatores a serem verificados no atendimento ao superior interesse da criança – os chamados *welfare checklists*, que devem levar em conta, de um lado, as necessidades, sentimentos e aspirações da criança, e, de outro, sua faixa etária, condições gerais de vida e a conjuntura do momento (CANOTILHO *et al*, 2018, 2230)⁴³⁶.

⁴³³ RAPOSO, Vera Lúcia. Em Nome do Pai (... Da Mãe, dos Dois Pais, e das Duas Mães) – Análise do art. 6º da Lei nº 32/2006. **Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. pp. 44-45: “A reprodução, mesmo quando fora dos cânones tradicionais supostamente desejáveis, representa um fator decisivo do desenvolvimento e realização da personalidade humana (art. 26º/1 CRP), e um elemento importante da sua vida privada (arts. 26º/1 CRPF), sendo que as decisões sobre questões tão íntimas e decisivas deveriam ser tomadas unicamente pelos próprios, sem ingerência estadual. Sobretudo porque é o próprio Estado que nas suas leis reconhece o direito do cidadão a formar família (art. 36º/1 CRP), família na qual cada membro tem o direito de se auto-realizar (art. 67º/1 CRP). Finalmente, recordemos ainda que da enunciação dos direitos garantidos pelo Estado consta igualmente o direito à saúde (art. 6º CRP), direito que segundo muitas interpretações, incluindo ao que parece a da própria Organização Mundial da Saúde, engloba a saúde reprodutiva. Todavia, no pólo oposto do conflito, temos um outro estatuto digno de tutela: o do filho nascido no seio de uma formação familiar ainda hoje considerada duvidosa. [...] Perante um tão intrincado conflito de direitos poderá entender-se que deverão ceder os direitos dos hipotéticos progenitores, considerados meros caprichos face ao bem-estar de uma criança, opção esta que pode ser inteiramente legítima, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade no que respeita aos custos do conflito para cada direito individualmente considerado”.

⁴³⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. Procriação Medicamente Assistida. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. pp. 772: “A monoparentalidade não se enquadra na ‘normalidade’ do ambiente familiar que constitui um ideal constitucional para a infância (cfr. artigo 69º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa). Mal ou bem, a biparentalidade exprime uma característica do que socialmente se entende que deve ser a família composta por filhos menores. Mal ou bem, é a biparentalidade que inspira o regime do estabelecimento da filiação e que é incentivada pelas regras da constituição do vínculo da adopção plena e do exercício do poder paternal. É exacto que há famílias monoparentais e que a lei até permite a sua formação por sentença de adopção. No entanto, isto não legitima o acesso de uma pessoa só à procriação assistida. Como já se demonstrou, o modelo familiar tido como juridicamente desejável para o filho menor é aquele em que este tem dois progenitores”.

⁴³⁵ *Idem*. pp. 158-159.

⁴³⁶ *Idem*. p. 2230.

Releva consignar que o Acórdão n. 225/2018, do Tribunal Constitucional de Portugal, ao julgar incidente de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 32/2006, frisou que não há dados científicos de que a gestação de substituição implique, necessariamente, em violação ao superior interesse da criança, pela separação entre neonato e gestante após o parto⁴³⁷. Em declaração de voto, o Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, acompanhando os fundamentos da decisão, rejeitou a tese de que a dignidade e o superior interesse da criança são contrários às técnicas de procriação medicamente assistida, aventando “contradição performativa” na alegação de que a existência de um ser, viabilizada pelo único modo possível, poderia vulnerar a sua dignidade e o seu superior interesse.⁴³⁸

⁴³⁷ Processo de autos n. 95/2017, Acórdão n. 225/2018, de 24 de Abril de 2018. Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>: “[...] É inerente às diferentes modalidades de procriação com assistência médica uma formalização jurídico-contratual (por exemplo, dos beneficiários com o centro onde decorrerá o processo terapêutico ou dos dadores de gametas com o centro). Na gestação de substituição, acresce a esses contratos o acordo entre os beneficiários e a gestante, que regula também a fase da gestação. O objeto imediato destes contratos nunca é a criança em si mesma considerada. Diferentemente, e deixando de lado as relações com os dadores, os mesmos visam a conceção e a gestação, enquanto funções necessárias para que uma criança, relativamente à qual existe um projeto parental pré-definido, possa nascer. Uma vez nascida, essa criança integra-se numa família, tal como as demais crianças que nascem na sequência da reprodução por via de ato sexual. A prévia celebração dos contratos que regulam as técnicas de PMA ou a gestação de substituição, que foram indispensáveis para que tal criança nascesse, em nada afetam a sua dignidade. Pelo exposto, é justificado um paralelismo com o que ocorre em relação à PMA: tal como nesta, o recurso à gestação de substituição para concretizar um projeto parental, *só por si*, também não viola a dignidade da criança nascida na sequência de tal forma de reprodução. Esta conclusão não é afastada pela quebra da ligação uterina pressuposta na execução do contrato de gestação de substituição. Poderá, nesse caso, estar em causa o superior interesse da criança, mas já não direta e autonomamente a sua dignidade. Depois do seu nascimento, os interesses da criança podem ser afetados de muitas formas, positiva ou negativamente. Só se poderia falar de uma afetação da criança na sua dignidade, caso a gestação de substituição implicasse, por si só, uma *necessária* afetação negativa do novo ser em termos de comprometer o seu desenvolvimento integral num ambiente familiar normal (artigo 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). A Constituição protege a vida intrauterina (v. a jurisprudência em matéria de interrupção voluntária da gravidez – Acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 288/98, 617/2006 e 75/2010) e, bem assim, a vida de embriões, «no ponto em que o embrião, ainda que não implantado, é suscetível de potenciar a vida humana» (Acórdão n.º 101/2009), pelo que não é constitucionalmente admissível uma intervenção nessas fases que intencional e necessariamente resulte num ser humano diminuído e sem plena capacidade de autodeterminação. Então, sim, ocorreria uma instrumentalização *ab initio* do novo ser às finalidades de tal prática que não poderia deixar de se qualificar como degradante. Porém, não existe a evidência de uma necessária lesão da criança causada pela sua separação da mulher que a deu à luz”.

⁴³⁸ Declaração de voto no processo de autos n. 95/2017, Acórdão n. 225/2018, de 24 de Abril de 2018. Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>: “Quanto à posição da criança, acompanho todos os argumentos da decisão. A criança não é mais «coisificada» ou «instrumentalizada» na gestação de substituição do que o é na procriação através de relações sexuais, sempre que esta seja deliberada; e se há uma inevitável instrumentalização da procriação em função do desejo dos pais de terem uma criança, com ela se não confunde a instrumentalização da *própria* pessoa que virá a ser gerada, cuja dignidade e direitos são assegurados nos mesmos termos em que o são os de qualquer pessoa humana. Na verdade, a invocação da dignidade e do interesse da criança contra a gestação de substituição é, como a decisão também assinala, perfeitamente absurda. Num regime como o nosso, de acesso restrito a situações de incapacidade natural ou falta de condições de saúde para suportar uma gravidez até ao fim, a pessoa nascida através de gestação de substituição não poderia em caso algum existir se tal modo de procriação fosse proibido. Com efeito, se a pessoa viesse a afirmar um dia que a sua dignidade foi ofendida ou que o seu interesse como criança foi lesado pelo facto de ter sido gerada da *única forma* em que a sua existência era possível, incorreria de imediato numa *contradição performativa*”.

3.1.6 Princípio da Parentalidade Responsável

Do princípio da parentalidade responsável infere-se o conjunto de interesses, liberdades, direitos e deveres inerentes à maternidade e à paternidade, relacionados aos propósitos de criação, assistência e proteção da prole. Esse princípio é corolário da dignidade da pessoa humana e da liberdade de planejamento familiar, que tutela a diversidade nas estruturas familiares (DA SILVA, 2007, 854)⁴³⁹. Segundo o Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, “como não há responsabilidade sem liberdade, garante-se a liberdade de decisão de planejar a dimensão da família e dessa liberdade faz-se decorrer a responsabilidade parental de assisti-la material e moralmente” (CANOTILHO *et al*, 2018, 2222)⁴⁴⁰.

A responsabilidade parental tem como fato gerador o exercício do direito à procriação ou do direito à constituição família, os quais moldam ou constroem a personalidade das pessoas envolvidas (pais, mães e filhos). Está intrinsecamente conectada ao superior interesse da criança, enquanto pessoa em desenvolvimento, e se demonstra através da presença e da interveniência dos pais, indo além da manutenção e da criação da prole. O descumprimento do dever de parentalidade consciente e responsável dá azo ao Estado procurar pessoa mais adequada para acolher e criar a criança exposta a risco social (PEREIRA, 2013, 334-335).⁴⁴¹

Para a promoção e o incentivo à parentalidade responsável, faz-se mister que, através de políticas públicas e sociais, a paternidade e a maternidade sejam repensadas e adaptadas ao mundo contemporâneo, bem como introjetadas e assumidas por cada genitor com enfoque no melhor desempenho possível de suas funções relacionadas à estrutura familiar, resultando na criação de filhos em ambiente sadio e equilibrado (DINIZ, 2017, 184-185)⁴⁴².

O princípio da parentalidade responsável tem primordial aplicação nas contendas relacionadas à procriação medicamente assistida heteróloga, à gestação de substituição e às relações filiais socioafetivas, conjugado ao princípio do superior interesse da criança, para avaliação das especificidades do caso concreto com vistas à atribuição da parentalidade.

⁴³⁹ DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. p. 854: “A paternidade responsável – ou seja, a paternidade consciente, não animaléscia – é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal – de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas”.

⁴⁴⁰ *Idem*. p. 2222.

⁴⁴¹ *Idem*. pp. 334-335.

⁴⁴² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. pp. 184-185.

3.2 A Proteção dos Direitos Sexuais, Reprodutivos e Familiares no Plano do Direito Internacional

No mundo contemporâneo, os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, vêm, paulatinamente, ganhando espaço e sendo reconhecidos como direitos humanos no plano do direito internacional.

O conceito ocidental de direitos humanos é o mais largamente difundido, consistindo num conjunto dos seguintes pressupostos: (1) natureza humana universal e racionalmente compreendida; (2) superioridade da natureza humana frente a outras realidades; (3) dignidade absoluta e irredutível do indivíduo frente à sociedade e ao Estado; e (4) autonomia e liberdade individual, impeditiva da organização social hierárquica (SANTOS, 1997, 19) ⁴⁴³.

Os direitos humanos são tidos como fundamentais e sua concretização dá-se mediante a institucionalização de um complexo de direitos, liberdades e garantias que visam assegurar, dentre outros, o respeito à dignidade, o estabelecimento de um patamar mínimo de condições de vida, o livre desenvolvimento da personalidade e a proteção de toda pessoa em face do arbítrio estatal (MORAES, 2011, 20).⁴⁴⁴ Em outras palavras, direitos humanos fundamentais consistem em “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (CASTRO *et al*, 1979, 43).⁴⁴⁵ Embora o reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, como direitos humanos, esteja se sedimentando no ordenamento jurídico internacional, por envolver temas sensíveis, as conjunturas locais de muitos países ainda representam entraves à sua internalização e concretização.

Esse conflito, teoricamente, é analisado sob as perspectivas da universalização dos direitos humanos, do relativismo cultural e do multiculturalismo. Para os defensores do universalismo, os direitos humanos, enquanto corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, consistem em valor intrínseco à condição de pessoa, o que impõe a observância geral de um “mínimo ético irredutível”, ainda que o alcance e a compreensão dos direitos neste abrangidos dependam de escrutínio. De outro lado, os relativistas sustentam que o

⁴⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** p. 19. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF.

⁴⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência.** p. 20.

⁴⁴⁵ CASTRO, J. L. Cascajo; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómes. **Los Derechos Humanos: Significación, Estatuto Jurídico y Sistema.** p. 43

reconhecimento dos direitos está atrelado à conjuntura política, econômica, histórica, cultural, social e moral de cada sociedade, que produz os seus próprios valores, razão pela qual entendem haver incompatibilidade entre a diversidade cultural e uma moral universal. Os universalistas criticam os relativistas, alegando que graves violações de direitos humanos são perpetradas em nome da preservação cultural. Acrescentam que as culturas não são estanques, nem coerentes, mas complexas, heterogêneas e fluidas, resultantes da construção humana, motivo pelo qual não estão infensas ao processo evolutivo. Por sua vez, os relativistas criticam o universalismo, por entendê-lo como a expressão da “visão hegemônica da cultura eurocêntrica ocidental”, caracterizando a prática de um “canibalismo cultural” (PIOVESAN, 2011, 44-46).⁴⁴⁶ Outra vertente teórica defende o multiculturalismo dos direitos humanos, os quais devem estar a serviço de uma política cosmopolita progressista e emancipatória, de âmbito global e com legitimidade local, buscando-se o equilíbrio e a comunicação entre estes. Critica o universalismo, diante da ausência de “diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas”, bem como o relativismo, pela falta de critérios políticos para as distinções. Em síntese, o multiculturalismo tem como principais premissas: (1) todas as culturas têm a sua concepção de dignidade humana, mas nem todas elas a constroem sob a categoria de direitos humanos; (2) a incompletude da noção de dignidade humana se verifica em todas as culturas; e (3) cada cultura tem versões distintas sobre dignidade humana (SANTOS, 1997)⁴⁴⁷.

Entendemos que os direitos humanos inerentes à liberdade sexual, à procriação e à constituição de família devem ser abordados de modo a temperar os postulados do universalismo e do multiculturalismo, com o escopo de garantir um mínimo ético essencial a toda pessoa, sem representar sobreposição ou homogeneização de mundividências ou culturas.

As declarações de direitos humanos consistem em “afirmações éticas” da relevância de faculdades essenciais e inerentes à dignidade da pessoa, liberdade, isonomia e fraternidade, que são subjacentes àqueles direitos, gerando o compromisso dos signatários com a sua realização. Para que uma faculdade ou liberdade seja reconhecida como direito humano devem ser implementadas as chamadas “condições de limiar”, demonstradas pela sua importância, plausibilidade e razoabilidade no espectro social (SEN, 2011, 401-402)⁴⁴⁸.

Os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, no plano genérico, vêm sendo incorporados aos diplomas internacionais, todavia, ainda é incipiente uma abordagem direta e

⁴⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano.** pp. 44-46.

⁴⁴⁷ *Idem.* pp. 11-32.

⁴⁴⁸ SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça.** pp. 401-402.

expressa das questões relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, onde predominam o silenciamento e o apagamento discursivo. O tímido reconhecimento da liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero tem advindo de reinterpretações de instrumentos internacionais de direitos humanos de caráter geral, embora sua categorização teórica como direitos humanos não implique, necessariamente, em observância pela comunidade internacional, pela natureza de *soft law* daqueles atos (HAAB, 2018, 59-58)⁴⁴⁹.

No plano do direito internacional, a Declaração Universal de 1948, da ONU, elaborada após as experiências de duas grandes guerras, com a finalidade de contenção da barbárie e do totalitarismo na ordem mundial, moldou a acepção atual de direitos humanos, que se universalizou como referencial da ética e do valor da pessoa humana enquanto fonte do direito, estabelecendo um “mínimo ético irreduzível” sobre questões essenciais submetidas ao consenso dos Estados e protegidas através de um sistema internacional. (PIOVESAN, 2011, 45-47)⁴⁵⁰.

No seu art. 1º, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra princípios como a dignidade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre todos os seres humanos,⁴⁵¹ que declara dotados de razão e consciência, e, no seu art. 2º, n. 1, reconhece a capacidade de gozo de direitos e liberdades, bem como estabelece o direito à não discriminação⁴⁵². O art. 7º reafirma os postulados da igualdade, da equidade e da vedação à discriminação.⁴⁵³ O art. 12 proíbe a interferência na vida privada e na família, dentre outras, cabendo à lei protegê-las contra qualquer ataque⁴⁵⁴. Os direitos de contrair matrimônio e de constituir família, pelas pessoas maiores de idade, estão assegurados no art. 16º da Declaração Universal dos Direitos

⁴⁴⁹ HAAB, Tuiskon Bejarano. **Filiação e Reprodução Humana Artificial: À Luz da Constituição e das Leis Civis**. pp. 59-60: “De fato, declarações, programas e plataformas de ação, de conferências internacionais, quaisquer que sejam (como os citados até agora), constituem-se no que se denomina de *soft law*, o que, ao contrário de tratados e convenções de direitos humanos, não lhes dão um caráter cogente nem vinculante. São, portanto, meros compromissos morais entre os países que os assinam, não importando em recepção automáticas dentro do direito interno desses países. A observância desses compromissos resultará de pressões externas que forcem o país signatário a executar o que foi pactuado e, eventualmente, de constrangimento político no caso de seu descumprimento”.

⁴⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos – Perspectivas Global e Regional. **Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas**. pp. 45-47.

⁴⁵¹ “Artigo 1 - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Disponível em https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm.

⁴⁵² “Artigo 2 – 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...]”

⁴⁵³ “Artigo 7 - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

⁴⁵⁴ “Artigo 12 - Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Humanos⁴⁵⁵. Tal dispositivo imprime garantia de proteção estatal e social à instituição familiar, considerada “núcleo natural e fundamental da sociedade”. Para alguns intérpretes, encerra o modelo de conjugalidade heteronormativa, considerado o pensamento vigente à época, mas, de sua leitura, a partir de uma interpretação progressiva, não se depreende tal limitação, pois a norma não estipula o direito ao casamento apenas aos homens e mulheres entre si. Diante da literalidade do artigo, pode-se afirmar que, tanto homens, quanto mulheres, têm direito a contrair matrimônio, não sendo exigida a diferença sexual entre os membros do par. Os preceitos acima percorridos constituem a base dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, cuja regulação não pode comportar discriminações odiosas, perpetradas pelo Estado, pela sociedade ou pelo particular, que esvaziem o valor intrínseco a cada ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos artigos retrocitados, pautada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da autonomia e da não discriminação, inscreve a parentalidade como um direito personalíssimo, inalienável e passível de garantia estatal, não se confundindo com um “direito de propriedade sobre o infante” ou “aquisição de uma vida humana”, e, sendo concretizado tal direito, nasce o direito-dever de exercer a parentalidade responsável e consciente (CHAVES, 2017, 194-195)⁴⁵⁶.

A Declaração dos Direitos da Criança⁴⁵⁷ consagra-a como sujeito de direitos e destinatária de prioridade das ações do estado, da sociedade e da família. No princípio n. 1, prevê a não discriminação, por “qualquer consideração de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra da criança, ou da sua família, da sua origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação”. Assim, a criança não pode ser discriminada por caracteres próprios ou relacionados à sua família, inclusive a orientação sexual dos seus pais. O princípio n. 7 diz que “o interesse superior da criança deve ser o princípio diretivo de quem tem a responsabilidade da sua educação e orientação, responsabilidade essa que cabe, em primeiro lugar, aos seus pais”.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC),⁴⁵⁸ reafirma o compromisso dos países membros com os princípios da dignidade da pessoa humana,

⁴⁵⁵ “Artigo 16 – Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

⁴⁵⁶ *Idem*. pp. 194-195.

⁴⁵⁷ Proclamada pela Resolução da Assembleia-Geral das Nações Unidas, n. 1.386/1959. Disponível em https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/Docs_referencia/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf.

⁴⁵⁸ Instrumento aprovado pela ONU em 16.12.1966, com início de vigência em Portugal na data de 31.10.1978, por força da Lei n. 45/1978. Aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226/1991, com entrada em vigor em 24.04.1992. Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf.

da não discriminação e da liberdade econômica, social e cultural. Nos termos do art. 10, 1, declara a proteção e assistência à família, enquanto “núcleo elementar natural e fundamental da sociedade”, sobretudo em sua constituição e durante o período de criação dos filhos, devendo o casamento ser livremente consentido pelos cônjuges. Esse instrumento multilateral não restringe o casamento e a constituição de família a pessoas de sexos opostos. O seu art. 12, 1, reconhece o direito de todos ao melhor estado de saúde física e mental possível. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU emitiu o Comentário n. 16, que, no item 1, reconhece o direito de homens e mulheres ao gozo dos direitos humanos, e, no item 29, traça os contornos do direito à saúde física e mental, baseado na igualdade e na remoção de restrições legais em termos de saúde, inclusive a reprodutiva⁴⁵⁹. Depois, o Comentário Geral n. 22⁴⁶⁰, relativo ao direito à saúde sexual e reprodutiva, interpretou o art. 12 do PIDESC. Consigna, no seu item 11, que o direito à saúde sexual e à reprodução consiste em parte integral do direito de todas as pessoas ao mais elevado nível de saúde física e mental, que se compõe pela disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade das instalações, bens, informações e serviços. Inclui, no item 21, como causa de comprometimento da qualidade no atendimento, a falha ou recusa à incorporação de avanços e inovações tecnológicas na provisão de serviços de saúde sexual e reprodutiva. No item B, insere, como tópico especial de ampla aplicação, a não discriminação e a igualdade, independentemente do sexo ou da orientação sexual da pessoa.

Conjuntamente ao PIDESC, foi aprovado o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que reiterou os princípios acima mencionados. No seu art. 23, traça os elementos da proteção à família⁴⁶¹. O Comentário n. 19, do Comitê de Direitos Humanos, explanou sobre

⁴⁵⁹ Comentário emitido em 13.05.2005: “29. *Article 12 of the Covenant requires States parties to undertake steps towards the full realization of the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. The implementation of Article 3 in relation to Article 12 requires, at a minimum, the removal of legal and other obstacles that prevent men and women from accessing and benefiting from healthcare on a basis of equality. This includes, inter alia, addressing the ways in which gender roles affect access to determinants of health, such as water and food; the removal of legal restrictions on reproductive health provisions; the prohibition of female genital mutilation; and the provision of adequate training for health care workers to deal with women’s health issues*”.

Tradução livre: “29. O artigo 12 do Pacto exige que os Estados partes adotem medidas para a plena realização do direito de todos de usufruir do mais alto padrão possível de saúde física e mental. A implementação do Artigo 3 em relação ao Artigo 12 exige, no mínimo, a remoção de obstáculos legais e outros que impedem homens e mulheres de acessar e se beneficiar dos cuidados de saúde com base na igualdade. Isso inclui, entre outras coisas, abordar as formas pelas quais os papéis de gênero afetam o acesso a determinantes de saúde, como água e alimentos; a remoção de restrições legais às provisões de saúde reprodutiva; a proibição da mutilação genital feminina; e o fornecimento de treinamento adequado para os profissionais de saúde para lidar com os problemas de saúde das mulheres”. Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/escgencom16.html>.

⁴⁶⁰ Comentário emitido em 02.05.2016. Disponível em <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TlM%2bP3HJPzxjHySkUoHMavD%2fpyfcp3YlZg>.

⁴⁶¹ “ARTIGO 23.º - 1 - A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da sociedade e do Estado. 2 - O direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a

as divergências e a impossibilidade de padronização do conceito de família, ao interpretar o art. 23 do Pacto em comento⁴⁶², inferindo que cabe aos Estados proteger as estruturas familiares por eles reconhecidas, sejam adeptos do conceito nuclear ou do conceito alargado de família.

No ápice da denominada “Guerra Fria”, realizou-se a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, de 22.04 a 13.05.1968, em Teerã, primeiro evento especialmente destinado à discussão sobre direitos humanos, no qual foi lançada a Proclamação de Teerã⁴⁶³. No seu art. 1º, conclamou a comunidade internacional a cumprir e encorajar a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinção de qualquer espécie, nomeadamente raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras. Diante da preocupação com a proteção da família e da criança, reconheceu, no art. 16, o direito humano básico de constituição e planejamento familiar, com liberdade e responsabilidade.

A Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade⁴⁶⁴, editada em 1975, em Assembleia-Geral da ONU, no seu art. 3º, conclama todos os Estados a adotar “medidas com o objetivo de garantir que os progressos da ciência e da tecnologia sirvam para satisfazer as necessidades materiais e espirituais de todos os setores da população”. O art. 6º dispõe que os benefícios do progresso da ciência e da tecnologia devem ser estendidos a todos, e, em face dos eventuais malefícios de seu uso indevido, adotem-se medidas protetivas, de cunho social ou material, para garantir o respeito à vida privada e à integridade física e psíquica da pessoa humana. E o art. 7º trata da não discriminação, ao prever a adoção das medidas cabíveis, inclusive no plano legislativo, para

partir da idade núbil. 3 - Nenhum casamento pode ser concluído sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 4 - Os Estados Partes no presente Pacto tomarão as medidas necessárias para assegurar a igualdade dos direitos e das responsabilidades dos esposos em relação ao casamento, durante a constância do matrimônio e aquando da sua dissolução. Em caso de dissolução, serão tomadas disposições a fim de assegurar aos filhos a protecção necessária”. Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf.

⁴⁶² Aprovado na 39ª sessão, de 1990. “O Comité observa que o conceito de família pode divergir em alguns aspectos de um Estado para outro, e até mesmo de região para região dentro de um mesmo Estado, de forma que não é possível apresentar uma definição padrão do conceito. No entanto, o Comité sublinha que, quando um grupo de pessoas é considerado uma família ao abrigo da legislação e prática de um Estado, este deve ser objecto da protecção referida no artigo 23.º. Por conseguinte, os Estados Partes devem expor a interpretação da definição que dão ao conceito de família e o seu alcance nas suas sociedades e nos seus ordenamentos jurídicos. Quando existirem diversos conceitos de família dentro de um Estado, ‘nuclear’ e ‘alargada’, deverá precisar-se a existência desses diversos conceitos de família, com indicação do grau de protecção de cada uma. Tendo em conta a existência de várias formas de família, tais como casais em união de facto e os seus filhos, ou pais ou mães solteiros e os seus filhos, os Estados Partes devem também indicar se, e em que medida, estes tipos de famílias e os seus membros são reconhecidos e protegidos pela legislação e pelas práticas nacionais”. p.34. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/576098>.

⁴⁶³ Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/proclamacao_de_teerao.pdf.

⁴⁶⁴ Declaração proclamada pela Assembleia-Geral da ONU em 10 de novembro de 1975 - Resolução n. 3384 (XXX). Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-uso-do-progresso-cientifico-e-tecnologico-no-interesse-da-paz-e-em-beneficio-da-humanidade.html>.

garantir “que a utilização dos avanços da ciência e da tecnologia contribua para a mais plena realização possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem discriminação alguma por motivos de raça, sexo, idioma ou crenças religiosas”.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986⁴⁶⁵, reconhece que o desenvolvimento consiste num processo socioeconômico, cultural e político que visa o bem-estar de todos. O seu art. 6º impõe aos Estados-Membros a cooperação para fins de promoção, fomento, reforço do respeito e da observância universal de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer distinção quanto à raça, ao sexo, à língua ou à religião.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20.11.1989, no seu art. 2º, 1, reitera a vedação à discriminação em face da criança, dos seus pais ou representantes, incluindo a decorrente de sexo, e, qualquer outra situação, analogamente, a proveniente de orientação sexual⁴⁶⁶. No art. 3º, 1, inscreve a primazia do superior interesse da criança, a ser observado por todas as instituições públicas ou privadas.⁴⁶⁷ O art. 7º discorre sobre os direitos assegurados à criança desde o seu nascimento, dentre eles, a nacionalidade e o conhecimento de seus ascendentes.⁴⁶⁸ E o art. 9º, 1, estabelece que a criança não pode ser separada dos seus pais contra a vontade destes, exceto diante do interesse superior do menor⁴⁶⁹.

Durante a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, em Viena/Áustria, adotou-se a Declaração e Programa de Ação de Viena⁴⁷⁰, que destacou os direitos humanos e as liberdades fundamentais como postulados universais e inquestionáveis. Nos seus artigos 18,

⁴⁶⁵ Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral da ONU, em 1986. Disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decltdotdesenvolvimento.pdf>.

⁴⁶⁶ “ARTIGO 2.º - 1 - Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação. 2 - Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica, de actividades, opiniões expressas ou convicções de seus pais, representantes legais ou outros membros da sua família”. Disponível em gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_sobre_direitos_da_crianca.pdf.

⁴⁶⁷ “ARTIGO 3.º - 1 - Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. [...]”

⁴⁶⁸ “ARTIGO 7.º - 1 - A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles. 2 - Os Estados Partes garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio, nomeadamente nos casos em que, de outro modo, a criança ficasse apátrida”.

⁴⁶⁹ “ARTIGO 9.º 1 - Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.[...]”

⁴⁷⁰ Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_e_programa_acao_viena.pdf.

21, 43, 48 e 49, enfoca a proteção aos direitos humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino. No art. 41, reconhece o direito da mulher aos cuidados de saúde adequados e acessíveis, bem como ao mais amplo possível serviço de planejamento familiar.

No período de 05 a 13.09.1994, realizou-se no Cairo/Egito, promovida pela ONU, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que elegeu os princípios a serem observados pelos estados-membros no que tange às interrelações populacionais, crescimento econômico sustentado e desenvolvimento sustentável, dentre eles, o princípio 8º, que preconiza o acesso universal, livre e igualitário aos mais alto padrão possível de saúde física e mental, incluindo a assistência à saúde reprodutiva.⁴⁷¹

Na 18ª Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, de 1996, foi firmada a Convenção n. 34, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de responsabilidade parental e de medidas de proteção das crianças⁴⁷². No art. 1º, item 2, define responsabilidade parental⁴⁷³, e, no art. 17, consigna que “o exercício da responsabilidade parental é regido pela lei do Estado da residência habitual da criança. Se a residência habitual da criança muda, ela é regida pela lei do Estado da nova residência habitual”.

Durante o XIII Congresso Mundial de Sexologia, realizado em Valência/Espanha, promovido pela Assembleia Geral da *World Association for Sexology* (WAS), instituição de abrangência mundial e multidisciplinar de sociedades científicas, organizações não governamentais e profissionais da área de saúde sexual, foi promulgada, em 29.06.1997, a Declaração de Direitos Sexuais. Em 1999, ocorreu o XV Congresso, em Hong Kong/China, onde foram aprovadas emendas à declaração. Os seus postulados foram reafirmados na Declaração “WAS: Saúde Sexual para o Milênio”, de 2008, e novamente revistos pelo Conselho Consultor em 2014. A Declaração dos Direitos Sexuais redefiniu sexualidade⁴⁷⁴ e saúde

⁴⁷¹ “Princípio 8: Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer”. Disponível em <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/relatoriocairo.pdf>.

⁴⁷² Disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>.

⁴⁷³ “(2) Para as finalidades desta Convenção, o termo ‘responsabilidade parental’ inclui a autoridade parental, ou qualquer autoridade com relacionamento analógico determinando os direitos, poderes e responsabilidades dos pais, dos guardiões ou de outros representantes legais com relação à pessoa ou ao patrimônio da criança”.

⁴⁷⁴ “[...] A sexualidade é um aspecto central do ser humano em toda a vida e abrange sexo, identidade e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A Sexualidade é experienciada e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. Embora a sexualidade possa incluir todas essas dimensões, nem todas elas são sempre expressadas ou sentidas. Sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais. Reconhece que a sexualidade é uma fonte de prazer

sexual,⁴⁷⁵ reconhecendo-as como direitos humanos inerentes à sexualidade. No seu art. 1º, inscreve o direito à igualdade e à não discriminação, afirmando que todos têm o direito de usufruir dos direitos sexuais, independentemente de sexo, estado civil ou familiar, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, estado de saúde, situação econômica, social ou qualquer outro fator de distinção. O art. 8º dispõe que todos têm o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e suas aplicações no que tange à sexualidade e vida sexual. O art. 11 preconiza o direito de constituir, formalizar e dissolver casamento⁴⁷⁶ e o art. 12 traduz o pluralismo procriativo, consubstanciado no direito de ter ou não ter filho, a ser assegurado mediante promoção do acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva⁴⁷⁷.

Em 11.11.1997, a Conferência Geral da ONU para a Educação, Ciência e Cultura (*UNESCO*), adotou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, endossada pela Assembleia Geral através da Resolução n. 53/152, de 09.12.1998. Nos termos do seu art. 4º, “o genoma humano no seu estado natural não deverá dar origem a benefícios pecuniários”. O art. 12 da referida declaração, ao tratar da investigação na área do genoma humano, consagra a dignidade da pessoa humana, a equidade dos benefícios e a liberdade de investigação, limitada pelo princípio ético da beneficência⁴⁷⁸.

A *UNESCO*, em 12.11.1997, editou a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras⁴⁷⁹, sob a justificativa da obrigação moral em estabelecer normas de conduta para que as gerações presentes salvaguardem os interesses e

e bem estar e contribui para a satisfação e realização como um todo”. Disponível em www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portuguese.pdf.

⁴⁷⁵ “[...] A saúde sexual é um estado de bem estar físico, emocional, mental e social relacionado à sexualidade; não é meramente a ausência de doença, disfunção ou enfermidade. Saúde sexual requer uma abordagem positiva e respeitosa para com a sexualidade e relacionamentos sexuais, bem como a possibilidade de ter experiências sexuais prazerosas e seguras, livres de coerção, discriminação ou violência”.

⁴⁷⁶ “11. O direito de constituir, formalizar e dissolver casamento ou outros relacionamentos similares baseados em igualdade, com consentimento livre e absoluto. Todos têm o direito de escolher casar-se ou não, bem como adentrar livre e consensualmente em casamento, parceria ou outros relacionamentos similares. Todas as pessoas são titulares de direitos iguais na formação, durante e na dissolução de tais relacionamentos sem discriminações de qualquer espécie. Este direito inclui igualdade absoluta de direitos frente a seguros sociais, previdenciários e outros benefícios, independente da forma do relacionamento”.

⁴⁷⁷ “12. O direito a decidir sobre ter filhos, o número de filhos e o espaço de tempo entre eles, além de ter informações e meios para tal. Todos têm o direito de decidir ter ou não ter filhos, a quantidade destes e o lapso de tempo entre cada criança. O exercício desse direito requer acesso a condições que influenciam e afetam a saúde e o bem-estar, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutiva relacionados à gravidez, contracepção, fertilidade, interrupção da gravidez e adoção”.

⁴⁷⁸ “Artigo 12.º - a) Os benefícios dos progressos nas áreas da biologia, da genética e da medicina, relativos ao genoma humano, serão postos à disposição de todos, tendo devidamente em conta a dignidade e os direitos humanos de cada pessoa. b) A liberdade de investigação, que é necessária para o progresso do conhecimento, faz parte integrante da liberdade de pensamento. As aplicações da investigação, nomeadamente nas áreas da biologia, da genética e da medicina, relativas ao genoma humano, procurarão aliviar o sofrimento e melhorar a saúde das pessoas e da Humanidade no seu conjunto”. Disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf>.

⁴⁷⁹ Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827por/PDF/110827por.pdf.multi>.

necessidades daqueles que virão. Dentre outros, destaca como objetos de proteção a manutenção e perpetuação da humanidade (art. 3º) e a preservação da vida na terra (art. 4º). Salienta, no seu art. 6º, que o genoma humano e a biodiversidade devem ser protegidos, com respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, de modo que o progresso científico e tecnológico não prejudique ou comprometa a preservação da espécie humana e de outras espécies. E, no art. 11, insculpe o princípio da não discriminação, para que seja evitada qualquer ação ou medida que promova ou eternize discriminações sobre as futuras gerações.

O Relatório E/CN.4/2004/49⁴⁸⁰, de 16.02.2004, do Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU, elaborado pelo Relator Especial, Paul Hunt, discorreu sobre o direito de todos a gozar do mais elevado padrão atingível de saúde física e mental. Salientou que a saúde sexual e reprodutiva é objeto de generalizada e arraigada discriminação multidimensional, abrangendo a vulnerabilidade e o estigma. O item 32 frisou que o direito internacional dos direitos humanos veda a discriminação no acesso aos serviços de saúde e outros conexos, baseada em estado civil, deficiência física ou mental, sexo ou orientação sexual, dentre outros, que tenham a intenção ou o efeito de anular ou prejudicar o gozo ou o exercício igual do direito à saúde. Em acréscimo, o item 33 asseverou que a discriminação e o estigma configuram graves ameaças à saúde sexual e reprodutiva para muitos grupos, incluindo minorias sexuais.

Em complemento, o Relatório E/CN.4/2004/49/Add.1, de 1º.03.2004⁴⁸¹ pontuou que o direito internacional à saúde compreende os direitos, liberdades, cuidados de saúde e questões conexas; a progressiva realização e imediatas obrigações; a não discriminação e igual tratamento; a participação; a assistência internacional e cooperação; a responsabilidade de todos os atores; e a prestação de contas. O direito à saúde, na perspectiva das políticas comerciais, deve estruturar-se na disponibilidade, acessibilidade e boa qualidade.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada por aclamação pela 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 19.10.2005, versa sobre dilemas éticos da medicina, das ciências da vida e das tecnologias que lhe são conexas, aplicadas aos seres humanos, com análise nas dimensões social, jurídica e ambiental. Direciona-se, em primeiro plano, aos Estados, e, subsidiariamente, busca auxiliar, na medida apropriada e pertinente, as tomadas de decisões e práticas de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas

⁴⁸⁰ Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/109/33/PDF/G0410933.pdf?OpenElement>.

⁴⁸¹ Disponível em [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/113/90/PDF/G0411390 .pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/113/90/PDF/G0411390.pdf?OpenElement).

públicas e privadas. Referido instrumento consagra os princípios da igualdade, justiça e equidade (art. 10º)⁴⁸²; da não discriminação e não estigmatização (art. 11º)⁴⁸³; do respeito pela diversidade cultural e do pluralismo (art. 12º)⁴⁸⁴. Reafirma a adesão ao princípio ético da beneficência da investigação científica e suas aplicações (art. 15º)⁴⁸⁵.

A Assembleia Geral da ONU, em 15.03.2006, adotou a Resolução A/RES/60/251⁴⁸⁶, pela qual foi criado o Conselho de Direitos Humanos, sediado em Genebra/Suíça, com a finalidade de promover o respeito universal e a proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinção, e de maneira justa e igual. Reafirmou a universalidade, indivisibilidade, interrelação, interdependência e reforço mútuo entre todos os direitos humanos. Frisou que, independentemente de sistemas políticos, econômicos e culturais, os Estados-Membros têm o dever de promover todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Apregou a necessidade de esforços internacionais para o estabelecimento de diálogos e entendimentos entre civilizações, culturas e religiões, e, ainda, a adoção dos critérios de objetividade e não seletividade no tratamento das questões inerentes aos direitos humanos, eliminando-se duplicidade de padrões e politização. Nesse ato, pode-se vislumbrar a aplicação de conceitos do universalismo e do multiculturalismo dos direitos humanos.

No Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, promovido pela Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta/Indonésia, de 06 a 09.11.2006, foram elaborados os “Princípios de Yogyakarta”, pela Comissão Internacional de Juristas e pelo Serviço Internacional de Direitos Humanos, composto por especialistas em legislação internacional de todos os continentes, com

⁴⁸² “Artigo 10º - Igualdade, justiça e equidade - A igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e em direitos deve ser respeitada para que eles sejam tratados de forma justa e equitativa”. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por/PDF/146180por.pdf.multi.

⁴⁸³ “Artigo 11º - Não discriminação e não estigmatização - Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização”.

⁴⁸⁴ “Artigo 12º - Respeito pela diversidade cultural e do pluralismo - Deve ser tomada em devida conta a importância da diversidade cultural e do pluralismo. Porém, não devem ser invocadas tais considerações para com isso infringir a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais ou os princípios enunciados na presente Declaração, nem para limitar o seu alcance”.

⁴⁸⁵ “Artigo 15º - Partilha dos benefícios - 1. Os benefícios resultantes de qualquer investigação científica e das suas aplicações devem ser partilhados com a sociedade no seu todo e no seio da comunidade internacional, em particular com os países em desenvolvimento. Com vista a dar efectivação a este princípio, os benefícios podem assumir uma das seguintes formas: (a) assistência especial e sustentável às pessoas e aos grupos que participaram na investigação e expressão de reconhecimento aos mesmos; (b) acesso a cuidados de saúde de qualidade; (c) fornecimento de novos produtos e meios terapêuticos ou diagnósticos, resultantes da investigação; (d) apoio aos serviços de saúde; (e) acesso ao conhecimento científico e tecnológico; (f) instalações e serviços destinados a reforçar as capacidades de investigação; (g) outras formas de benefícios compatíveis com os princípios enunciados na presente Declaração. 2. Os benefícios não devem constituir incitamentos indevidos à participação na investigação”.

⁴⁸⁶ Disponível em https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf.

a finalidade de otimizar a interpretação, a produção e a aplicação das normas internacionais de direitos humanos nas questões relacionadas à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Apresenta as recomendações necessárias à eficácia dos direitos que reconhece. Em sua introdução, o ato considera que a orientação sexual⁴⁸⁷ e a identidade de gênero⁴⁸⁸ são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não podendo ser motivo de discriminação ou abuso. Inscreve, como princípio de n. 17, o direito ao padrão mais elevado alcançável de saúde física e mental, sem discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero, sendo fundamental a saúde sexual e reprodutiva. O princípio n. 24, declara o direito à constituição de família, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, e reconhece a pluralidade das formatações familiares, que não devem ser expostas à discriminação. No seu item *a*, propõe aos Estados a tomada das medidas assecuratórias da concretização do direito de constituir família, inclusive por meio de adoção ou de procriação medicamente assistida.

Corrente doutrinária refere que os Princípios de Yogyakarta são de aplicação obrigatória pelos Estados que tenham ratificado diplomas internacionais de direitos humanos, pois os princípios consistem em “reinterpretação” de tratados vinculantes (DIAS, 2016, 93).⁴⁸⁹ Outra doutrina aduz que os Princípios de Yogyakarta são postulados para a sistematização dos mecanismos de proteção dos direitos humanos inerentes à orientação sexual e identidade de gênero, bem como funcionam como indicadores na aplicação das normas de direito internacional sobre a matéria, consistindo em regras de *soft law*, interpretativas de normas internacionais de *hard law* (MAZZUOLI, 2018, 383-384).⁴⁹⁰

A ONU, visando a implementação de medidas de combate à discriminação, editou a Resolução n. 17/19, através do Conselho de Direitos Humanos,⁴⁹¹ em 14.07.2011, solicitando, ao Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a realização de um estudo, com prazo de conclusão em dezembro do mesmo ano, para registrar a legislação, as práticas discriminatórias e os atos violentos perpetrados contra pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero, em todas as regiões do mundo, bem

⁴⁸⁷ “Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”. p. 7.

⁴⁸⁸ “Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. p. 7.

⁴⁸⁹ *Idem.* p. 93.

⁴⁹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** pp. 383-384.

⁴⁹¹ Disponível em <https://arc-international.net/wp-content/uploads/2011/09/HRC-Res-17-19.pdf>.

como para indicar a forma com que a normatização internacional poderia ser aplicada para eliminar a violência e as violações conexas de direitos humanos, motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero. Em cumprimento à resolução, foi elaborado o Relatório A/HRC/19/41, de 17.11.2011⁴⁹², sobre leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos em razão de orientação sexual e identidade de gênero. O item 66 do referido relatório identificou práticas restritivas da autonomia na tomada de decisão sobre sexualidade, reprodução e vida familiar, em decorrência de orientação sexual ou identidade de gênero. Como recomendação, o item e do relatório propôs aos Estados-membros da ONU a promulgação de legislação antidiscriminatória relativa à orientação sexual e identidade de gênero, incluindo formas cruzadas de discriminação, cabendo às instituições nacionais de direitos humanos a execução da política de combate a tais tipos de discriminação.

A Resolução A/HRC/RES/27/32, de 2014, da Assembleia-Geral da ONU, solicitou ao Alto Comissariado a atualização do relatório HRC/19/41, para o compartilhamento de boas práticas e formas de superação da violência e da discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero, baseadas nas normas internacionais de direitos humanos.

Em setembro de 2015, agências e órgãos da ONU lançaram Declaração Conjunta⁴⁹³ com a finalidade de inibir e dar fim à violência e à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Destaca que “todas as pessoas têm o mesmo direito de não ser objeto de violência, perseguição, discriminação e estigmatização” e que “as leis internacionais em matéria dos direitos humanos estabelecem obrigações jurídicas aos Estados a fim de garantir que todas as pessoas, sem distinção alguma, possam usufruir de tais direitos”. Consigna que os direitos humanos asseguram a proteção contra a pressão sobre as famílias e comunidades em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

A Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque/EUA, na data de 25.09.2015, adotou a Resolução A/RES/70/1, denominada “Transformar o Nosso Mundo: Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável”, que entrou em vigor em 01.01.2016. A resolução em comento traça 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), desdobrados em 169 (cento e sessenta e nove) metas, tidas como uma visão comum de líderes mundiais e povos para nortear a implementação do desenvolvimento sustentável nas vertentes social, econômica e ambiental, bem como prover a paz, a justiça e a eficácia institucional. No seu objetivo n. 3, relativo à garantia de acesso à saúde de qualidade e promoção do bem-estar de todos, a resolução pretende, até 2030, “assegurar o acesso universal aos serviços de saúde sexual e

⁴⁹² Disponível em <https://www.refworld.org/docid/4ef092022.html>.

⁴⁹³ Disponível em <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DeclaracaoConjuntaONU.pdf>.

reprodutiva, incluindo o planeamento familiar, informação e educação, bem como a integração da saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais”.

Resolução A/HRC/RES/32/2, de 30.06.2016, criou a função de Perito Independente em proteção contra a violência e discriminação em face de orientação sexual e identidade de gênero, com mandato de três anos, cabendo-lhe, em síntese, prestar assessoramento, cooperação e suporte; promover a conscientização e o diálogo com os Estados-Membros e organizações; e identificar as causas e abordar as formas múltiplas, cruzadas e agravadas de violência e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Seguindo a linha do multiculturalismo, referida resolução destaca a relevância dos debates internos, em nível nacional, sobre questões sensíveis atinentes a aspectos históricos, culturais, sociais e religiosos. Reprova o uso de pressões externas e de medidas coercitivas, inclusive sanções econômicas, para influenciar os Estados-Membros. Salienta que a implementação da resolução deve respeitar a soberania de cada país, assim como as suas leis internas, os antecedentes culturais de seu povo e os seus valores religiosos e éticos.

Verificamos que, sob o prisma, e dentro dos limites de atuação normativa do direito internacional, houve avanço no reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, elevados à categoria de direitos humanos, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da igualdade e da não discriminação, restando demonstrada, ainda, a plena compatibilidade dos diplomas internacionais com a incidência do pluralismo na parentalidade constituída mediante recurso às técnicas de procriação medicamente assistida, com vistas ao afastamento de restrições baseadas no sexo, orientação sexual, estado civil, condição de saúde ou situação socioeconômica da pessoa ou casal beneficiário.

3.3 Panorama do Direito Internacional Europeu

No âmbito do Conselho da Europa, em 04.11.1950, foi adotada a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH), que, no Título I – dos direitos e liberdades, contempla o direito ao respeito pela vida privada e familiar, insculpido no seu art. 8º ⁴⁹⁴. O direito ao casamento

⁴⁹⁴ “ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar - 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

está previsto no art. 12, para o qual, “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. No art. 14, traça os contornos da vedação à discriminação, inclusive as motivadas pelo sexo⁴⁹⁵. E, no Protocolo de n. 12, de 04.11.2000, o seu art. 1º estabelece a regra de interdição geral de discriminação, dirigida a autoridades públicas⁴⁹⁶.

A doutrina tem considerado que o art. 8º da CEDH traz um conceito de família difuso, aberto a ponderações casuísticas, de modo a acolher estruturas familiares baseadas em vínculos reconhecidos e com identificação existente entre seus membros (PEREIRA, 2013, 22)⁴⁹⁷. A leitura do referido dispositivo é influenciada pelas transformações dos padrões socioculturais, os quais não são imutáveis ao longo da história, fenômeno que se convencionou designar “interpretação dinâmica” (ALMEIDA, 2008,66-78)⁴⁹⁸. Também com fundamento no art. 8º da CEDH, tem sido defendido, em favor das pessoas solteiras e dos casais do mesmo sexo, o direito subjetivo natural e fundamental de realizar o seu projeto familiar, numa ampla perspectiva, seja através do casamento, da constituição de família, da decomposição ou recomposição da família, da adoção e/ou da procriação, sendo discriminatória, e, portanto, ilegítima, qualquer objeção lastreada no sexo e na orientação sexual (FRISON-ROCHE, 2014, 261-261)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ “ARTIGO 14º - Proibição de discriminação - O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

⁴⁹⁶ “ARTIGO 1º - Interdição geral de discriminação - 1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação. 2. Ninguém pode ser objecto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo”.

⁴⁹⁷ *Idem.* p. 22.

⁴⁹⁸ ALMEIDA, Susana. **O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família.** pp. 66-67: “O art. 8º, apresentando um substrato particularmente vulnerável às mutações dos padrões sócio-culturais – a vida familiar –, tem sido objecto da já aflorada interpretação dinâmica e evolutiva, que, por razões de efectividade, vai adaptando a sua redacção ‘às condições de vida actuais’. Como iremos constatar, é justamente no âmbito do art. 8º que este dinamismo interpretativo do TEDH tem tido as expressões mais criativas. Assim, desde logo, a interpretação dinâmica do Tribunal encontrou um campo privilegiado na definição dos dois conceitos próximos e, muitas vezes, indissociáveis que coabitam no art. 8º: a vida privada e a vida familiar. De tal modo que a jurisprudência do TEDH tem esbatido a fronteira entre estes dois conceitos, fazendo emergir, em muitos casos, um único direito: o direito ao respeito pela vida privada e familiar. Em nome da efectividade do direito garantido, o desenvolvimento ou preenchimento destes conceitos tem permitido, ao juiz de Estrasburgo, alargar amplamente o campo de aplicação do art. 8º e, por conseguinte, o âmbito da tutela do direito. Deste modo, realidades outrora não cobertas pelo escudo protector criado pelos redactores da Convenção, como a família adúltera, a família integrada por um transexual, ou mesmo o ambiente, são agora abrangidos, fruto da interpretação dinâmica, pelo dispositivo em análise. Por outro lado, a interpretação dinâmica, igualmente conduzida pelo princípio da efectividade, retirou do art. 8º, como iremos ver, além das clássicas obrigações negativas de não interferência das autoridades públicas, obrigações positivas, substantivas ou processuais, destinadas a assegurar o seu respeito efectivo do direito proclamado, operando, deste modo, uma extensão do conteúdo do direito ao respeito pela vida privada e familiar”.

⁴⁹⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Une Famille à sa Main. **La Famille en Mutation.** pp. 261-262.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), ao decidir o caso X e outros *versus* Áustria, autos n. 19010/07,⁵⁰⁰ reconheceu o direito de um dos membros de casal do mesmo sexo, não casado, à adoção de filho biológico da parceira. A decisão pontuou que a convenção é um instrumento vivo, que deve ser interpretado à luz das condições atuais. Frisou que a coabitação de um casal do mesmo sexo em um relacionamento estável de fato se enquadra na noção de vida familiar referida no art. 8º da CEDH, tanto quanto o relacionamento de um casal de sexos diferentes na mesma situação. Aplicou ao caso o princípio da proporcionalidade. A doutrina explica que referido julgado, visando estender o direito e conferir condições objetivas para a adoção aos casais do mesmo sexo, se pautou em um modelo alargado de família nuclear, mas sem ter abordado as dificuldades próprias da conceituação de família, notadamente quanto à sua caracterização, constituição e vinculação entre seus membros (PEREIRA, 2013, 17)⁵⁰¹.

A Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada pelo Conselho da Europa, em 25.01.1996, no seu art. 1º, números 2 e 3, consagra o superior interesse da criança (considerada a pessoa menor de 18 anos de idade), a promoção dos seus direitos e os direitos processuais que visem facilitar o exercício desses mesmos direitos em juízo⁵⁰².

Em 03.05.1996, o Conselho da Europa aprovou a Carta Social Europeia, que, no seu art. 11º, prevê o direito à proteção da saúde e, no art. 16º, o direito da família a uma proteção social, jurídica e econômica.

O Conselho aprovou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina – Convenção de Oviedo, em 04.04.1997, que tem por objeto a proteção da dignidade, da identidade e da integridade do ser humano; a não discriminação; e o respeito aos seus demais direitos e

⁵⁰⁰ Trecho da decisão prolatada em 19.02.2013: “140. *En los casos en donde el margen de apreciación se encuentra limitado, como en una posición en donde hay una diferencia de trato por razón de sexo o orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente exige en principio, que la medida elegida sea adecuada para el logro de objetivo buscado. También hay que demostrar que es necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, mediante la exclusión de ciertas categorías de personas, en este caso, de las personas que mantienen una relación homosexual, del ámbito de aplicación de las disposiciones que se traten (véase, Karner, op. cit., ap. 41; y Kozak, op. cit., ap. 99).* 141. *Aplicando la jurisprudencia anteriormente citada, el Tribunal señala que la carga de la prueba recae en el Gobierno. Corresponde al Gobierno demostrar que la protección de la familia en un sentido tradicional y concretamente, la protección de los intereses del niño, requieran la exclusión de la adopción por un segundo padre, a las parejas del mismo sexo, que está permitida a las parejas solteras heterosexuales*”. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139676>.

⁵⁰¹ *Idem.* p. 17.

⁵⁰² “Artigo 1.º Âmbito e objeto da Convenção - 1 - A presente Convenção aplica -se a menores de 18 anos. 2 — A presente Convenção, tendo em vista o superior interesse das crianças, visa promover os seus direitos, conceder-lhes direitos processuais e facilitar o exercício desses mesmos direitos, garantindo que elas podem ser informadas, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, e que estão autorizadas a participar em processos perante autoridades judiciais que lhes digam respeito. 3 - Para efeitos da presente Convenção, entende-se por processos perante uma autoridade judicial que digam respeito a crianças, os processos de família, em particular os respeitantes ao exercício das responsabilidades parentais, tais como a residência e o direito de visita às crianças. [...]”. Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/571090>.

liberdades fundamentais em face das aplicações da medicina e da biologia. O seu art. 2º elege o primado do ser humano, cujo interesse e bem-estar devem prevalecer diante do interesse exclusivo da sociedade e da ciência, e, no art. 3º, referencia o acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada. O art. 5º impõe, como regra geral, a prestação de consentimento livre e esclarecido para que seja efetuada qualquer intervenção no domínio da saúde. O art. 21º trata da proibição de que o corpo humano e suas partes sejam instrumentos para a obtenção de lucros. E o art. 28º propõe que as questões fundamentais inerentes ao desenvolvimento da medicina sejam objeto de debate público adequado, levando-se em conta as implicações médicas, éticas, sociais, econômicas e jurídicas pertinentes, e que as suas aplicações sejam analisadas mediante consultas apropriadas.

O art. 21 da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina diz que “o corpo humano e suas partes não devem ser, enquanto tais, fonte de lucro”, expressando o princípio da não patrimonialidade do corpo humano, o qual não possui natureza de bem estimável em pecúnia, não podendo ser objeto de alienação onerosa, sendo admissíveis apenas disposições gratuitas, respeitadas a integridade bio-físico-psíquica e a dignidade da pessoa, além das demais condições legais. Os elementos e produtos do corpo humano, quando separados deste, são considerados “coisas”, mas conservam a sua característica de humanidade, não podendo ser banalizados (DEPADT-SEBAG, 2012, 105)⁵⁰³. O art. 21 da Convenção é extensível, embora com dificuldades de aplicação, aos casos de gestação de substituição e de “material sensível” como tecidos residuais de aborto e secundinas pós-parto (SILVA, 1997, 72)⁵⁰⁴.

O Conselho da Europa, através da Resolução n. 756 (1981), adotada em 01.10.1981, consignou, no seu item 2, o entendimento de que todos os indivíduos maiores de idade, nos termos da lei do seu país, têm o direito à autodeterminação sexual. No item 3, destacou a falta de base médica ou científica para a teoria de que a homossexualidade, masculina ou feminina, consista em forma de distúrbio mental. E, à vista disso, no item 6, conclamou a Organização Mundial de Saúde a rever a inclusão da homossexualidade da sua Classificação Internacional de Doenças (CID). Mas, convém destacar, que os comportamentos relacionados à orientação sexual somente serão extraídos integralmente da CID após a entrada em vigor da nova classificação, prevista para 01.01.2022, como já tratamos no Capítulo 2.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 14.03.1994, emitiu a Recomendação n. (94) 1, que trata dos bancos de tecidos humanos, admitindo sua doação ao público por razões altruísticas. No seu apêndice definiu tecido humano como todas as partes

⁵⁰³ DEPADT-SEBAG, Valérie. **Direito e Bioética**. p. 105.

⁵⁰⁴ SILVA, Paula Martinho da. **Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada**. p. 72.

constitutivas do corpo humano, a exemplo de pele, ossos e córneas, incluindo resíduos cirúrgicos, mas excluindo órgãos, sangue e produtos de sangue. Os tecidos reprodutivos, tais como espermatozoides, óvulos e embriões, também não são considerados tecidos para os fins de tal recomendação. Também estão excluídos cabelo, unhas, placentas e resíduos corporais.

Em 31.03.2010, o mesmo comitê expediu a Recomendação CM/rec (2010) 005, sobre medidas, em múltiplos níveis, para combater a discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero. No item I-A, estabelece medidas preventivas e repressivas em face de crimes de ódio e outros incidentes por ele motivados em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Reafirmou o direito ao respeito à vida privada e familiar, e, no item 28, consignou que “onde a lei nacional permitir tratamento de reprodução assistida às mulheres solteiras, os estados membros devem procurar garantir o acesso a esse tratamento sem discriminação em razão da orientação sexual”.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na data de 29.04.2010, adotou a Resolução 1728 (2010), que aborda a discriminação fundada na orientação sexual e na identidade de gênero. O texto diz, no seu item 1, que a “orientação sexual, que inclui heterossexualidade, bissexualidade e homossexualidade, é uma parte profunda da identidade de cada e todo ser humano”, e, nos seus termos, “identidade de gênero refere-se à experiência interna e individual de gênero, profundamente sentida por cada pessoa”. E o item 10 assevera que “a negativa de direito às ‘famílias LGBT’ de fato, em muitos Estados-Membros, deve também ser tratada, inclusive através do reconhecimento legal e proteção dessas famílias”. Para a implementação de medidas concretas sobre o tema, foi editada a Recomendação n. 1.915, na mesma data, dirigida ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Citado órgão editou a Resolução n. 2.239 (2018)⁵⁰⁵, que dispõe sobre a vida familiar e privada, de modo a atingir a igualdade, independentemente de orientação sexual. O item 4.5 traz importante avanço sobre o reconhecimento das designadas “*rainbow families*” (famílias arco-íris), estipulando a proteção dos direitos dos pais e crianças, sem discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Relevantes disposições constam dos seguintes subitens: (1) 4.5.3 – extensão automática da coparentalidade ao parceiro do mesmo sexo do genitor que tenha dado à luz, em todos os casos nos quais haveria o reconhecimento da parentalidade em favor do cônjuge masculino da mãe; (2) 4.5.4 – caso as mulheres solteiras sejam contempladas com o acesso à

⁵⁰⁵ Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=25166&lang=EN&search=KjoqfGNvcnB1c19uYW1lX2VuOiJPZmZpY2lhbCBkb2N1bWVudHMifHR5cGVfc3RyX2VuOlJlc29sdXRpb258c3ViamVjdF9zdHJfZW46ImRpc2NyaW1pbmF0aW9uIG9uIHRoZSBiYXNpcyBvZiBzZXh1YWwgb3JpZW50YXRpb24i>.

PMA, deve ser assegurado tal acesso sem discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; e (3) 4.5.5 – quando os casais heterossexuais não casados tiverem acesso à PMA, o mesmo acesso deve ser garantido aos casais do mesmo sexo.

Diante do discorrido acima, no âmbito do direito internacional europeu, também é possível detectar progressos na positivação dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, à luz do pluralismo e da neutralidade quanto ao estado civil, sexo, identidade de gênero e orientação sexual, especialmente após o advento da Resolução n. 2.239 (2018), antes do que, o reconhecimento da parentalidade na hipótese vinha se concretizando mais por força de interpretação jurisdicional da Corte Europeia de Direitos Humanos, baseada em construção doutrinária, do que mediante regra jurídica expressa.

3.4 Panorama do Direito Comunitário Europeu

Na esfera do direito comunitário, com as modificações efetuadas pelo Tratado de Lisboa, que alterou o Tratado da União Europeia, este passou a reconhecer os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), conforme o seu art. 6º, item 1, e, nos termos do seu item 3, reza que o direito da União abrange, como princípios gerais, tanto os direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, quanto os resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. Assim, a CDFUE tornou-se diploma de natureza vinculativa para os Estados que integram a União Europeia.

A versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), no art. 10º, diz que a execução de políticas e ações, na esfera comunitária, tem por objetivo o combate à discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. A discriminação em razão da nacionalidade deve ser proibida, cabendo ao Parlamento Europeu e ao Conselho, adotar as regras pertinentes, a teor do art. 18º (antigo art. 12º). O art. 19º (antigo art. 13º) confere ao Conselho a tomada de medidas antidiscriminatórias, baseadas no sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, deliberando por unanimidade, de acordo com processo legislativo especial e após aprovação do Parlamento Europeu. Já o art. 21º (antigo art. 18º), assegura a todo cidadão da União Europeia (UE), o direito à livre circulação e residência no território dos Estados-Membros, observadas as limitações e condições estabelecidas nos tratados e nas medidas destes decorrentes. O art. 56º (antigo art. 49º) trata da proibição de restrições à livre

prestação de serviços na União aos nacionais dos Estados-Membros⁵⁰⁶. Dentre os serviços, incluem-se as atividades das profissões liberais, nos termos do art. 56º, *d*. O art. 157º (antigo art. 141º) veda a discriminação fundada no sexo nas relações laborais.

Na mesma linha, o Tratado de Amsterdam inseriu no diploma retro mencionado o art. 6º-A, que conclama a adoção das ações adequadas para combater a discriminação⁵⁰⁷.

Para a doutrina, a cláusula de não discriminação contida no art. 19 do TFUE inovou ao ampliar o princípio da igualdade, acrescentando os fatores raça, etnia, religião, crença, deficiência, idade ou orientação sexual, embora não tenha a mesma densidade jurídica que as formas de discriminação referidas nos artigos 18 (nacionalidade) e 157 (sexo do/a trabalhador/a), porque aquele artigo é meramente propositivo, dirigido ao legislador e ao julgador, não apresentando carga proibitiva de discriminação, com eficácia direta e autônoma, razão pela qual não seria invocável pelo prejudicado nos casos de omissão ou de ação discriminatória perpetrada na ordem comunitária ou local. Referida cláusula, entretanto, tem função conformadora das atividades legiferante e judicial, no sentido de inibir o retrocesso discriminatório (DUARTE, 2005, 372-373)⁵⁰⁸. Para a doutrina, no debate sobre as políticas antidiscriminatórias, notadamente aquelas relacionadas à orientação sexual, o êxito tem decorrido mais do poder de mobilização dos grupos interessados do que da propriedade argumentativa, inclusive havendo polarização entre os defensores do “politicamente correto”,

⁵⁰⁶ “CAPÍTULO 3 - OS SERVIÇOS - Artigo 56º (ex-artigo 49º TCE) - No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem determinar que as disposições do presente capítulo são extensivas aos prestadores de serviços nacionais de um Estado terceiro e estabelecidos na União”.

⁵⁰⁷ “Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual”. p. 26. Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf.

⁵⁰⁸ DUARTE, Maria Luísa. O Estatuto de Cidadão da União e a (não) Discriminação em Razão da Orientação Sexual. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. pp. 372-373: "Do ponto de vista da sua função jurídica primária, o artigo 13º é uma norma de habilitação, fonte de poderes de regulamentação que o Conselho poderá exercer segundo critérios de oportunidade política. Esta é, contudo, uma perspectiva que, em nossa opinião, não esgota o significado jurídico do art. 13º, cuja integração no Tratado resulta de uma compreensão mais alargada do princípio da não discriminação como exigência básica e identitária de qualquer sistema jurídico de protecção dos direitos fundamentais. Mesmo na ausência de normas de concretização do artigo 13º, e dando como assente a insusceptibilidade da sua invocação pelos indivíduos, no quadro de litígios que os envolvam, a não discriminação em função dos motivos enumerados pelo artigo 13º acaba por ter uma função conformadora das obrigações específicas do legislador e do juiz. O legislador - comunitário ou nacional - não deve aprovar normas que, de modo directo ou indirecto, impliquem tratamento discriminatório. À luz do princípio da lealdade comunitária, vertido no artigo 10º, e que vincula tanto o decisor comunitário quanto ao decisor nacional, não são aceitáveis alterações legislativas que representem um retrocesso no nível de realização do princípio da igualdade de tratamento. Por seu turno, o Juiz - comunitário ou nacional -, no momento da concreta aplicação da norma, e no caso de se verificarem dúvidas quanto ao seu sentido, deve fazer prevalecer a aceção pressuposta pela proibição de discriminação com fundamento nas razões enunciadas pelo artigo 13º".

para os quais não se pode transigir em termos de reconhecimento da igualdade, exigindo rigoroso regime protetivo, e os adeptos da “ortodoxia dos valores”, fulcrados exclusivamente na igualdade formal, situação em face da qual tem sido sugerido um modelo jurídico que prestigie a igualdade material e a eficácia dos direitos fundamentais (DUARTE, 2005, 386)⁵⁰⁹.

A doutrina também entende que o art. 56 do TFUE, ao exigir a supressão de toda restrição à livre prestação de serviços, permite que os casais do mesmo sexo recorram à tecnologia de PMA nos países integrantes da UE, cuja legislação o autorize, sendo o respectivo contrato válido para todos os fins de direito, inclusive possibilitando aos contratantes a contestação do direito nacional do país onde residem ou de sua nacionalidade em face do direito da União. Sustenta que a proibição de acesso aos serviços de PMA em razão da orientação sexual dos intencionais beneficiários, ou a negativa de reconhecimento dos efeitos de contrato validamente firmado em outro país da UE - ato jurídico perfeito, notadamente os referentes ao estado de filiação e à nacionalidade da prole pelo critério de *jus sanguinis*, representam limitações ao exercício da atividade econômica da medicina reprodutiva, que se torna menos atrativa e um tanto embaraçosa aos pretensos usuários, configurando restrição à livre prestação dos serviços no espaço comunitário (BARDELEBEN, 2013, 400-401).⁵¹⁰ Acrescenta que a recusa estatal em reconhecer o nome patronímico de um cidadão da União, registrado em outro Estado-Membro, consiste em negativa de produção de efeitos decorrentes da filiação, posto que despreza o vínculo filial entre a criança e seus pais – do mesmo sexo ou não, repercutindo na identidade familiar e nas relações estabelecidas entre seus membros, as quais são elementos do estado de personalidade (BARDELEBEN, 2013, 405)⁵¹¹. Com base na interpretação de julgados da Corte de Justiça Europeia, tem sido defendido que, embora inexista um direito de fonte comunitária à constituição de família entre pessoas do mesmo sexo ou que assegure o seu reconhecimento por todos os Estados-Membros, para a preservação e proteção das relações familiares estabelecidas, podem ser invocadas e aplicadas as normas de direito comunitário, em detrimento das regras nacionais obstativas ou omissivas, o que fortalece a ideia de acolhimento e pertencimento daqueles cidadãos à União (BARDELEBEN, 2013, 408-409)⁵¹².

Sobre a aplicação das leis no espaço, a doutrina diverge se uma norma material estrangeira estaria ou não sujeita ao exame de constitucionalidade para que produza efeitos em outro país. Para a corrente capitaneada por Jorge Miranda, deve ser inserida a norma alienígena

⁵⁰⁹ *Idem.* p. 386.

⁵¹⁰ BARDELEBEN, Emilia von. *Filiation et Couples de Personnes de Même Sexe: et si une Réponse était Donnée par le Droit de l'Union Européenne?* **Droit et Société.** pp. 400-401.

⁵¹¹ *Idem.* p. 405.

⁵¹² *Idem.* pp. 408-409.

no sistema jurídico do foro onde é pretendida sua aplicação e analisada sua conformidade com a Constituição ou com a ordem jurídica nacional, vez que nenhuma corte pode aplicar regras estrangeiras que violam a lei fundamental do seu país ou os postulados decorrentes do regime por ela estabelecido. A linha seguida por Francisco Aguilar sustenta que a norma material estrangeira não é suscetível de juízo de inconstitucionalidade face à Constituição de outro Estado, devendo a questão ser apreciada na esfera da eficácia, mediante recurso ao instituto da reserva da ordem pública internacional, e não através do exame de validade da norma jurídica. Explica que os valores básicos de uma ordem constitucional não podem ser desconsiderados, devendo ser preservadas a segurança jurídica, a estabilidade das relações internacionais e as legítimas expectativas dos sujeitos de direito. Nessa ótica, a lei estrangeira que regula a constituição da filiação deverá ser analisada em cada caso concreto, para não prejudicar a certeza e a segurança jurídica transnacionais e fortalecer a materialização dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, sobretudo quando atinentes às relações entre ascendentes e descendentes biológicos diretos, que, no mais das vezes, envolvem os direitos à identidade pessoal, à identidade genética e à nacionalidade (AGUILAR, 2000, 694-696)⁵¹³.

Contrariamente, há posicionamento doutrinário no sentido de que a liberdade de circulação de pessoas, bens e serviços, no âmbito da União Europeia, comporta temperamentos, para que não se converta em incentivo ao turismo procriativo (SOUSA, 2008, 891)⁵¹⁴.

A CDFUE, em seu preâmbulo⁵¹⁵, prestigia os valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade. No Título I, da dignidade, o art. 3º dispõe sobre o direito à integridade física e mental do ser humano, estabelecendo regras a serem observadas pelos domínios da medicina e da biologia⁵¹⁶. No Título II, referente às liberdades, assegura a todos, no art. 7º, o direito ao respeito à vida privada

⁵¹³ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Determinação da Filiação em Sede de Procriação Medicamente Assistida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. pp. 694-697.

⁵¹⁴ SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de. A Procriação Medicamente Assistida na União Europeia: Harmonizar ou Reagir? **O Direito**. p. 891: “Com efeito, as diferentes legislações e a livre e fácil circulação das pessoas e prestação de serviços podem dar lugar a uma espécie de ‘turismo da procriação assistida’. Se isso acontecer, além dos nacionais de cada Estado se furtarem às proibições ou às condições impostas pelo seu direito nacional, o país de origem perde o controlo sobre os actos dos seus cidadãos, com consequências para o registo civil, direito sucessório e da família. De facto, são muitas as hipóteses em que os cidadãos comunitários poderão exercer o seu direito de livre circulação, com vista a poderem beneficiar das técnicas PMA que são proibidas no seu país de origem”.

⁵¹⁵ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=EN>.

⁵¹⁶ “Artigo 3º - Direito à integridade do ser humano - 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; b) A proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas; c) A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; d) A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos”.

e familiar, e, no art. 9º, reconhece o direito de contrair casamento e o direito de constituir família, com neutralidade em relação ao sexo. Já no Título III, que elenca os direitos decorrentes da igualdade, consagra, no art. 21, regra antidiscriminatória no que toca a “sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”, e, no art. 24, aborda os direitos das crianças⁵¹⁷. No Título IV, da solidariedade, o art. 33, 1, preconiza a proteção jurídica, econômica e social da família.

O direito de contrair casamento e constituir família encontra previsão expressa no art. 9º. Referido dispositivo deve ser analisado em cotejo com o art. 21, que insculpe o princípio da não discriminação, o qual é considerado pela doutrina como valor absoluto, direito subjetivo e técnica jurídica (CANOTILHO, 2013, 262)⁵¹⁸. Da leitura de ambos os artigos, é possível defender que a CDFUE admite o acesso dos casais do mesmo sexo às técnicas de PMA (CORTE-REAL, 2013, 135-136)⁵¹⁹. O mesmo raciocínio aplica-se à utilização daquelas tecnologias pelos homens solteiros para o exercício da parentalidade.

Quando a constituição de família necessitar do recurso às técnicas de PMA, deverá ser respeitado o direito à integridade física e mental do ser humano, sendo exigido o consentimento pessoal, livre e esclarecido; bem como proibidas (1) a eugenia para seleção de pessoas; (2) a transformação do corpo humano ou das suas partes numa fonte de lucro; e (3) a clonagem reprodutiva de seres humanos; conforme estatuído no art. 3º, n. 2, da CDFUE. Vale dizer que,

⁵¹⁷ “Artigo 24º - Direitos das crianças - 1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses”.

⁵¹⁸ CANOTILHO, Mariana. Não Discriminação. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. p. 262: “Este princípio da não discriminação, aqui plasmado em norma de direitos fundamentais, assume-se, pois, como um *valor* (absoluto), como um *direito* (subjetivo) e ainda como uma *técnica jurídica* (relativa). Enquanto valor absoluto, consagra uma proibição de distinções que, devido ao critério de diferenciação sobre o qual assentam, são *a priori* arbitrárias, odiosas ou ilegítimas. Enquanto direito subjetivo fundamental corresponde, à luz da jurisprudência comunitária, a um dos objetivos sociais da União e traduz o direito individual a não ser discriminado, privado de qualquer das categorias enunciadas. Por fim, enquanto técnica de controlo, desenvolvida também, em grande medida, por via jurisprudencial, permite tornar operativo um princípio constitucional de conteúdo fortemente indeterminado: o princípio da igualdade”.

⁵¹⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. Direito de Contrair Casamento e de Constituir Família. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. pp. 135-136: “No recorte material do conteúdo dos direitos fundamentais contidos no artigo 9º não pode deixar de ser tomado em linha de conta o *princípio da não discriminação* enunciado no art. 21º da Carta, *maxime* no que à orientação sexual diz respeito. [...] A procriação medicamente assistida não poderia lesar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade existencial, ao vedar o seu acesso a mães solteiras e a indivíduos ou casais homossexuais, por força ainda do princípio da não discriminação ínsito no citado artigo 21º. Aliás, a *Inseminação Artificial* e a *Maternidade de Substituição* seriam mesmo os meios adequados a garantir o direito a procriar, no respeito pela orientação homossexual”.

em se tratando de intervenções da medicina e da biologia no corpo humano, não há taxatividade dos critérios estabelecidos no n. 2 do art. 3º, devendo ser observados também os princípios decorrentes de outros diplomas de direitos humanos, especialmente aqueles que sejam centrados na dignidade da pessoa humana e na igualdade (MELO, 2013, 61)⁵²⁰.

Importante recordar que o Parlamento Europeu, em 1989, aprovou Resolução sobre Fecundação Artificial *in Vivo* e *in Vitro*⁵²¹, a qual consignou, no seu item E, que “a coincidência da paternidade e da maternidade ‘biológica’, ‘afectiva’ e ‘legal’ constitui uma vantagem para a criança e que é, de igual modo, de extrema importância a relação entre mãe e filho durante o próprio período de gestação”. No item 10, considerou indesejável a procriação heteróloga. E, no seu item 11, concluiu que “qualquer forma de maternidade de substituição é, em geral, de rejeitar; a mediação comercial com mães-hospedeiras deve ser sujeita a sanções; devem ser proibidas as empresas que exerçam tal actividade, bem como o comércio de embriões e de gametas”. Assim, tal ato manteve um posicionamento restritivo quanto à PMA heteróloga.

Por meio da Diretiva n. 2004/23/CE⁵²², editada em 31.03.2004, o Parlamento Europeu prescreveu as normas de qualidade e segurança no que tange à doação, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana. A diretiva em questão aplica-se às células germinativas (óvulos e espermatozoides), aos tecidos e células fetais, bem como às células estaminais embrionárias e adultas.

O Parlamento Europeu, em 02.04.2009, aprovou a Resolução P6_TA (2009) 0211⁵²³, através da qual fora proposta diretiva para aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente de crença ou religião, deficiência, idade ou orientação sexual. Referido órgão editou a Resolução P7TA (2011) 0427, que trata sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero⁵²⁴. No seu item 11, reconhece a ocorrência de algumas práticas, no âmbito da União Europeia, violadoras da integridade física, do direito à vida privada e familiar, do direito à não discriminação, do direito à livre circulação para casais do mesmo sexo e suas famílias e do direito de acesso aos cuidados de medicina preventiva e

⁵²⁰ MELO, Helena Pereira de. Direito à Integridade do Ser Humano. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. p. 61: “A utilização da expressão ‘designadamente’ indica-nos que os princípios que devem ser respeitados no domínio da biologia e da medicina não são apenas os enumerados no n. 2 do artigo em análise”.

⁵²¹ Publicada no *Official Journal* C 96, 17/04/1989 pp. 171-175. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1989_096_R_0127_01&from=PT.

⁵²² Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L002320090807&qid=1577767557678&from=PT>.

⁵²³ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+ P6-TA2009-0211+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>.

⁵²⁴ Disponível em www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/ResolucaoParlamentoEuropeu28092011.pdf.

tratamento médico. Na data de 12.12.2012, aprovou a Resolução P7TA (2012)0500⁵²⁵, no seu item 94, convidou os Estados-Membros que possuem legislação autorizativa do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a reconhecerem as normas de mesma natureza ou efeito dos demais países-membros, bem como a aplicar a Diretiva n. 2004/38/CE⁵²⁶, que dispõe sobre a livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros de sua família, nos territórios dos países da UE, independentemente de orientação sexual. Ainda, convocou os demais países a introduzirem normas antidiscriminatórias semelhantes.

O Conselho da União Europeia, em Luxemburgo, na data de 24.06.2013, emitiu diretrizes aos Estados-Membros para a promoção de todos os direitos humanos, da igualdade e da não discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero⁵²⁷, conclamando-os à elaboração das respectivas políticas públicas e à promulgação de leis concernentes ao acesso ao mercado de trabalho, aos serviços de saúde, à educação e ao combate à violência.

O Parlamento Europeu editou a Resolução P7TA (2014) 0062⁵²⁸, de 04.02.2014, que traça o roteiro da União Europeia para o combate à homofobia e à discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero, no que toca ao emprego, educação, saúde, bens e serviços, cidadania, famílias, liberdade de circulação, liberdade de reunião e de expressão. Importante destacar que o item H, *ii*, da referida resolução, apregoa o “reconhecimento mútuo dos efeitos de todos os atos do registo civil emitidos na UE, a fim de reduzir os obstáculos jurídicos e administrativos discriminatórios com que se deparam os cidadãos no exercício do seu direito à liberdade de circulação”. Posteriormente, a Resolução P7TA (2014) 0173⁵²⁹, de 27.02.2014, no item n. 31, congratulou-se com os Estados-Membros que legalizaram o matrimônio, a união civil, a coabitação registrada e a adoção, sem discriminação fundada na orientação sexual. O ato reiterou “apelo à Comissão para que apresente um regulamento ambicioso sobre o reconhecimento mútuo dos efeitos legais das certidões relativas ao estado civil”. A Resolução P7TA n. 2.229/2015⁵³⁰, do mesmo parlamento, no item 4, apelou à União Europeia e aos seus países-membros, por uma resposta eficaz em matéria de direitos humanos, incluindo a não discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. No item 92,

⁵²⁵ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20120500+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT>.

⁵²⁶ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L003820110616&qid=1577766905138&from=PT>.

⁵²⁷ Disponível em <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137584.pdf>.

⁵²⁸ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7TA2014-0062+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>.

⁵²⁹ Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7TA2014-0173+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>.

⁵³⁰ Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_PT.pdf.

condenou, veementemente, todas as formas de discriminação, inclusive por orientação sexual. Frisou, no item 93, a necessidade de apoio e respeito aos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, *gays*, bissexuais, transexuais e intersexuais (LGBTI), incluindo o seu acesso aos institutos legais como parcerias registradas e casamento.

A diversidade histórica e cultural dos povos da União Europeia gera complexidades no tratamento jurídico e ético das práticas concernentes às políticas antidiscriminatórias, dificultando o estabelecimento de regras transfronteiriças. Apesar da edição de algumas diretivas sem eficácia vinculante (*soft law*), verifica-se, ainda, um vazio legislativo no âmbito da UE, sobretudo com relação ao emprego das técnicas de procriação medicamente assistida, tema melindroso diante de legislações nacionais distintas, o que obsta a aprovação de uma regulamentação comum a curto prazo. Para contornar esse quadro, a doutrina defende a promoção de uma reflexão global proativa sobre o desenvolvimento, o impacto e a aplicação das novas descobertas das ciências da vida e da biotecnologia, de modo a evitar transgressões aos direitos humanos e fundamentais (SOUSA, 2008, 908-911)⁵³¹.

Ainda, a doutrina menciona que a prudência do legislador nacional na produção de normas referentes à procriação medicamente assistida decorre da pluridisciplinaridade das matérias envolvidas e da eclosão de conflitos entre a ciência e ética, razão pela qual a questão tem sido relegada ao intérprete, para suprir as lacunas com recurso aos princípios e normas gerais de direito. Quanto ao legislador comunitário, além das questões retro, maior complexidade decorre da dificuldade na obtenção de consenso entre os Estados-Membros, os quais, diante do quase vazio normativo em nível comunitário, regulam a matéria de acordo com as peculiaridades locais, causando disparidades de tratamento (SOUSA, 2008, 893).⁵³²

Nesse cenário, pode-se inferir que, apesar do progressivo reconhecimento do pluralismo em matéria de direitos sexuais, reprodutivos e familiares no âmbito da União Europeia, há, ainda, reservas no tocante à positivação do direito de acesso à descendência biológica, mediante PMA, aos homens solteiros e aos casais do mesmo sexo (masculino).

3.5 Panorama do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), editada em 30.04.1948, em Bogotá/Colômbia, no art. 3º, *I*, proclama, como princípios, os direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, crença ou sexo. Nos termos do art. 43, *a*, reza

⁵³¹ *Idem.* pp. 908-911.

⁵³² *Idem.* p. 893.

que “todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem da OEA, aprovada também em 1948, inscreve, no seu artigo V, o direito à proteção da honra, da reputação pessoal e da vida particular e familiar contra ataques abusivos, e, no artigo VI, diz que toda pessoa tem direito à constituição de família e à proteção dela.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), no seu art. 1º, item 1, impõe aos Estados-Membros a obrigação de respeitar os direitos e liberdades por ela reconhecidos e garantir o seu livre e pleno exercício, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. O art. 4º, item 1, diz que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, o que não se circunscreve aos aspectos físicos, mas abrange aspectos multidimensionais, como os psíquicos, emocionais, morais, ambientais, sociais e espirituais, todos conectados ao livre desenvolvimento da pessoa humana. No art. 11, assegura a proteção da honra e da dignidade. O art. 17 dispõe sobre a proteção à família, ainda que, numa interpretação literal, adote o modelo nuclear. E, no art. 24, consagra a igualdade de todas as pessoas perante a lei, tendo direito à igual proteção, sem discriminação. Essas normas autorizam a interpretação de que, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, o pluralismo em termos de PMA é juridicamente defensável.

O direito à não discriminação foi reafirmado pelo art. 3º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)⁵³³. No art. 15, declara o direito à constituição e à proteção da família. No item 2 prevê que “toda pessoa tem direito a constituir família, o qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente”. E, no item 3, *d*, impõe aos Estados-partes o dever de “executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade”.

A Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância, de 2013, firmada em La Antigua/Guatemala, reconhece a obrigação de os Estados-Membros da OEA adotarem medidas nacionais e regionais para fomentar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os grupos e indivíduos por motivos

⁵³³ Disponível em www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html.

de sexo, idade, orientação sexual e outros. Destaca que as vítimas de discriminação e intolerância são, comumente, os migrantes, os refugiados e outros grupos e minorias sexuais, culturais, religiosas e linguísticas. Menciona o pluralismo e a democracia como bases do respeito à identidade de gênero e sexual de toda pessoa, sendo necessário criar condições que lhe possibilitem preservar e desenvolver sua identidade. Por fim, frisa que a experiência individual e coletiva da discriminação e intolerância deve ser considerada nas propostas e ações de combate à exclusão e marginalização por motivo de orientação sexual, dentre outros.

A Assembleia Geral da OEA, através da Resolução AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), de 06.06.2013, condenou a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, propondo a eliminação de barreiras ao acesso equitativo à participação política e à vida pública, bem como a inibição de ingerências na vida privada. O diploma pondera que, numa sociedade multicultural, as questões inerentes à orientação sexual e à identidade e expressão de gênero exigem um amplo debate nacional, entre todos os setores da sociedade.

Em 24.02.2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão vinculado à OEA, no caso *Atala Rizzo e Filhas versus Estado do Chile*, baseando-se nos princípios da igualdade e da não discriminação, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado por retirar as filhas da guarda da mãe, em razão da orientação sexual desta. Em interpretação evolutiva da CADH e à luz do princípio da interpretação mais benéfica à tutela dos direitos humanos, salientou que a orientação sexual consiste em categoria contemplada na expressão “qualquer outra condição social” do art. 1.1 da Convenção, cujos critérios são exemplificativos. Pontuou que o atendimento ao superior interesse da criança deve ser aferido por avaliação concreta do impacto negativo dos comportamentos parentais específicos sobre o bem-estar e desenvolvimento da criança, rejeitando “especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família”. Asseverou a CIDH que a Corte chilena, ao valer-se das expressões “família normal e tradicional”, “família estruturada normalmente e apreciada no meio social” e “família excepcional”, demonstrou uma “percepção limitada e estereotipada do conceito de família que não tem base na Convenção porquanto não existe um modelo específico de família (a ‘família tradicional’), havendo interferência arbitrária e abusiva do Estado no direito à vida familiar, nos moldes dos artigos 11.2 e 17.1 da CADH. Dentre outras cominações, condenou o Chile à reparação de danos materiais e imateriais.

Outro caso paradigmático envolveu a Costa Rica, que, pelo Decreto n. 24029-S, de 03.02.1995, do Ministério da Saúde, regulamentou a Fertilização *In Vitro*, para casais casados, sendo tal técnica praticada no país até que, em 15.03.2000, decisão da Corte Suprema,

em ação de inconstitucionalidade, entendeu que dito decreto violava o direito à vida do embrião, condicionando a possibilidade de utilização da técnica somente quando não houvesse nenhuma perda embrionária. No assim chamado caso Gretel Artavia Murillo e Outros *versus* Costa Rica, em 28.11.2012, a CIDH entendeu que houve violação aos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada dos casais prejudicados. Observou que o art. 11 da CADH impõe a proteção da vida privada e familiar contra toda invasão ou agressão arbitrária ou abusiva do Estado ou do particular, sendo imprescindível ao livre desenvolvimento da personalidade. Consignou que “a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico”. Destacou que o direito à integridade física e mental, o direito à procriação e o direito à constituição de família são aspectos da vida privada. Entendeu desproporcional a pretensão de absoluta proteção do embrião, pois envolve risco comum e inerente a outras técnicas de PMA, como a inseminação artificial, que é permitida na Costa Rica, e a gravidez natural, também sujeitas à perda embrionária. Condenou a Costa Rica à reparação de danos materiais e morais.

O Parecer Consultivo OC-24/17, de 24.11.2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, emitido por solicitação da República da Costa Rica, interpretando a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no seu item VIII, A, 199,⁵³⁴ reconheceu a proteção do vínculo entre casais do mesmo sexo, bem como propôs os mecanismos de proteção à diversidade das configurações familiares no mesmo item, B, 228.⁵³⁵

Comentando as decisões da Corte Americana de Direitos Humanos, corrente doutrinária defende a utilização da interpretação dinâmica para perquirir se a orientação sexual integra o catálogo de variáveis ou categorias indicativas de postura discriminatória. Conforme

⁵³⁴ “A Convenção Americana protege, em virtude do direito à proteção da vida privada e familiar (artigo 11.2) assim como o direito à proteção da família (artigo 17), o vínculo familiar que pode derivar de uma relação de um casal do mesmo sexo. A Corte também estima que devam ser protegidos, sem discriminação alguma, com respeito aos casais entre pessoas heterossexuais, de acordo com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24), todos os direitos patrimoniais que derivam do vínculo familiar protegido entre pessoas do mesmo sexo. Sem prejuízo do anterior, a obrigação internacional dos Estados transcende as questões vinculadas unicamente aos direitos patrimoniais e se projeta em todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, assim como aos direitos e obrigações reconhecidos no direito interno de cada Estado que surgem dos vínculos familiares de casais heterossexuais (supra, parágrafo 198)”. p. 74. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

⁵³⁵ “Os Estados devem garantir o acesso a todas as figuras já existentes nos ordenamentos jurídicos internos, para assegurar a proteção de todos os direitos das famílias formadas por casais do mesmo sexo, sem discriminação com respeito às que estão constituídas por casais heterossexuais. Para isso, poderia ser necessário que os Estados modifiquem as figuras existentes por meio de medidas legislativas, judiciais ou administrativas, para ampliá-las aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo. Os Estados que tiverem dificuldades institucionais para adequar as figuras existentes, transitariamente, e enquanto promovem estas reformas de boa-fé, têm da mesma maneira o dever de garantir aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, igualdade e paridade de direitos em relação àquelas de sexos diferentes, sem discriminação alguma”. p.80. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

tal método interpretativo, “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos; a interpretação deve acompanhar os tempos de mudança e as condições de vida atuais”. Ademais, essa construção doutrinária dá suporte à ideia de que o etiquetamento da orientação sexual como categoria suspeita, exige rigoroso escrutínio em cada caso concreto a ser apreciado, e que a falta de consenso sobre a observância dos direitos das minorias sexuais não justifica a negação ou restrição dos seus direitos (CARLUCCI, HERRERA e LAMM, 2012, 167-168)⁵³⁶.

Em suma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem demonstrado engajamento com a política antidiscriminatória em geral, mas, em razão de peculiaridades culturais, históricas, sociais e econômicas, ainda precisa avançar no que toca à positivação da aplicação do pluralismo no reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, e, especificamente, a respeito do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, posto que a mais significativa evolução constatada em seus domínios decorreu de atos judiciais e para-judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da adoção do critério de interpretação dinâmica das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

00⁵³⁶ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa; e LAMM, Eleonora. L’Homoparentalité en Amérique Latine: Les Vents qui Soufflent du Sud. **Homoparentalité? Approche Comparative.** pp. 167-168: “Si la orientation sexuelle constitue une catégorie suspectée, l’analyse d’un cas fondé sur cette variable exige d’appliquer le scrutin strict. Le manquement de consensus (soupçonné) à propos du plein respect des droits des minorités sexuelles n’est peut-être pas un argument valable pour nier ou restreindre leurs droits ou pour perpétuer et reproduire la discrimination historique et structurelle soufferte par ces minorités. Quelle relation y a-t-il entre l’affirmation que l’orientation sexuelle est une catégorie de discrimination interdite et la méfiance ou la présomption de mauvaise foi relative aux homosexuelles? La question est très importante: il y a deux conséquences au scrutin strict: (a) l’éventuel restriction d’un droit exige une motivation rigoureuse; (b) la preuve doit être fournie par celui qui demande la restriction; dans ce cas, par celui qui déclare «rester avec une maman lesbienne est contre l’intérêt de l’enfant». Par contre, comme on l’a déjà dit, toute la procédure s’est développée à partir du principe opposé; la mère a du prouver qu’elle était une personne apte. La CIDH souligne cette grave erreur à propos de la charge de la preuve”.

Tradução livre: “Se a orientação sexual é uma categoria suspeita, a análise de um caso com base nessa variável requer a aplicação de escrutínio estrito. A falta de consenso (suspeito) sobre o pleno respeito dos direitos das minorias sexuais pode não ser um argumento válido para negar ou restringir seus direitos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural sofrida por essas minorias. Qual é a relação entre a afirmação de que a orientação sexual é uma categoria proibida de discriminação e a desconfiança ou presunção de má-fé relacionada aos homossexuais? A questão é muito importante: há duas consequências para o escrutínio estrito: (a) a possível restrição do direito requer uma motivação rigorosa; (b) a prova deve ser fornecida pela pessoa que solicita a restrição; nesse caso, por aquele que declara «ficar com uma mãe lésbica é contra o interesse da criança». Por outro lado, como já foi dito, todo o procedimento se desenvolveu a partir do princípio oposto; a mãe teve que provar que era uma pessoa adequada. A CIDH enfatiza esse grave erro sobre o ônus da prova”.

CAPÍTULO 4 - O ACESSO ÀS TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO

4.1 O Modelo de Portugal

No estudo da incidência do pluralismo em matéria de direitos sexuais, reprodutivos e familiares no ordenamento jurídico interno português, faz-se necessário revisitar, inicial e sucintamente, o quadro evolutivo dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, que fornecem a base do reconhecimento e da concretização daqueles direitos.

Em Portugal, a Constituição Política da Monarquia de 1822⁵³⁷, nos seus artigos 1º e 2º, elegia a liberdade como um dos objetivos da nação. Segundo tais dispositivos, a liberdade estava conectada à legalidade, uma vez que implica em não fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe. A igualdade da lei para todos constava do art. 9º.

A Carta Constitucional de 1826⁵³⁸, no *caput* do seu art. 145º, erigia a liberdade como uma das bases dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses. O §1º enunciava o princípio da legalidade e o §12º insculpia o princípio da igualdade.

Os princípios da legalidade e da igualdade também constaram expressamente da Constituição Portuguesa de 1838⁵³⁹, respectivamente, nos artigos 9º e 10º.

A Constituição da República de 1911⁵⁴⁰, no *caput* do art. 3º, declarava invioláveis os direitos de liberdade, reconhecidos aos portugueses e aos estrangeiros residentes no país, e, nos seus itens 1º e 2º, reafirmava os princípios da legalidade e da igualdade.

Por sua vez, a Constituição Política de 1933⁵⁴¹, no *caput* do art. 5º, no rol das garantias fundamentais, estabelecia a igualdade dos cidadãos perante a lei, bem como assegurava o livre acesso de todas as classes sociais aos benefícios civilizacionais e a inclusão de todos os segmentos estruturais da Nação na administração e na elaboração das leis. O seu parágrafo único trazia uma diferente abordagem do princípio da igualdade⁵⁴². Já o art. 6º, 1º, atribuía ao Estado a promoção da unidade moral e do respeito aos direitos e garantias resultantes da

⁵³⁷ Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>.

⁵³⁸ Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CartaConstitucional.pdf>.

⁵³⁹ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf>.

⁵⁴⁰ Disponível em <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>.

⁵⁴¹ Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1933/02/04301/02270236.pdf>.

⁵⁴² “Art. 5º [...] - § único. A igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados, e a negação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza, título nobiliárquico, sexo, ou condição social, salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das cousas”. Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/1933/02/04301/02270236.pdf>.

natureza ou da lei, em favor dos indivíduos e das famílias. Dentre outros direitos e garantias individuais, o art. 8º, 1º e 2º, reconhecia aos cidadãos portugueses o direito à vida, à integridade pessoal, ao bom nome e à reputação. Referido diploma promoveu a constitucionalização da família, regulando-a nos seus artigos 11º a 13º. O modelo heteronormativo era tão arraigado que a Constituição de 1833 sequer se referiu à diferença de sexos entre os cônjuges.

A vigente Constituição da República de Portugal, no seu art. 1º, estabelece que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Isso equivale dizer que a dignidade da pessoa humana é a base do Estado, o qual tem como objetivo a edificação de uma sociedade pautada na liberdade, justiça e solidariedade. Sob a perspectiva da dignidade, os poderes republicanos devem observar a prevalência da pessoa humana sobre a organização política, vez que a mesma consiste em sujeito e fim das relações jurídicas e sociais, não em objeto e meio (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 198)⁵⁴³.

O art. 2º, consagra a República Portuguesa como Estado de Direito Democrático, elegendo, como suas bases, dentre outros, o pluralismo de expressão, o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais.

Importante acrescentar que, nos termos do art. 8º, da Constituição, as normas e princípios de direito internacional geral ou comum integram o direito português, nas condições que estabelece⁵⁴⁴. Canotilho e Moreira lecionam que a regra do n. 1 do art. 8º preconiza a “recepção automática” dos princípios e regras gerais ou comuns de direito internacional, que são incorporados ao ordenamento jurídico português, independentemente de atos complementares como aprovação, ratificação ou publicação, salvo em se tratando de regras extrajurídicas, como as de fundo moral, de cortesia internacional ou doutrinárias. Já o n. 2, segundo os autores, consagra a “recepção automática” mitigada das convenções internacionais, exigindo, para a sua entrada em vigor, que o ato seja aprovado, ratificado e publicado. Por sua vez, o n. 3 aborda a eficácia direta dos diplomas normativos formulados pelas organizações supranacionais das quais Portugal faça parte, dispensando os procedimentos de aprovação,

⁵⁴³ *Idem.* p. 198.

⁵⁴⁴ “Artigo 8.º - Direito internacional - 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

ratificação ou publicação, para sua entrada em vigor, quando houver expressa previsão deste efeito nos atos constitutivos da organização. E, segundo os mesmos doutrinadores, o n. 4 do art. 8º encerra o “princípio do primado do direito da União Europeia”, para o qual “as normas dos tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições europeias, prevalecem sobre as normas de direito interno, incluindo as normas da própria Constituição”. Frisam os autores que tais normas de direito internacional se sujeitam ao controle de constitucionalidade, a teor dos artigos 277º, n. 2, e 278º, n. 1, ambos da Constituição Portuguesa (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 253-269)⁵⁴⁵. João Mota de Campos e outros ressaltam que o Texto Constitucional português reconhece “a primazia do Direito Internacional (tanto do DI geral ou comum como do DI convencional) sobre as disposições internas de nível ordinário”, e, por outro lado, estabelece a “prevalência absoluta dos princípios e normas constitucionais sobre as disposições de origem internacional” (CAMPOS *et al*, 2014, 405)⁵⁴⁶. Com isso, denota-se que o ordenamento jurídico português é aberto às normas de direito internacional e comunitário que dão sustentação ao pluralismo nos direitos sexuais, procriativos e familiares.

O princípio da universalidade está previsto no inciso 1, do artigo 12º, da Carta Magna, assegurando que “todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. A doutrina interpreta tal princípio no sentido de que “todas as pessoas, só pelo facto de serem pessoas, são, por isso mesmo, titulares de direitos (e deveres) fundamentais, são sujeitos constitucionais de direitos e deveres” (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 328)⁵⁴⁷. Da leitura do princípio da universalidade, denota-se que ninguém pode ser alijado dos seus direitos, liberdades e garantias constitucionais, assim como dos deveres a eles correlatos.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da universalidade dão sustentação ao princípio da igualdade, positivado no art. 13º do Texto Maior.⁵⁴⁸ Embora não represente cláusula antidiscriminatória em termos amplos e gerais, o dispositivo aplica-se a todos os direitos e deveres. Consagra o princípio da igualdade como elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, atuando como cláusula inibitória de discriminações injustas. A doutrina tem considerado complexa a análise dos critérios de discriminação elencados no art. 13º, ponderando, quanto à orientação sexual, que o poder constituinte buscou evitar as

⁵⁴⁵ *Idem.* pp. 253-269.

⁵⁴⁶ CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Europeu: O Sistema Institucional, a Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia.** p. 405.

⁵⁴⁷ *Idem.* p. 328.

⁵⁴⁸ “Artigo 13º - Princípio da igualdade – 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis&so_miolo=&.

discriminações diretas e indiretas fundadas também nesse aspecto (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 342)⁵⁴⁹, considerando mais polêmicas as inerentes às relações parentais e conjugais das pessoas com orientação sexual voltada para outra do mesmo sexo (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 349-350)⁵⁵⁰. Essa interpretação confere os fundamentos constitucionais do pluralismo nos direitos sexuais, reprodutivos e familiares no ordenamento jurídico lusitano.

Tem sido defendido que, nos termos do art. 16º da Constituição, os direitos fundamentais inscritos em normas constitucionais e legais devem ser interpretados à luz dos direitos humanos, especialmente das regras contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo admissível, no plano infraconstitucional, a ampliação e a restrição de direitos fundamentais (RAPOSO, 2007, 46)⁵⁵¹. O dispositivo em questão traz relevante regra hermenêutica que salienta o compromisso da República de Portugal com os direitos humanos.

O art. 26º da Constituição Portuguesa⁵⁵² reconhece a fundamentalidade dos direitos de personalidade, quais sejam, os relativos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da pessoa, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. No seu item 2, confere à lei estabelecer medidas efetivas contra a obtenção e uso abusivos ou contrários à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. No item 3, atribui à legislação infraconstitucional assegurar o respeito à dignidade pessoal e à identidade genética do ser humano, nas pesquisas e na aplicação de tecnologias científicas, dispositivo que tem sido denominado como “bioconstituição” ou “constituição biomédica”.

Segundo posicionamento doutrinário, os direitos elencados exemplificativamente no art. 26º são típicos direitos de personalidade, que dialogam entre si, tendo sua base na dignidade da pessoa humana e a finalidade de concretização desta (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 607-608).⁵⁵³ Referida norma contempla também direitos fundamentais de personalidade não tipificados constitucionalmente, mas dotados de amplo espectro de tutela (MIRANDA e

⁵⁴⁹ *Idem.* p. 342.

⁵⁵⁰ *Idem.* p. 349-350.

⁵⁵¹ *Idem.* p. 46.

⁵⁵² “Artigo 26º (Outros direitos pessoais) - 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”.

⁵⁵³ *Idem.* pp. 607-608.

MEDEIROS, 2010, 612)⁵⁵⁴. Esse conjunto de direitos fundamentais da personalidade é protegido contra quaisquer atos discriminatórios, sendo dever do legislador fixar as medidas defensivas pertinentes (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 630)⁵⁵⁵.

No Título II, Parte I, da Carta Maior, o direito à constituição de família e ao casamento está enquadrado como direito fundamental típico (GOUVEIA, 2013, 963-965)⁵⁵⁶. Segmento da doutrina diz que o modelo heteronormativo de casamento é o único acolhido pelo art. 36º da Constituição⁵⁵⁷, sendo conferida aos casais do mesmo sexo a proteção, enquanto entidade familiar, mas não diretamente o direito ao casamento, o que, todavia, não obsta o seu reconhecimento pelo legislador ordinário (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 567-568)⁵⁵⁸.

No Capítulo II, dos direitos e deveres sociais, o art. 67º da Constituição de Portugal elege a família como elemento fundamental da sociedade, tendo direito à proteção social e estatal e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. Ao Estado, dentre outras obrigações constitucionalmente impostas, cabe, para a proteção da família, regulamentar a procriação medicamente assistida, respeitando o postulado da dignidade da pessoa humana. Aqui, para a doutrina, o Estado é compelido a uma prestação não vinculada, dependente da atuação do legislador para a sua positivação. Não confere um direito imediato e exequível a uma prestação efetiva. Essa norma não retrata uma liberdade fundamental, dotada de conteúdo determinado ou determinável em nível constitucional. Cabe ao legislador infraconstitucional adotar as políticas públicas tendentes à proteção familiar, porém, se não o fizer, incumbe ao interessado o ônus da prova quanto ao não cumprimento, falha ou insuficiência da escolha estatal (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 1359-1360)⁵⁵⁹.

Doutrina diz que o recurso às técnicas de PMA, na perspectiva do art. 67º, não constitui direito subjetivo, nem impõe o dever de prestação positiva ao Estado (CANOTILHO e

⁵⁵⁴ *Idem.* p. 612: “O direito geral de personalidade abrange, por exemplo, o direito à intimidade da esfera pessoal, o direito à imagem, o direito à palavra, o direito de resposta na comunicação social, o direito ao silêncio, a proibição de valoração de diários pessoais em processo penal, o direito à ressocialização, o direito à autodeterminação informacional, o direito ao nome, o direito à reputação e, até, algumas garantias processuais reconduzíveis à ideia de um processo equitativo”.

⁵⁵⁵ *Idem.* p. 630.

⁵⁵⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. pp. 963-965.

⁵⁵⁷ “Art. 36º - (Família, casamento e filiação) - 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação”.

⁵⁵⁸ *Idem.* pp. 567-568.

⁵⁵⁹ *Idem.* pp. 1359-1360.

MOREIRA, 2014, 859-860)⁵⁶⁰. Para outra corrente, enquanto a constituição de família consiste em direito de liberdade, a proteção à família e o acesso à PMA são direitos sociais, os quais têm hodiernamente passado por um “processo de fundamentalização” (NOVAIS, 2011, 32-33)⁵⁶¹.

A maternidade e a paternidade, também erigidas à condição de direitos e deveres sociais, consistem em dimensões do direito à procriação e estão reguladas no art. 68º, da Constituição⁵⁶². A literalidade de tal norma permite deduzir que, apenas aparentemente, não endossaria a criação deliberada de famílias por pessoas solteiras e por casais do mesmo sexo. A norma não apresenta qualquer restrição, expressa ou implícita, ao direito fundamental de procriação por parte de tais segmentos. Ao fazer menção, no art. 67º, aos direitos dos pais e das mães, não significa que este direito seja reconhecido apenas quando pai e mãe realizem o seu projeto parental num relacionamento estabelecido entre duas pessoas de sexos opostos.

Há, ainda, posicionamento doutrinário no sentido de que o pluralismo e a fragmentariedade vivenciados pelas sociedades contemporâneas dão suporte a que o legislador

⁵⁶⁰ *Idem.* pp. 859-860: “A LC n. 1/97 acrescentou a alínea e) impondo ao Estado a regulamentação da procriação assistida (imposição constitucional de regulação). A positivação constitucional desta forma do direito a ter filhos resolve, desde logo, o problema da admissibilidade constitucional da procriação assistida, reconhecendo *expressi verbis* a liberdade de procriação como liberdade negativa sem interferência do Estado. Pela sua própria natureza, este direito pressupõe dimensões prestacionais dado que se trata de uma procriação medicamente assistida, mas não se reconhece um direito subjectivo a toda e qualquer procriação possível segundo o estado actual da técnica. Excluem-se, desde logo, formas de procriação assistida lesivas da dignidade da pessoa humana (ex.: procriação através das técnicas de clonagem ou de paraclonagem). Não é líquido se o preceito transporta direitos reprodutivos positivos e a obrigatoriedade de o Estado suportar ou compartilhar os custos desta forma de procriação (o preceito fala de «regulamentação»), desde logo porque a utilização desta técnica obedece, no contexto actual, ao princípio da subsidiariedade. As dimensões prestacionais públicas poderão eventualmente justificar-se quando o direito a ter filhos não é possível sem o recurso a técnicas de procriação assistida. A Constituição não consagra, porém, o direito a procriar artificialmente como direito positivo a prestações estaduais. Contudo, isto não impede a assumpção de políticas públicas de tratamento da infertilidade («infertilidade como doença») e de reanimação do tecido demográfico”.

⁵⁶¹ *Idem.* p. 32-33: “Em primeiro lugar, verifica-se um processo de fundamentalização dos chamados direitos sociais (incluindo os direitos económicos, sociais e culturais). Isto quer dizer que, ao lado dos direitos e liberdades clássicos, são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de carácter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial. Em segundo lugar, os próprios direitos, liberdades e garantias tradicionais do Estado liberal são agora reinterpretados e reavaliados à luz da nova perspectiva de socialidade. Isto significa que o exercício destes direitos passa também a ser condicionado por uma nova perspectiva de integração comunitária e vinculação social: passam, por outro lado, a ser admitidas compressões do próprio conteúdo dos direitos clássicos, determinadas pelo objetivo de garantir uma igualdade material entre todos os cidadãos – e não uma mera igualdade jurídico-formal – e assegurar o respeito pelos direitos de todos. Isto significa que o Estado não se limita a proclamar a existência das liberdades negativas, mas se preocupa, simultaneamente, em garantir a possibilidade do seu exercício efectivo e igualitário por parte de todos, prevenindo eventuais abusos, assegurando as condições da igualdade material no seu exercício, regulando prováveis conflitos de direitos e colisões entre os direitos fundamentais e outros bens igualmente dignos de proteção jurídica”.

⁵⁶² “Art. 68º - Paternidade e maternidade – 1. Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. 2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes. [...]”.

reconheça e ampare, além do modelo tradicional de família nuclear, as demais formatações já verificadas ou potencializadas pela evolução das ciências reprodutivas, o que não conflitaria com a regulação dada à família pela Constituição Portuguesa (LOUREIRO, 2013, 43)⁵⁶³.

Os direitos, liberdades e garantias fundamentais inscritos na Constituição podem ser restringidos, contanto que observados os critérios de necessidade, generalidade, abstração e irretroatividade, que irradiam do princípio da força jurídica, positivado no art. 18 da Carta Magna.⁵⁶⁴ O princípio da força jurídica centra-se na eficácia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais previstos constitucionalmente ou decorrentes do regime jurídico adotado por uma Constituição, conferindo-lhes “cláusula de imediaticidade” ou “aplicabilidade direta”, “validade” e “vinculatividade” (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 382)⁵⁶⁵. Além disso, o princípio em comento, invocável tanto nas relações públicas, quanto nas privadas, informa o regime das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (CANOTILHO e MOREIRA, 2014, 382)⁵⁶⁶. Pode ser suscitado na via administrativa ou na jurisdicional, nos casos de inexistência, inadequação, insuficiência ou contrariedade de lei infraconstitucional concretizadora. Isso demonstra que os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são moldáveis pela legislação infraconstitucional, mas, o oposto, eles é que devem moldá-la, sujeitando o Poder Legiferante aos seus preceitos, sem prejuízo do controle de constitucionalidade de competência do Poder Judiciário (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 319)⁵⁶⁷. Assim, tal princípio pode incidir visando à eficácia dos direitos à liberdade sexual, à procriação e à constituição de família, quando constitucionalmente positivados, eis que dotados de fundamentalidade. Novais leciona que toda restrição, mesmo que expressamente autorizada pela Constituição, deve atender aos pressupostos de constitucionalidade formal e material, bem

⁵⁶³ *Idem.* p. 43.

⁵⁶⁴ “Artigo 18º - Força jurídica - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 1. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 2. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁵⁶⁵ *Idem.* p. 382: “Em termos jurídico-dogmáticos, os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis porque: (1) concebem-se e valem constitucionalmente como norma concretamente definidora de posições jurídicas (*norma normata*) e não apenas como norma de produção de outras normas jurídicas (*norma normans*); (2) *prima facie*, isto é, numa primeira aproximação, aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente do legislador (*interpositio legislatoris*); (3) também em princípio, constituem direito *actual e eficaz* e não apenas directivas jurídicas de aplicabilidade futura”.

⁵⁶⁶ *Idem.* pp. 382-383: “[...] A aplicabilidade directa transporta, em regra, direitos subjectivos, o que permite: (1) invocar as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias na ausência de lei; (2) invocar a invalidade dos actos normativos que, de forma directa, ou mediante interpretação, infringem os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias, impondo-se, assim, na solução dos casos concretos, contra a lei e em vez da lei, ou contra determinada interpretação da lei”.

⁵⁶⁷ *Idem.* pp. 319.

como passar pelo escrutínio da ponderação de bens envolvidos e dos “limites aos limites dos direitos fundamentais”. E, segundo o mesmo jurista, as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição têm de respeitar, além daqueles requisitos, os preceitos da igualdade e da reserva legal, bem como os princípios da “proibição do excesso”⁵⁶⁸, da “idoneidade ou da aptidão”⁵⁶⁹, da “indispensabilidade ou do meio menos restritivo”⁵⁷⁰, da “proporcionalidade”⁵⁷¹, da “razoabilidade”⁵⁷², da “essenciabilidade de conteúdo”⁵⁷³ e da “proteção da confiança”⁵⁷⁴ (NOVAIS, 2010, 727)⁵⁷⁵.

Em virtude de que os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais só podem ser restringidos ou objeto de intervenção diante de razões legítimas e válidas, as decisões referentes aos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, inerentes ao estado de dignidade da pessoa humana, devem seguir a mesma lógica. À vista disso, a doutrina salienta que, em se tratando de recurso às tecnologias de PMA, a liberdade decisória da pessoa é tutelada pelo ordenamento jurídico, “salvo se o Estado tiver uma razão determinante para negar aos seus cidadãos a tomada de tais decisões, isto é, para negar a sua autonomia procriativa” (BRITO, 2012, 157)⁵⁷⁶. Numa sociedade comprometida com a pluralidade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, em regra, somente os limites impostos e as condições genericamente exigíveis de todos os cidadãos são admissíveis para a limitação dos direitos, liberdades e garantias relacionados à sexualidade, à procriação e à parentalidade. Especificamente sobre o acesso à PMA, o estado civil, o sexo e a orientação sexual da pessoa ou casal pretensamente beneficiários não consistem em justificativas legítimas para que o Estado possa obstar-lhes o acesso aos serviços de saúde reprodutiva hábeis à remoção das barreiras físicas ou sociais à realização parental.

Entendendo-se a procriação e a constituição de família como direitos fundamentais, extensíveis a todos, no caso de necessidade de recurso às técnicas de PMA, a única restrição

⁵⁶⁸ Segundo o princípio da proibição do excesso, as restrições e ingerências sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais devem se limitar ao estritamente necessário à salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos.

⁵⁶⁹ O princípio da idoneidade ou da aptidão impõe que a intervenção ou a restrição seja apta ao atingimento de uma finalidade. Consiste em meio de controle objetivo ou formal da medida restritiva.

⁵⁷⁰ Para o princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, são admitidas, tão somente, restrições essenciais ou menos gravosas, de modo a inibir prejuízos desnecessários à consecução do fim almejado.

⁵⁷¹ Conforme o princípio da proporcionalidade, ou princípio da proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se a mensuração entre o desvalor do meio e o valor do bem jurídico protegido.

⁵⁷² O princípio da razoabilidade tem como foco a gravidade, em termos quantitativos e qualitativos, da medida restritiva ou da intervenção, do ponto de vista da pessoa prejudicada, autorizando a ponderação de bens jurídicos e levando em conta a situação individual e concreta.

⁵⁷³ Visa o princípio da essenciabilidade de conteúdo preservar o núcleo básico do direito, liberdade ou garantia fundamental afetada pela medida de restrição, de modo a inibir o seu completo esvaziamento.

⁵⁷⁴ Através do princípio da proteção da confiança, busca-se garantir a previsibilidade, a estabilidade e a segurança das relações jurídicas.

⁵⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. p. 727.

⁵⁷⁶ *Idem*. p. 157.

admissível, a nosso ver, consiste na exigência de capacidade civil para a manifestação do consentimento livre e esclarecido, o que se dá através da imposição etária mínima para adesão aos tratamentos e procedimentos médicos disponíveis (requisito positivo) e ante a inexistência de sentença de acompanhamento vedatória do recurso a tais técnicas (requisito negativo), pressupostos razoáveis, proporcionais e necessários, pois o acesso à PMA, além de implicar em exercício da liberdade individual e se materializar através de intervenções invasivas no corpo humano, tem como principal escopo e consequência o surgimento de um outro ser.

Por sua vez, da análise evolutiva da legislação infraconstitucional de Portugal, é possível constatar muitas transformações no reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, sob a vertente do pluralismo, inclusive em alguns aspectos do acesso à PMA.

O revogado Código Civil Português de 1867⁵⁷⁷, no seu art. 97º, estabelecia a maioridade civil após 21 (vinte e um) anos de idade. No art. 137º, dispunha que o poder paternal, na constância do casamento, implicava num complexo de direitos concernentes à regência das pessoas e dos bens dos filhos menores, entretanto, o art. 138º erigia a figura do pai como chefe de família, responsável por dirigir, representar e defender os filhos menores, em juízo ou fora dele, cabendo às mães uma participação coadjuvante, devendo ser ouvidas nas questões pertinentes aos interesses dos filhos. Conforme o art. 139º, apenas na ausência ou impedimento do pai, a mãe assumiria o papel deste. Nos termos do art. 142º, os filhos deveriam, a todo tempo, honrar e respeitar os pais, bem como cumprir todos os seus preceitos não ilícitos. Os filhos “rebeldes” poderiam ser recolhidos à casa de correção, por decisão judicial, a pedido dos pais, nos moldes do art. 143º. Assim, a instituição familiar acolhida pelo extinto Código Civil Português era marcadamente patriarcal, pautada pela hierarquia e disciplina, com secundarização da figura da mulher e absoluta sujeição dos filhos.

Já o Código Civil de 1966, em vigor, no art. 1.901º, distribui equanimemente entre os cônjuges as responsabilidades parentais, na constância do casamento. A filiação constitui-se em consonância com o art. 56º.⁵⁷⁸ No que tange ao estabelecimento da filiação, com base no art. 1.796º,⁵⁷⁹ a maternidade resulta do fato do nascimento, enquanto que a paternidade é

⁵⁷⁷ Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

⁵⁷⁸ “Art. 56º - (Constituição da filiação) - 1. À constituição da filiação é aplicável a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação. 2. Tratando-se de filho de mulher casada, a constituição da filiação relativamente ao pai é regulada pela lei nacional comum da mãe e do marido; na falta desta, é aplicável a lei da residência habitual comum dos cônjuges e, se esta também faltar, a lei pessoal do filho. 3. Para os efeitos do número anterior, atender-se-á ao momento do nascimento do filho ou ao momento da dissolução do casamento, se for anterior ao nascimento”. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A0055&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&sso_miolo=&nversao=#artigo.

⁵⁷⁹ “Art. 1.796º - (Estabelecimento da Filiação) - 1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º 2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento”.

presumida em relação ao marido da genitora, e, nos casos de filiação fora do casamento, resulta do reconhecimento do filho pelo cônjuge da mãe. Logo, a presunção legal da maternidade, no contexto português, em regra, tem natureza biológica, pois pautada no fato do parto/nascimento. Por outro lado, a presunção da paternidade é, em regra, autodeclaratória, posto que firmada por ocasião do registro de nascimento da criança pelo cônjuge ou parceiro da parturiente. Abílio Neto entende que o vínculo de filiação materno prestigia a “verdade biológica” com a finalidade de “retirar à mãe qualquer possibilidade de impedir a constituição do estado”, e, no que tange à filiação paterna, funda-se no fato biológico da participação masculina no ato de fecundação, para compeli-lo a assumir “o estatuto jurídico correspondente” (NETO, 2016, 1459)⁵⁸⁰.

A maternidade pode ser presumida, “quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público”, a teor do art. 1.816º, inciso 2, alínea *a* ⁵⁸¹. Essa presunção legal assemelha-se à figura da maternidade socioafetiva.

A paternidade presumida por socioafetividade também se faz presente no direito de família português, que presume a paternidade “quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretenso pai e reputado como filho também pelo público”, com fulcro no art. 1.871º, n. 1, *a*, do Código Civil.

Os direitos e deveres inerentes às relações familiares havidas entre genitores e filhos estão descritos nos artigos 1.874º ⁵⁸², 1.878º ⁵⁸³ e art. 1.880º ⁵⁸⁴, todos do diploma material civil, que expressam o que é ser pai, ser mãe e ser filho.

Por outro lado, o Código Civil, no art. 1.913º, elenca as hipóteses de inibição de pleno direito das responsabilidades parentais, ⁵⁸⁵ a serem decretadas por sentença, a teor do art. 1.914º.

⁵⁸⁰ NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. p. 1459.

⁵⁸¹ “Art. 1816º - (Prova da maternidade) – 1. Na acção de investigação de maternidade o filho deve provar que nasceu da pretensa mãe. 2. A maternidade presume-se: a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público; b) Quando exista carta ou outro escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a sua maternidade. 3. A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a maternidade”.

⁵⁸² “Artigo 1874º - (Deveres de pais e filhos) - 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência. 2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar”.

⁵⁸³ “Artigo 1878º - (Conteúdo das responsabilidades parentais) - 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”.

⁵⁸⁴ “Artigo 1880º - (Despesas com os filhos maiores ou emancipados) - Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação a que se refere o artigo anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete”.

⁵⁸⁵ “Art. 1913º - (Inibição de pleno direito) 1 - Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais: a) Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito; b) Os maiores acompanhados, apenas no casos em que a sentença de acompanhamento assim o declare; c) Os ausentes,

O exercício da parentalidade somente é inibido de pleno direito por sentença judicial, diante de situações gravosas que demonstrem a inaptidão do(a) genitor(a). O art. 1.915º enumera os casos de inibição total ou parcial do exercício das responsabilidades parentais,⁵⁸⁶ também declaráveis por sentença, que pode abranger os filhos ainda não nascidos. Aqui, cumpre observar que a lei civil não obsta que pessoas tidas como inaptas à parentalidade procriem, apenas prevê a possibilidade de impedimento do exercício dos poderes-deveres a ela inerentes. Em outras palavras, revela, com base em critérios objetivos, quem não pode ser pai ou mãe. Inclusive, o art. 1.918º permite a retirada da guarda da criança para confiá-la a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, quando houver risco de perigo à sua segurança, saúde, formação moral ou educação, mas não seja caso de inibição dos poderes parentais⁵⁸⁷.

Assim, mesmo diante de situações objetivas, potenciais ou concretas de inaptidão à parentalidade, esta não é obstada, prévia ou automaticamente, mas apenas limitada em seus efeitos, razão pela qual é defensável que, no regime pluralista e igualitário, o acesso à procriação e à parentalidade pela PMA não seja restringido apenas em razão do sexo, da orientação sexual ou do estado civil, fatores que, por si sós, não implicam ameaça ou risco à prole.

No que tange à conjugalidade, o Código Civil de Portugal assumiu uma conotação pluralista, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, após a alteração do seu art. 1.577º, pela Lei n. 9, de 31.05.2010,⁵⁸⁸ passando a dispor que “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

O art. 1.979º do Código Civil Português, na alínea 2, permite a adoção por pessoas solteiras maiores de trinta anos de idade. Com o advento da Lei n. 143/2015, referido *codex*

desde a nomeação do curador provisório. 2 - Os menores não emancipados consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens. 3 - As decisões judiciais que importem inibição do exercício das responsabilidades parentais são comunicadas, logo que transitem em julgado, ao tribunal competente, a fim de serem tomadas as providências que no caso couberem”.

⁵⁸⁶ “Art. 1915º - (Inibição do exercício das responsabilidades parentais) 1. A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres. 2. A inibição pode ser total ou limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns. 3. Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada”.

⁵⁸⁷ “Artigo 1918º - (Perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho) - Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”.

⁵⁸⁸ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

sofreu alteração em tal artigo,⁵⁸⁹ admitindo a adoção plena, com neutralidade quanto ao sexo dos adotantes. Em consequência, a mesma lei alterou as condições de consentimento para a adoção, estipuladas no art. 1.981º do Código Civil⁵⁹⁰. Com isso, o pluralismo também foi incorporado à parentalidade por adoção no ordenamento jurídico português.

Outras normas antidiscriminatórias relacionadas à orientação sexual e ao estado civil vieram à baila com a edição da Lei n. 2, de 29.02.2016. Tal lei alterou o art. 7º da Lei n. 7/2001 (Proteção das Uniões de Fato), conferindo a todas as pessoas que vivam em união de fato o direito de adoção em condições análogas às estabelecidas no art. 1.979º do Código Civil, sem prejuízo das normas atinentes à adoção por pessoas não casadas. Com isso, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como manifestação de família. Alterou a Lei n. 9/2010 (Casamento Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo), que, no seu art. 3º, passou a admitir a adoção, em qualquer de suas modalidades, por casais do mesmo sexo.⁵⁹¹ Referida norma tornou-se diploma norteador das interpretações pertinentes ao casamento, adoção, apadrinhamento civil e outras relações jurídicas familiares, conforme determina expressamente o seu art. 5º⁵⁹². Esse dispositivo permite, inclusive, a adoção retroativa do filho do então cônjuge ou companheiro

⁵⁸⁹ “Artigo 1979º - Quem pode adotar - 1 - Podem adotar duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos. 2 - Pode ainda adotar quem tiver mais de 30 anos ou, se o adotando for filho do cônjuge do adotante, mais de 25 anos. 3 - Só pode adotar quem não tiver mais de 60 anos à data em que a criança lhe tenha sido confiada, mediante confiança administrativa ou medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, sendo que a partir dos 50 anos a diferença de idades entre o adotante e o adotando não pode ser superior a 50 anos. 4 - Pode, no entanto, a diferença de idades ser superior a 50 anos quando, a título excecional, motivos ponderosos e atento o superior interesse do adotando o justifiquem, nomeadamente por se tratar de uma fratria em que relativamente apenas a algum ou alguns dos irmãos se verifique uma diferença de idades superior àquela. 5 - O disposto no n.º 3 não se aplica quando o adoptando for filho do cônjuge do adoptante. 6 - Releva para efeito da contagem do prazo do n.º 1 o tempo de vivência em união de facto imediatamente anterior à celebração do casamento”.

⁵⁹⁰ “Artigo 1981º - (Consentimento para a adopção) - 1 - Para a adopção é necessário o consentimento: a) Do adoptando maior de 12 anos; b) Do cônjuge do adoptante não separado judicialmente de pessoas e bens; c) Dos pais do adotando, ainda que menores e mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais, desde que não tenha havido medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção; d) Do ascendente, do colateral até ao 3.º grau ou do tutor, quando, tendo falecido os pais do adoptando, tenha este a seu cargo e com ele viva. e) Dos adotantes. 2 - Nos casos previstos nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 do artigo 1978.º, sempre que a criança se encontre a viver com ascendente colateral até ao 3.º grau ou tutor e a seu cargo, não é exigido o consentimento dos pais, sendo porém exigido o consentimento dessas pessoas. 3 - O tribunal pode dispensar o consentimento: a) Das pessoas que o deveriam prestar nos termos dos números anteriores, se estiverem privadas do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em as ouvir; b) (Revogada.) c) Dos pais do adotando inibidos do exercício das responsabilidades parentais, quando, passados 18 ou 6 meses, respetivamente, sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido, o Ministério Público ou aqueles não tenham solicitado o levantamento da inibição decretada pelo tribunal, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 1916º”.

⁵⁹¹ “Artigo 3º - Adopção - 1 - O regime introduzido pela presente lei implica a admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 - Nenhuma disposição legal ou regulamentar em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior”.

⁵⁹² “Artigo 5º - Disposição final - Todas as disposições legais relativas ao casamento, adoção, apadrinhamento civil e outras relações jurídicas familiares devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do sexo dos cônjuges”.

de fato, nos casos de posterior divórcio ou cessação da união de fato. A Lei n. 2/2016, ainda, modificou o Código de Registro Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n. 131/1995, alterando a redação do seu art. 1º, 3, de modo a permitir que os registros e averbações de nascimento sejam efetuados do mesmo modo que o previsto nas leis vigentes para os casais de sexos diferentes, “quando os sujeitos da relação jurídica de filiação, adoção ou apadrinhamento civil estejam casados ou unidos de facto com pessoa do mesmo sexo”. A Lei n. 2/2016 tem como traço essencial o pluralismo e representa um avanço no reconhecimento e na inclusão dos casais de mesmo sexo no contexto familiar, não mais persistindo justificativa razoável, fática ou jurídica, para a manutenção de empecilho ou de omissão legal ao seu acesso às técnicas de procriação medicamente assistida para a concretização de um projeto procriativo-parental.

Entretanto, a doutrina sugere parcimônia na comparação entre a adoção e a filiação resultante de acesso às técnicas de PMA quanto aos casais do mesmo sexo. Observa que, na primeira, o centro da atenção se circunscreve sobre uma criança certa e existente, em situação de risco social, ao passo que, na PMA, se trata de criança futura, de existência eventual e incerta. Na adoção, sugere que deve prevalecer o sentimento de solidariedade social, enquanto que, na PMA, sobressai-se o interesse em ter filhos biológicos, próprios. Aduz que mesmo a PMA heteróloga está sujeita aos princípios inerentes à filiação natural, posto que se trata de ato procriativo em sentido próprio, ainda que não decorrente da interação efetiva e fisiológica entre homem e mulher (SILVA e COSTA, 2011, 32)⁵⁹³. No mesmo sentido, outra linha sustenta que a adoção e a filiação decorrente do emprego de técnicas de PMA, embora justificadas por diferentes razões, têm como modelo a filiação natural, havendo um “*numerus clausus filial*”. Na adoção, o vínculo originário é rompido entre os genitores biológicos e o filho, e, por ato volitivo, fundado no interesse superior da criança, se estabelece vínculo subsidiário, entre adotante e adotado, seguindo os moldes do vínculo natural (“*adoptio natura imitatur*”). Já a filiação decorrente do emprego das técnicas de PMA não consiste num novo tipo de filiação jurídica, devendo reproduzir o modelo de filiação natural (AGUILAR, 2000, 666)⁵⁹⁴.

Cabe ponderar que, se o Estado reconhece a capacidade dos casais do mesmo sexo para a adoção, seria incoerente sonegar-lhes a parentalidade biológica. Do contrário, estaria o

⁵⁹³SILVA, Paula Martinho da; e COSTA, Marta. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)**. p. 32: “A comparação entre o regime jurídico da adopção e as técnicas de PMA apenas pode ser feita em termos muito restritos. Isto é, dado que a adopção não é tanto um instituto concebido para encontrar um filho para uma família, mas sobretudo para dar uma família ao adoptando, de acordo com o seu superior interesse, permanecerá como uma solução para um problema verdadeiramente existente, pois a criança já vive, reclamando o amor de uma família. Diversamente, em caso de recurso a técnicas de PMA, a criança ainda não foi concebida, pelo que o legislador se encontra em posição de determinar o ideal âmbito de aplicação subjectivo das mesmas, sem as pressões advenientes da existência de uma criança ‘órfã’ e vulnerável”.

⁵⁹⁴ *Idem*. p. 666.

Estado utilizando-se de tais pessoas como instrumentos para a solução de um problema causado pelos casais de sexos opostos, quando reconhecida a inaptidão destes para a parentalidade ou quando a esta renunciaram. O argumento de que a permissão de adoção aos casais do mesmo sexo baseia-se na solidariedade para a minimização do risco social experimentado por uma criança já existente, não propiciando que a lei faculte seu acesso à prole biológica, é insustentável, porque poderia representar a estipulação de uma restrição a direito fundamental, calcada apenas em visão moral unívoca, com o escopo de transferência ao particular da obrigação estatal de cuidado para com os menores em situação vulnerável. A adoção tende a ser uma escolha movida por sentimentos nobres, como o afeto, a espontaneidade e a generosidade, o que, em regra, se verifica, independentemente do estado civil, sexo ou orientação sexual do(a)(s) adotante(s), não sendo justo que consista no único caminho imposto por lei para que certos indivíduos ou casais realizem um projeto de parentalidade.

Em termos de legislação especial referente ao exercício dos direitos reprodutivos, a difusão e a aceitação das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) em Portugal, ao longo do seu desenvolvimento, encontraram “diversos obstáculos e constrangimentos de cariz societal, cultural, legal, ético e financeiro”, notadamente quanto à “possibilidade de mulheres e homens sós, assim como de casais heterossexuais e homossexuais, recorrerem à doação de gametas e/ou de embriões ou à maternidade de substituição” (SILVA, 2014, 21)⁵⁹⁵.

Inicialmente, foi editado o Decreto-Lei n. 319/1986, que disciplinou a atividade dos bancos de esperma, diploma que a doutrina considera insuficiente e que teria por escopo apenas a introdução da procriação artificial heteróloga (ASCENSÃO, 1998, 977)⁵⁹⁶.

Mediante Despacho n. 37/1986, foi criada a Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, no âmbito do Ministério da Justiça. Tal comissão apresentou três projetos legislativos: (1) utilização de técnicas de procriação medicamente assistida; (2) funcionamento dos centros de procriação assistida; e (3) institucionalização de um Conselho Nacional de Bioética. Porém, referidos anteprojetos não foram aprovados em razão da cessação de funções do X Governo Constitucional.

Em 04.08.1992, instalou-se o Grupo de Trabalho para o Estudo da Medicina Familiar, Fertilidade e Reprodução Humana, na esfera do Ministério da Saúde. O grupo apresentou, em setembro/1993, relatório contendo sugestões e fundamentos para um projeto de lei sobre PMA, que veio a ser elaborado pelo Gabinete do referido ministério, mas não teve seguimento.

⁵⁹⁵ *Idem.* p. 21.

⁵⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n. 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 977.

No mês de agosto de 1997, apresentou-se a proposta de lei n. 135/VII, com o objetivo de regular as técnicas de procriação medicamente assistida. Aprovada em junho/1999, por meio do Decreto n. 415/VII, o Presidente da República vetou o ato em decorrência de oposição da comunidade médico-científica quanto à limitação de ovócitos a serem empregados em cada procedimento de inseminação, à ausência de anonimato dos doadores de células germinativas e às restrições ao diagnóstico genético pré-implantação.

Posteriormente, foram lançados os projetos de lei n. 90/IX (2002), n. 371/IX (2003) e n. 512/IX (2004), os quais caducaram, em razão da dissolução da Assembleia da República.

Sendo atribuído ao direito eleger os beneficiários e delimitar as condições de aplicação das técnicas de PMA adequadas à cultura nacional, e visando à proteção da dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento científico e tecnológico, no interregno de julho a outubro de 2005, foram apresentados diversos projetos legislativos, culminando na edição da Lei n. 32/2006⁵⁹⁷, que, em sua redação original, consagrou o modelo familiar nuclear pautado na heteroparentalidade, exigindo a estabilidade de uma relação como critério para o enquadramento no rol de beneficiários das técnicas de PMA, refletindo os valores dominantes na sociedade portuguesa e europeia (SILVA, 2014, 78-79),⁵⁹⁸ que reproduzem o padrão de família da cultura ocidental, composto pelos elementos biológico - ato procriativo entre homem e mulher; simbólico – presença das figuras de pai e mãe como essenciais à criação do filho; e jurídico – conjunto de normas que regulam essas relações (ROSA e CARDIN, 2017, 150)⁵⁹⁹.

Nos pontos diretamente correlatos ao objeto desta pesquisa, o texto original da Lei n. 32/2006 estabelecia, como condições de admissibilidade, no art. 4º, n. 2, (1) a subsidiariedade, e não alternatividade, do método procriativo; e (2) a utilização apenas “mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”. O art. 6º, ao tratar dos beneficiários das técnicas de PMA, adotou parâmetro heteronormativo, autorizando o acesso somente a (1) “pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos”; e, cumulativamente, (2) que sejam pessoas maiores de 18 (dezoito) anos de idade, não submetidas a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica. O art. 8º, n. 1, vedou os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição, cominando sanção de nulidade, e, no n. 3, previu que “a mulher que suportar uma gravidez de

⁵⁹⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo.

⁵⁹⁸ *Idem.* pp. 78-79.

⁵⁹⁹ *Idem.* p. 150.

substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”, ou seja, estipulou a maternidade como pena civil pela infringência de lei. Ademais, o art. 39º considerou delito penal a concretização de contratos onerosos de gestação por conta de outrem, estipulando pena restritiva de liberdade ou multa⁶⁰⁰.

Ante o advento da Lei n. 9/2010, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), por meio da Declaração de 18.06.2010⁶⁰¹, posicionou-se no sentido de que, tendo em vista o art. 4º da Lei n. 32/2006, “o acesso às técnicas de PMA continua legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo casadas entre si, proibição que se manterá se não for produzida, pela forma constitucionalmente prevista, uma alteração legislativa”.

Em 2012, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), a pedido da Assembleia da República, elaborou o parecer n. 63/CNECV/2012⁶⁰², que recomendou a

⁶⁰⁰ “Artigo 39.º - Maternidade de substituição - 1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. 2 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias”.

⁶⁰¹ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Documents/Declara%C3%A7%C3%B5es/Declaracao_AcessoPMA.pdf.

⁶⁰² Trecho do parecer: “Assim, não sendo sustentável o argumento da existência de uma imposição jurídica derivada da Constituição, resta a única justificação com relevância ética que vem invocada para as referidas exclusões e proibições, ou seja, a alegação de que o acesso às técnicas de PMA nessas outras circunstâncias constituiria uma instrumentalização da vida humana, parecendo, com a alegação, pretender-se significar que o novo ser estaria nesses outros casos, e só neles, a ser instrumentalizado no interesse das pessoas que recorriam à PMA. Porém, o argumento é inconsistente, na medida em que, do ponto de vista da motivação, da intencionalidade e do interesse de quem recorre às técnicas de PMA - e é esse o plano que conta para o diagnóstico de existência de instrumentalização - não há qualquer diferença entre estar num casal ou fora dele, viver acompanhado ou só, ter uma família ou pretender constituir uma família, ter uma ou ter outra orientação sexual. A motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projeto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção - a não ser que se estivesse no domínio de patologia que pode ocorrer em qualquer situação - de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser. Logo, pode haver outras razões que determinem diferenças de tratamento consoante as diferentes situações em que se inserem as pessoas que recorrem às técnicas de PMA, mas a alegação de instrumentalização é inaplicável ou, em alternativa, igualmente aplicável, sem diferenciações, a quaisquer delas, sejam os interessados casados, em união, em vida singular, heterossexuais ou homossexuais. Admite-se, sem reservas, que estamos perante questões complexas, naturalmente controversas, em que estão em causa, não apenas as motivações dos interessados, mas também eventuais danos provocados em terceiros, o interesse do novo ser que se pretende trazer à vida, o interesse da sociedade e os seus valores simbólicos ou, ainda, princípios éticos relevantes. Pode também admitir-se que em domínios como este não haja uma única solução ditada por um imperativo ético que não admita alternativas e que, diferentemente, sejam admissíveis diversas soluções legislativas não eticamente censuráveis, o que, de resto, é empiricamente confirmado pelo facto da existência de soluções muito diversas nos ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos. No entanto, quando o Estado não apenas seleciona de forma discriminatória o acesso aos serviços que presta, como proíbe e sanciona pessoas por recorrerem às técnicas de PMA, mesmo recorrendo a recursos próprios e meios privados, deve, dada a importância e gravidade da afetação das opções e da autonomia das pessoas abrangidas pela exclusão e pela proibição, apresentar uma justificação ponderosa para o fazer. No caso, esta condição não parece, até ao momento, satisfeita”. Disponível em <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>.

realização de pesquisas longitudinais e de registros para a colheita de evidências sobre os diversos ângulos da PMA e da gestação de substituição. Referido parecer posicionou-se pela inexistência de imposição constitucional à vedação de acesso às técnicas de PMA às pessoas solteiras e aos casais do mesmo sexo, o que considerou opção legislativa discriminatória.

O CNPMA, em 11.03.2016, apresentou parecer sobre propostas de alteração à Lei n. 32/2006⁶⁰³, veiculadas através dos Projetos de Lei de números 6/XIII/1^a, 29/XIII/1^a, 36/XIII/1^a e PJI 51/XIII/1^a, sugerindo alteração da redação do seu art. 6º, que trata dos beneficiários das técnicas de PMA, de modo a promover a ampliação do acesso a todas as pessoas, afastando-se critérios eletivos baseados no estado civil, no sexo e na orientação sexual do(a)(s) interessado(a)(s)⁶⁰⁴. Isso revela que o Conselho, ao tempo da emissão do parecer, já vislumbrava a aplicação do pluralismo na procriação humana assistida, porém, respeitando “o carácter eminentemente político da alteração de paradigma consubstanciado na nova formulação do normativo”, conforme constou da sua fundamentação⁶⁰⁵. O parecer, no seu item 6, também apresentou ponderações de ordem consequencialista a respeito da ampliação do rol de beneficiários das técnicas de PMA, diante da sobrecarga das demandas do Serviço Nacional de Saúde⁶⁰⁶. Quanto ao acolhimento da gestação de substituição altruísta, como contributo à concretização da parentalidade, o Conselho pautou-se na inalienabilidade do direito de todo ser

⁶⁰³ Disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMA_Parecer \[6-29-36-51-XIII\].pdf](http://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMA_Parecer%206-29-36-51-XIII.pdf).

⁶⁰⁴ O parecer propôs a seguinte redação para o art. 6º da Lei n. 32/2006: “Art. 6º As técnicas de PMA só podem ser utilizadas em benefício de quem, tendo, pelo menos, 18 anos de idade, não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica e tenha previamente expresso, de forma livre, consciente e esclarecida, o seu consentimento nos termos previstos no artigo 14.º”.

⁶⁰⁵ “Na verdade, não podendo ser ignorado que o alargamento agora proposto do paradigma fundador da aplicação das técnicas de PMA dá corpo a uma ponderação de valores éticos que, de certa forma, são conflituais entre si e consubstancia a prevalência de uns sobre outros, a filosofia política em que assenta e da qual emerge o conceito de Estado de Direito, que é a forma de organização institucional que a República Portuguesa assume, justifica, de modo indiscutível e incontornável, porque é na Assembleia da República que se encontra concentrada, na sua completa diversidade, a totalidade da representatividade da vontade popular institucional e juridicamente operante, que a maioria dos Deputados possa, exercendo livre e plenamente, o mandato que lhes foi conferido pelo Povo, assim o definir e determinar”. Disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMA_Fundamentacao\[6-29-36-51-XIII\].p](http://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMA_Fundamentacao[6-29-36-51-XIII].p) df.

⁶⁰⁶ “6. O que antes se afirma tem em perfeita conta - até porque isso constitui uma verdade indiscutível - que as alterações propostas (e que, ao contrário do que poderá pensar-se, dada a sua abrangência resultante da eliminação do critério da pré-existência de um diagnóstico de infertilidade como condição de acesso às técnicas de PMA, não se circunscreverão às mulheres sem parceiro ou aos casais de lésbicas) colocam problemas à Comunidade e ao Estado, especialmente no que tange ao Serviço Nacional de Saúde. E por todos é sabido que o Serviço Nacional de Saúde já não consegue responder com a presteza desejável (e desejada) às necessidades dos beneficiários que, de acordo com a legislação atualmente em vigor, podem aceder a essas técnicas. Será, portanto, necessário, nestas como em todas as outras situações em que há que gerir recursos finitos - e os recursos sociais disponíveis são sempre finitos, independentemente de estarem na posse de entidades privadas ou sob gestão pública - encontrar soluções, para que os direitos dos novos beneficiários não influenciem negativamente os direitos dos beneficiários anteriormente definidos com base no paradigma da doença infertilidade. Em suma, o CNPMA considera ser essencial manter no texto da Lei o reconhecimento de que existe uma diferença entre a PMA baseada na doença (incluindo a infertilidade) e a destinada a suprir outro tipo de interesses merecedores da tutela do Direito”.

humano “à busca da sua felicidade pessoal”. Frisou que é indiscutível a possibilidade de imposição estatal de restrições ou obstáculos à vontade livre e esclarecida dos membros de uma comunidade, contudo existem limitações quando o comportamento impedido não resultar danos para os envolvidos ou terceiros⁶⁰⁷. A despeito do esforço argumentativo do Conselho, as alterações propostas não foram integralmente recepcionadas pelo Poder Legislativo, que não estendeu o acesso à PMA aos homens solteiros e aos casais masculinos.

O CNECV emitiu o Parecer n. 87/CNECV/2016⁶⁰⁸, sobre os projetos de lei de números 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV, relativos à PMA, e 36/XIII (1ª) BE, em matéria de gestação de substituição (GDS). Através do Parecer 90/CNECV/2016⁶⁰⁹, posicionou-se pela manutenção do método subsidiário das técnicas de PMA, que impõe sejam sopesados os valores éticos de sua aplicação a todas as mulheres, independentemente de estado civil e orientação sexual. E, por fim, o Parecer n.

⁶⁰⁷ “10. Claro que no seio da Comunidade existem temores que, obviamente, não poderão ser descartados como inconsequentes; contudo, de acordo com o entendimento deste Conselho os mesmos não têm, no que é essencial, a importância que lhes é dada pelos setores da Sociedade que os sustentam. E, sempre salvo melhor opinião (mas esta é a deste Conselho), de modo algum, podem esses temores constituir um obstáculo ao anseio tão fortemente humano que é o desejo de parentalidade (que aqui é, ao mesmo tempo, o de maternidade e de paternidade - facto que vincadamente se sublinha) e, uma vez mais, o direito à busca da sua felicidade pessoal que não causa prejuízo ou mal (“do no harm”) a outrem. Nem sequer à criança ou crianças nascidas com a utilização deste procedimento porquanto o mesmo é antecedido - tem de ser e é isso que no texto legislativo proposto se afirma muito perentoriamente que o será - de um acompanhamento sistemático até ao final da gravidez por parte da Entidade Reguladora para o setor, que colherá sempre o prévio aconselhamento da Ordem dos Médicos, por forma a garantir que todos os intervenientes nesse acordo de vontades estão a atuar tendo por base um projeto parental claramente definido, que o fazem de forma livre, voluntária e esclarecida, até do ponto de vista legal, e que estão devidamente conscientes das consequências dos seus atos (as previsíveis e as que o nunca o serão) e psicológica e emocionalmente preparados para as suportar. O que vale tanto para a gestante de substituição como para o casal beneficiário”.

⁶⁰⁸ Conclusões do parecer: “Considerando o expandido no Relatório, o CNECV é de parecer que: 1. A possibilidade de as Técnicas de PMA, desenvolvidas para dar resposta a um problema de saúde – infertilidade –, poderem vir a ser aplicadas a um projecto pessoal de procriação que não se enquadre naquele princípio suscita clara ponderação ética. 2. Não obstante o benefício da mulher, que naturalmente desponta na aplicação das Técnicas de PMA, é indispensável que a Lei faça prevalecer o respeito pelos direitos da criança que vier a nascer, onde radica de forma insuperável o de ser amada. Estes deverão ser, pois, observados em todas as circunstâncias em que haja alargamento das condições de acesso às Técnicas de PMA. 3. Caberá ao Estado estabelecer os critérios de acesso às Técnicas de PMA e regular o seu uso, tendo em consideração que no estabelecimento de prioridades, em situações de recursos limitados, deverá prevalecer a sua aplicação como tratamento de infertilidade. 4. A natureza própria muito sensível das Técnicas de PMA e a evolução e diversidade das suas utilizações, especialmente por representar alterações e conter questões éticas e sociais imprevisíveis, recomenda um acompanhamento prudencial da aplicação das alterações legislativas”. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf.

⁶⁰⁹ Trecho do parecer: “Não envolvendo juízo em relação às opções individuais dos beneficiários das técnicas de PMA, é entendimento do CNECV que as condições da sua utilização requerem uma ponderação de natureza clínica. E, se cabe ao Estado estabelecer os critérios de acesso às técnicas de PMA e regular o seu uso, no estabelecimento de prioridades, em situações de recursos limitados, deve prevalecer a sua aplicação como tratamento de infertilidade. Uma vez generalizado o acesso, e fundamentando-se este em motivos diversos, o CNECV considerou e mantém que, em situações esperadas de recursos insuficientes, o Estado só cumpre os seus deveres se definir com clareza as situações que deverão ser atendidas em primeiro lugar”. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1483441465_Relatorio%20e%20Parecer%2090%20PMA%20aprova do.pdf.

104/CNECV/2019, em razão do advento do acórdão n. 225/2018, bem como ante o teor dos projetos de leis de números 1007/XIII, 1010/XIII, 1024/XIII, 1031/XIII e 1033/XIII, discorreu acerca da alteração do regime jurídico da gestação de substituição, da revogabilidade do consentimento pela gestante e das consequências da gestação de substituição ilícita⁶¹⁰.

Dentre os projetos legislativos acima referidos, o Projeto de Lei n. 6/XIII, pretendia dar nova redação ao art. 6º da Lei n. 32/2006, com discurso de neutralidade, estabelecendo como requisitos para a utilização das técnicas de PMA: (1) idade superior a 18 anos; (2) ausência de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; e (3) manifestação do consentimento esclarecido. O mesmo projeto ainda visava excluir do art. 19, n. 1, a exigência de casamento ou união de fato para a inseminação com sêmen de doador, quando não fosse possível a gravidez por outra forma. Já o Projeto de Lei n. 29/XIII propôs a alteração do art. 19 para permitir “a inseminação com sêmen de um doador desde que este, esclarecida e conscientemente, o consinta, nos termos do art. 14º, aceitando todas as consequências que daí possam advir”, dispensando o diagnóstico de impossibilidade de gravidez por outros meios. E, por sua vez, o Projeto de Lei n. 51/XIII sugeriu alteração do art. 19, de modo que a inseminação com sêmen de um doador fosse permitida quando impossível a gravidez por outra forma. Tais projetos foram objeto de discussão conjunta, e, após alteração de alguns pontos propostos, resultaram na promulgação da Lei n. 17/2016, que alterou a Lei n. 32/2006, garantindo o acesso de todas as mulheres às técnicas de PMA. Após o advento da Lei n. 25/2016, alterando a Lei n. 32/2006, tornou-se possível o recurso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez.

Assim, a Lei n. 32/2006, até o momento, foi alterada pelas Leis de números 59/2007, 17/2016, 25/2016, 58/2017, 49/2018 e 48/2019, bem como pelo Decreto n. 383/XIII⁶¹¹.

⁶¹⁰ Trecho do parecer: “O CNECV é de parecer que alterações projetadas em função do consentimento da gestante: a) expõem os riscos do contrato de gestação de substituição, porventura acentuando e reforçando os seus aspetos negativos e criam questões éticas novas, sobretudo num ponto importante do regime legal: o de permitir a revogação do consentimento da gestante até ao final do prazo legalmente previsto para o registro da criança nascida, implicando a possibilidade de frustração de realização do projeto parental, mesmo depois de ter sido iniciado o procedimento terapêutico; b) ao permitir a desvinculação imotivada da gestante, desvirtuam o equilíbrio encontrado para o contrato e o enquadramento ético do mesmo, fundado na solidariedade e altruísmo da gestante, nos termos da lei geral; c) realizam a descaracterização total do modelo que se centrava na natureza meramente gestacional da intervenção da gestante e na determinação da paternidade/maternidade dos autores do projeto parental; d) criam, à partida, um conflito eventual entre os autores do projeto parental e a gestante, subordinando-se totalmente o destino do projeto parental à vontade desta; e) relativizam o interesse da criança que virá a nascer, na medida em que o desfecho do projeto e o destino da criança são incertos; f) desatendem completamente os direitos dos autores do projeto parental e dador(es) de gâmetas, no caso de revogação do contrato de gestação pela gestante”. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1555499641_parecer_104_cnecv_2019gestacao%20substituicao.pdf.

⁶¹¹ Aprovado pela Assembleia da República e publicado em 09.08.2019. Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=21851>.

Nada despidiendo acrescentar que o Decreto n. 383/XIII minudenciou o regramento da gestação de substituição, definindo critérios a serem observados nos contratos respectivos e dispondo sobre os direitos e deveres da gestante de substituição. Ainda, revogou o n. 12 do art. 8º, no ponto que comina a nulidade dos contratos de gestação de substituição que desrespeitem as regras estabelecidas naquele diploma. No entanto, o Presidente da República instaurou procedimento de fiscalização preventiva de constitucionalidade em face de tal decreto, sendo reconhecida, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade do seu art. 2º, por meio do Acórdão n. 465/2019, que será adiante abordado.

No que concerne ao tema desta investigação, a Lei n. 32/2006, na sua redação atual⁶¹², apresenta como principais características: (1) consagração do respeito à dignidade humana de todas as pessoas envolvidas, inclusive no procedimento de gestação de substituição, e a vedação à discriminação decorrente do patrimônio genético ou do nascimento mediante utilização das técnicas de PMA – art. 3º; (2) subsidiariedade do recurso à PMA, exigindo diagnóstico de infertilidade ou indicação para tratamento de doença grave ou com risco de transmissão de doenças genéticas, infecciosas ou outras, salvo sua utilização por todas as mulheres, dispensando-se o diagnóstico de infertilidade – art 4º; (3) o acesso às técnicas de PMA é autorizado apenas para os casais de sexos diferentes e para casais de mulheres, casados ou em união de fato, e para todas as demais mulheres, independentemente de estado civil e orientação sexual, sendo outra condição positiva contar com, pelo menos, 18 anos de idade, e, por outro lado, não pode ter sido proferida, em face do pretense beneficiário, sentença de acompanhamento vedatória do recurso à PMA⁶¹³ – art. 6º; (4) admite a gestação de substituição

⁶¹² Importante observar que Lei n. 32/2006 sofreu sensíveis alterações, cabendo destacar as principais relacionadas ao tema desta dissertação: (1) ampliação do rol de beneficiários, para incluir mulheres solteiras, independentemente da orientação sexual, e casais de mulheres, aderindo a um pluralismo procriativo moderado, por não contemplar o masculino - homens solteiros e casais de homens; (2) o requisito negativo da inexistência de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica foi substituído pela ausência de sentença de acompanhamento vedatória do recurso à PMA, por força de alteração promovida pela Lei n. 49/2018, que extinguiu os institutos da interdição e da inabilitação, criando o regime jurídico do maior acompanhado, que visa a inclusão da pessoa maior de idade que esteja impossibilitada, “por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres”, cabendo observar que tal modificação também está em consonância com o pluralismo procriativo, posto que reconhece os direitos reprodutivos das pessoas com deficiência ou sujeitas a outros desafios físicos e/ou psíquicos; e (3) a admissão dos pactos de gestação de substituição altruísta, recurso indispensável para a concretização da ampliação do atendimento, e, conseqüentemente, para a consecução do pluralismo em sede de procriação assistida. Entendemos que essas alterações da lei conferiram maior eficácia aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, em relação às mulheres solteiras, aos casais de mulheres e às pessoas com deficiência física, mental, motora ou sensorial, mas não foram reconhecidos os direitos reprodutivos e familiares de homens solteiros e dos pares masculinos, relegados a um plano inferior de biocidadania em relação àqueles.

⁶¹³ Nos termos da Lei n. 32/2006, tanto os casais de sexos distintos, quanto os casais de mulheres, casados ou em situação análoga à de cônjuges, bem como as mulheres solteiras, podem figurar como beneficiários, contanto que atendam à idade mínima de 18 anos (requisito positivo) e desde que não tenha sido prolatada em seu desfavor sentença de acompanhamento impeditiva de recurso à PMA (requisito negativo). A lei não exige o trânsito em

gratuita e excepcional, nos casos de ausência, lesão ou doença do útero, impeditiva, em caráter absoluto e definitivo, de uma gravidez a termo, ou em outras situações clínicas justificadoras – art. 8º; (5) os beneficiários e a gestante de substituição devem prestar consentimento livre, esclarecido, expresso e escrito junto ao médico responsável, onde constem todos os benefícios, riscos e implicações éticas, sociais e jurídicas, bem como a influência epigenética no desenvolvimento embrionário e fetal, sendo tal ato revogável até o início dos procedimentos terapêuticos – art. 14º; (6) a identidade dos intervenientes, o procedimento de aplicação das técnicas de PMA e a gestação de substituição são cobertos por cláusula de confidencialidade, não podendo constar dos assentos de nascimento, sendo que, somente nos casos de doação de gametas, é possível à pessoa nascida mediante aplicação de PMA, após 18 (dezoito) anos de idade, ter conhecimento sobre a identificação civil do doador, ou, contando com 16 (dezesesseis) anos, ter informação sobre eventual existência de impedimento legal a casamento projetado – art. 15º; (7) aplica-se a legislação protetiva pertinente aos dados pessoais de beneficiários, doadores, gestantes de substituição e crianças nascidas, cabendo à lei dispor sobre a conservação dos dados, o acesso e a eliminação de informações registradas – art. 16º; e (8) cominação de pena de prisão de até dois anos ou pena de multa de até 240 dias para o beneficiário que concretizar contrato de gestação de substituição a título oneroso, sendo prevista para a gestante pena de multa na mesma quantidade; se o contrato gratuito for firmado fora das hipóteses legais, o beneficiário estará sujeito à sanção de prisão de até um ano ou multa de até 120 dias, sendo imposta à gestante somente tal multa; previsão de pena de prisão de até dois anos para quem promove a celebração de contrato de gestação de substituição em desrespeito às regras da lei; pena de prisão de até cinco anos para quem auferir benefício econômico com a celebração do contrato de gestação de substituição; e é admissível a forma tentada – art. 39º.

As principais distinções entre a 1ª versão e a versão atual da Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei n. 32/2006, relacionadas à temática desta dissertação, podem ser sintetizadas no seguinte quadro:

julgado da sentença. Assim, preenchidos os requisitos positivos, ainda que o interessado seja pessoa acometida de notória anomalia psíquica, enquanto não sobrevier sentença vedatória de acesso às técnicas de PMA, não poderá o centro médico recusar, com base nesse fator, a continuidade do procedimento solicitado. Este é um ponto delicado da norma, que não oportuniza, aos homens solteiros e aos casais masculinos, o recurso à reprodução assistida, como se a realização do seu projeto procriativo implicasse um maior risco ao superior interesse da criança do que as categorias contempladas. Soma-se a isso que a lei elege, também, os casais de mulheres como aptos ao procedimento de PMA, inclusive podendo recorrer à gestação de substituição. Daí depreende-se que a promoção de medidas inclusivas das minorias, no que tange ao acesso às técnicas de PMA pela Lei n. 32/2006, privilegiou apenas as pessoas com deficiência e as mulheres solteiras ou em casais, desconsiderando os legítimos interesses dos homens solteiros e dos casais masculinos, mitigando-se o pluralismo.

COMPARATIVO ENTRE A PRIMEIRA E A ATUAL VERSÃO DA LEI N. 32/2006		
	1ª Versão	Versão Atual
Natureza do método	método subsidiário, e não alternativo, de procriação (art. 4º, n. 1).	<i>Idem</i> (art. 4º, I).
Condições objetivas de admissibilidade	diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras (art. 4º, n. 2).	<i>Idem</i> (art. 4º, n. 2), no entanto, dispensável o diagnóstico de infertilidade para todas as mulheres (art. 4º, 3).
Beneficiários	Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de fato ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos (art. 6º, n. 1).	Casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres, independentemente do estado civil e da orientação sexual (art. 6º, n. 1).
Condições subjetivas de elegibilidade	Maioridade de 18 anos e inoccorrência de interdição ou incapacitação por anomalia psíquica (art. 6º, n. 2).	Maioridade de 18 anos e inexistência de sentença de acompanhamento vedatória do recurso a tais técnicas (art. 6º, n. 2).
Procriação heteróloga	Admitida quando impossibilitada a gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários (art. 10º, n. 1).	Admitida quando impossibilitada a gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gametas dos beneficiários (art. 10º, n. 1).
Gestação de substituição	Vedada a gestação de substituição gratuita e onerosa (art. 8º).	Permitida a título excepcional e na modalidade gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (art. 8º, n. 2).
Sanções civis decorrentes da gestação de substituição ilegal	Nulidade do negócio jurídico e estabelecimento da maternidade /filiação em relação à gestante substituta (art. 8º, n. 1 e n. 3).	Nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto art. 8º (art. 8º, n. 12). Observação: O n. 12 do art. 8º foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, através do Acórdão n. 225/2018.
Sanções penais decorrentes da gestação de substituição ilegal	Concretização de gestação de substituição onerosa - pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (art. 39º, n. 1).	Beneficiário que concretizar contrato de gestação de substituição oneroso - pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (art. 39º, n. 1).

	Promoção de gestação de substituição onerosa, por qualquer meio, nomeadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público - pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (art. 39º, n. 2). Observação: Não havia previsão de sanção penal para a realização de gestação de substituição altruísta.	Gestante de substituição que concretizar contrato de gestação de substituição oneroso - pena de multa até 240 dias (art. 39º, n. 2). Beneficiário que concretizar contrato de gestação de substituição gratuito, fora dos casos previstos nos números 2 a 6 do art. 8.º - pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias (art. 39º, n. 3). Gestante de substituição que concretizar contrato de gestação de substituição gratuito, fora dos casos previstos nos números 2 a 6 do art. 8.º - pena de multa até 120 dias (art. 39º, n. 4). Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do art. 8.º - pena de prisão até 2 anos (art. 39º, n. 5). Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público - pena de prisão até 5 anos (art. 39º, n. 6). Pune-se a tentativa (art. 39º, n. 7).
--	--	--

Quadro 10 - Comparativo entre a Primeira e a Atual Versão da Lei n. 32/2006
Elaborado pela autora. Fonte: Lei n. 32/2006 e suas alterações.

Com a Lei n. 12/2009, foi instituído o regime jurídico da qualidade e da segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas n. 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho; n. 2006/17/CE e n. 2006/86/CE, da Comissão. O art. 22 trata da dádiva de células e tecidos, conferindo-lhe os atributos da abstração, da voluntariedade, do altruísmo, da solidariedade e do desinteresse, bem como elegendo os princípios de transparência, rigor científico, fidedignidade e inteligibilidade da informação. Importante notar que o item 3 de tal artigo prevê compensação aos doadores pelas despesas realizadas ou prejuízos havidos em decorrência do ato de doação⁶¹⁴.

⁶¹⁴ “Artigo 22.º - Princípios aplicáveis - 1 - A dádiva de células e tecidos é voluntária, altruísta e solidária, não podendo haver, em circunstância alguma, lugar a qualquer compensação económica ou remuneração, quer para o

Por meio do Decreto n. 385/XIII⁶¹⁵, foi aprovada alteração na Lei n. 15/2014, estabelecendo-se os princípios, direitos e deveres aplicáveis em matéria de proteção na concepção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no puerpério. Dentre outros, releva-se o acolhimento dos direitos (1) ao respeito pelas escolhas e preferências, (2) ao tratamento digno e respeitoso, (3) ao tratamento livre de qualquer forma de violência, (4) à igualdade e à não discriminação e (5) à liberdade, autonomia e autodeterminação, incluindo o direito à não coação. Nos termos do art. 15º-A, n. 2, tais princípios são igualmente aplicáveis, com as adaptações necessárias e cabíveis, ao pai, à outra mãe ou à pessoa de referência, assim como aos respectivos acompanhantes.

No plano infralegal, o Decreto Regulamentar n. 6/2017⁶¹⁶, que trata do acesso à gestação de substituição permitida pela Lei n. 25/2016, traçou os requisitos e limites do contrato-tipo de gestação de substituição, abordando os direitos e obrigações dos pactuantes, bem como o regime de proteção da parentalidade.

Interessante mencionar que o CNPMA, através da Deliberação n. 5-III/2019⁶¹⁷, revogou a sua Deliberação n. 3-II, de 19.07.2013, afastando, com isso, o limite etário máximo de 60 (sessenta) anos de idade “para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários, remetendo a questão para as *leges artis* médica”. Trata-se de uma reapreciação de critério de acesso que pode ser definida como pluralista, uma vez que, diante da elevação da expectativa de vida e da ascensão do conceito de longevidade saudável, decorrentes do aprimoramento dos meios para a preservação da saúde, é possível a manutenção de bom nível de qualidade de vida após a faixa etária de sessenta anos, e, em relação aos

dador quer para qualquer indivíduo ou entidade. 2 - O sangue do cordão umbilical armazenado em bancos públicos estará à disposição de todos os doentes com indicação terapêutica para a sua utilização, incluindo o próprio dador. 3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 1, os dadores vivos podem receber uma compensação estritamente limitada ao reembolso das despesas efectuadas ou dos prejuízos imediatamente resultantes da dádiva, nos termos do artigo 9.º do anexo à Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho. 4 - As condições de que depende a atribuição da compensação prevista no número anterior são definidas por despacho do Ministro da Saúde. 5 - Aos receptores não pode ser exigido qualquer pagamento pelos tecidos ou células recebidos. 6 - A prestação de serviços no âmbito da recolha, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana obedece às condições de autorização, segurança, qualidade e publicidade previstas na presente lei. 7 - A promoção e publicidade da dádiva devem realizar-se sempre em termos genéricos, obedecendo aos princípios da transparência, rigor científico, fidedignidade e inteligibilidade da informação, sem procurar benefícios para pessoas concretas, e evidenciando o seu carácter voluntário, altruísta e desinteressado. 8 - Considera-se publicidade enganosa a que induz em erro acerca da utilidade real da obtenção, processamento, preservação e armazenamento de células e tecidos humanos, quando esta não esteja cientificamente suportada, de acordo com os critérios científicos definidos ou aceites pela ASST ou pelo CNPMA”. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/603264/details/maximized>.

⁶¹⁵ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BI D=21853>.

⁶¹⁶ Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/107785481/details/maximized?p_p_auth=vvDB3bZ B.

⁶¹⁷ Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/destaques/Documents/Deliberacao05-III.pdf>.

homens, no mais das vezes, perdura a sua capacidade reprodutiva ao longo da vida, ou por extenso lapso temporal. Por outro lado, o reconhecimento de tal direito ao homem idoso que viva sob o padrão heteronormativo reforça a desigualdade do tratamento dispensado aos homens solteiros e aos casais de homens, que, mesmo no auge da fertilidade, são impedidos de obter descendência biológica e/ou constituir um projeto parental de acordo com a sua personalidade e mundividência, ante as restrições legais quanto ao estado civil, sexo e orientação sexual. O referido Conselho também aprovou, dentre outras, as seguintes deliberações: (1) Deliberação n. 6/II/2013, sobre o registro da atribuição de compensações aos doadores de células reprodutivas, na forma do art. 22, n. 3, da Lei n. 12/2009⁶¹⁸; (2) Deliberação n. 08/II/2015, tratando da realização de estudo a respeito da criopreservação de embriões em contexto de preservação do potencial reprodutivo⁶¹⁹; (3) Deliberação n. 13/II/2017, acerca da admissibilidade do recurso à fertilização recíproca, ou seja, partilha biológica da maternidade entre um casal de mulheres, sendo a criança gerada com o ovócito de uma delas, fecundado por espermatozoide de doador e gestado no útero da outra, quando não houver contraindicação⁶²⁰; (4) Deliberação n. 4-III/2018, no tocante ao regime excepcional que admite a transferência de embriões criopreservados quando os beneficiários atingiram os limites etários máximos – 49 anos e 365 dias de idade para a mulher e 59 anos e 265 dias de idade para o homem (esta afastada pela Deliberação n. 5-III/2019), quando, em tratamento anterior, não tiver resultado parto de nascido vivo⁶²¹; e (5) Deliberação n. 6/III/2019, traça as condições para a autorização de pedidos de importação de células reprodutivas, exigindo o não anonimato do doador⁶²².

Parte da doutrina tem criticado a distinção feita entre casais de sexos distintos e casais do mesmo sexo para fins de acesso às técnicas de PMA, na forma da Lei n. 32/2006. Observa que, com a alteração do art. 1.577º do Código Civil Português, pela Lei n. 9/2010, que permitiu a celebração de casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo, estas também deveriam ser legitimadas ao acesso às técnicas de PMA, uma vez que são admitidos os beneficiários conviventes em união de fato heterossexuais. Essa distinção coloca o casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo como juridicamente inferior à união estável entre pessoas de sexos distintos (SILVA e COSTA, 2011, 26-27)⁶²³. Do lado oposto, há posicionamento no sentido de que o acesso deveria ser franqueado exclusivamente aos casais heterossexuais legalmente

⁶¹⁸ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Documents/Deliberações/PROFISSIONAIS_Deliberacao_06_II.pdf.

⁶¹⁹ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Documents/Deliberações/PROFISSIONAIS_Deliberacao_08_II.pdf.

⁶²⁰ Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Documents/Deliberações/Deliberacao13-II.pdf>.

⁶²¹ Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/DeliberacoesEPareceres/Deliberacao04-III.pdf>.

⁶²² Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/DeliberacoesEPareceres/Deliberacao06-III.pdf>.

⁶²³ SILVA, Paula Martinho da; e COSTA, Marta. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)**. pp. 26-27.

constituídos. Preconiza que “o casamento heterossexual continua a ser o acto que a sociedade reconhece como sendo a manifestação da vontade de criar uma família estável, permitindo que o filho nasça e cresça numa relação afectiva presumivelmente duradoura”. Admite que, com a evolução das relações sociais, é razoável que as uniões de fato sejam legitimadas ao acesso às técnicas de PMA. Porém, considera inaceitável o acesso de pessoas solteiras e de casais do mesmo sexo às técnicas de PMA em virtude de que (1) importaria em “orfandade premeditada”; (2) poderia causar prejuízos ao equilíbrio emocional da prole; e (3) a PMA tem finalidade exclusivamente terapêutica, só podendo a ela recorrer as mulheres afetadas por esterilidade ou doença grave (SOUSA, 2008, 895-896)⁶²⁴.

Aspectos diversos dos direitos reprodutivos, inclusive das regras atinentes à procriação medicamente assistida, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário de Portugal.

No acórdão n. 357/2009⁶²⁵, prolatado nos autos n. 969/2008, o Tribunal Constitucional de Portugal negou conhecimento a um recurso autoral que alegava inconstitucionalidade do art. 66º do Código Civil, em face do art. 24 da Lei Fundamental, por entender como não cumprida a formalidade de delimitação da norma ou da dimensão normativa do direito infraconstitucional. No caso concreto apreciado, uma mãe postulava, dentre outros, a compensação de danos não patrimoniais em razão da perda da vida intrauterina de seu filho e do sofrimento deste até o óbito, por conta de acidente automobilístico. O pleito indenizatório não fora obtido nas vias jurisdicionais precedentes, diante do entendimento de que “o nascituro não é titular de um direito à vida, cuja ofensa deva ser indemnizada”. Importante destacar que a declaração de voto divergente do ministro João Cura Mariano, que se posicionou pela procedência do recurso, considerou que a interpretação “no sentido de que a morte de um nascituro concebido não é um dano indemnizável” viola os artigos 2º e 24º da Constituição. Citou, dentre outros, que a doutrina da Professora Doutora Stela Barbas (**Direito do Genoma Humano**, 2007, Almedina, pp. 235-242) defende o entendimento de que “o sistema jurídico acaba por reconhecer personalidade jurídica aos nascituros concebidos”. Ponderou o julgador que “o facto de se considerar que a vida intrauterina é uma das etapas da vida humana abrangida pela exigência da sua inviolabilidade reclama da ordem jurídica infraconstitucional a adopção de medidas que a protejam e tutelem”. Adiante, acrescentou que “não é absolutamente necessário o reconhecimento da titularidade pelo nascituro concebido de um direito à vida, para

⁶²⁴ SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de. A Procriação Medicamente Assistida na União Europeia: Harmonizar ou Reagir? **O Direito**. pp. 895-896.

⁶²⁵ Disponível em <https://dre.pt/pesquisa-avancada/-/asearch/3264274/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>.

que o direito civil atribua um direito de indemnização pela morte do nascituro imputável a terceiro”. E, por fim, ponderou o conselheiro acerca da existência de “um défice de proteção que viola o princípio da suficiência de tutela, pela ausência de oferta de meios jurídicos que defendam suficientemente o direito à vida intrauterina”.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n. 101/2009, definiu que cabe ao legislador ordinário traçar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana nas questões relacionadas à procriação medicamente assistida. A doutrina, baseando-se em voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral, alerta que as decisões centrais sobre o surgimento da vida e os conflitos daí decorrentes, submetidas à ampla margem de conformação do legislador ordinário, não estão sujeitas a parâmetros constitucionais para a regulamentação da ciência e da técnica, sendo pautadas a critério do poder legiferante (BRITO, 2018, 285)⁶²⁶.

No processo de autos n. 95/17,⁶²⁷ o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n. 225/2018,⁶²⁸ declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, além de outras, das normas contidas nos números 4, 10 e 11 do art. 8º, da Lei n. 32/2006, e, por arrastamento, das normas de números 2 e 3 do mesmo artigo. Entendeu a Corte que a celebração de contratos de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) viola os princípios da reserva de lei parlamentar e da determinabilidade ou da precisão das leis. Isso porque os artigos de lei impugnados não definiram os critérios a serem seguidos pelo órgão administrativo para autorizar o contrato de gestação de substituição, possibilitando limitações à autonomia das partes, não estipuladas pelo legislador, logo, restringindo os direitos, liberdades e garantias dos beneficiários e da gestante substituta. Por razão de segurança jurídica, o Tribunal determinou a suspensão do curso dos procedimentos de PMA envolvendo gestação de substituição.

Na mesma decisão, também com força geral obrigatória, o Tribunal declarou inconstitucional a norma do número 8, do art. 8º, da Lei n. 32/2006, em conjugação com o número 5 do art. 14º, que impõem a inadmissibilidade da revogação do consentimento pela

⁶²⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. Dignidade Humana e Igualdade: Considerações a Propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional n. 101/2009. NOVAIS, Jorge Reis *et al* (org) **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. p. 285.

⁶²⁷ Ação movida por um grupo de trinta deputados da Assembleia da República de Portugal, requerendo a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do art. 8º, números 1 a 12, da Lei n. 32/2006, referente à gestação de substituição, e, em consequência, das normas ou parte das normas àquele correlatas, previstas nos artigos 2º, n. 2; 3º, n. 1; 5º, n. 1; 14º, números 5 e 6; 15º, números 1 e 5; 16º, n. 1; 30º, alínea p; 34º; 39º e 44º, n. 1, alínea b. Impugnou também o dispositivo que instituiu a regra da confidencialidade - art. 15º, números 1 e 4; bem como os artigos 10º, números 1 e 2; e 19º, n. 1. Por fim, alegou a inconstitucionalidade da determinação de parentalidade estipulada no art. 20º, n. 3.

⁶²⁸ Acórdão n. 225/2018, de 24 de Abril de 2018. Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

gestante substituta após o início do processo terapêutico de PMA e até a data da entrega da criança. A Corte considerou que tais dispositivos violam o seu direito ao desenvolvimento da personalidade, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de constituir família. O voto vencedor consignou que, a despeito da natureza vinculante do consentimento livre e esclarecido das partes contratantes, em razão da complexidade e dinamismo do processo gestacional, “o consentimento da gestante, para garantia da sua dignidade pessoal, tem de se manter atual ao longo de todo o processo de gestação de substituição, nomeadamente enquanto aquela cumpre as obrigações essenciais do contrato de gestação de substituição”. Entendeu que, dadas as vicissitudes passíveis de ocorrência durante a fase gestacional, somente ao seu final seria possível aferir se, do ponto de vista da gestante, o consentimento foi, de fato, livre e informado, devendo, até então, ser tido como revogável. Em consequência, declarou a inconstitucionalidade da norma do número 7 do art. 8º, segundo o qual “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”.

Importante salientar que o Tribunal Constitucional de Portugal não rechaçou o instituto da gestação de substituição, em si, mas somente os dispositivos legais apontados acima, relativos à matéria, por neles verificar vícios de inconstitucionalidade. Em diversos trechos do acórdão, ponderou aquela Corte pela admissibilidade da gestação de substituição gratuita. Reconheceu que o legislador adotou medidas de controle da gratuidade. Afastou a alegação de exploração econômica da gestante, a qual conserva sua liberdade de autodeterminação física e mental no período gestacional, observados os cuidados normais inerentes ao seu estado, o que não se confunde com incapacidade. Assim, não há falar em subordinação da gestante, em todas as esferas de sua vida, aos interesses dos beneficiários, tampouco em “escravatura temporária consentida”. Acrescentou que a livre manifestação da vontade de gerar um filho para os beneficiários traduz-se em “exercício da liberdade de exteriorização da personalidade” da mulher, que age de acordo com o seu projeto de vida, perfil e capacidades pessoais, que consistem em traços da autonomia integrante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Entendeu que, sendo a gestação de substituição uma manifestação de “solidariedade ativa”, é inofensiva à dignidade da pessoa humana.

De outra banda, sobre o mesmo tópico, em declarações de votos divergentes, os Conselheiros Fernando Ventura, Lino Ribeiro, Joana Fernandes Costa e Cláudio Monteiro, analisaram a questão sob a perspectiva dos beneficiários da gestação de substituição. Em síntese, seus votos divergentes consignaram: (1) que o projeto parental e o investimento emocional dos beneficiários não pode ser desconsiderado; (2) a possibilidade de revogação do consentimento até a data da entrega da criança pode fomentar a manifestação inicial de anuência

pela gestante por mero impulso, sem a devida ponderação de todos os riscos e implicações envolvidas; (3) não é plausível que a gestante não disponha de autonomia ética e pessoal durante todo o processo de gestação de substituição e na fase pós-parto; e (4) do conflito entre os projetos parentais dos beneficiários e da gestante substituta, caso prevaleça a revogação do consentimento desta, surgem implicações jurídicas complexas sobre a filiação.⁶²⁹

No mesmo Acórdão n. 225/2018, o Tribunal Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade da norma do número 12, do art. 8º, da Lei n. 32/2006, que considera nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, envolvendo gestação de substituição sem obediência às regras legais. Entendeu que o dispositivo não estabeleceu lapso temporal máximo ou graduação do vício para a declaração da nulidade, o que poderia afetar a consolidação das relações familiares e da filiação, violando a segurança jurídica dos envolvidos e o direito à identidade pessoal da criança. Ademais, o artigo objurgado não disciplina solução acautelatória para o caso concreto, que tenha como escopo a proteção ao desenvolvimento integral da criança nascida através de um contrato de gestação de substituição nulo.

Também foram julgados inconstitucionais os números 1 e 4 do art. 15º da Lei n. 32/2006, afastando-se o anonimato nas técnicas de procriação medicamente assistida. Mencionando as lições da Professora Doutora Stela Barbas, no sentido de que o ser humano “tem direito à identidade genómica” e que “não pode haver dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer as suas raízes genómicas”, destacou o Tribunal Constitucional de Portugal a importância do conhecimento sobre as próprias origens, conquanto elemento essencial à construção identitária. Consignou que o anonimato relativo dos doadores de gametas e o anonimato absoluto das gestantes de substituição não resistem ao crivo do princípio da proporcionalidade, posto que são medidas desnecessárias à salvaguarda de outros direitos ou valores fundamentais, podendo ser adotadas apenas excepcional e casuisticamente.

⁶²⁹ Voto divergente no Processo de autos n. 95/2017, Acórdão n. 225/2018, de 24 de Abril de 2018. Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>: “Apesar de considerar constitucionalmente imperativa tanto a consideração do projeto de parentalidade supervenientemente assumido pela gestante, como a possibilidade da sua prevalência sobre o projeto parental protagonizado pelo casal de beneficiários, a posição que obteve vencimento não perspectiva, muito menos em toda a sua previsível extensão, as consequências previsivelmente determinadas por uma tal solução: vingando o projeto de parentalidade da gestante, o título da sua maternidade fundar-se-á no disposto no n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil ou será constituído por via judicial? Sendo a gestante casada, o estabelecimento da maternidade a seu favor desencadeará o funcionamento da presunção estabelecida no n.º 2 do referido artigo, sendo considerado pai da criança o cônjuge respetivo? Não sendo a gestante casada, somente a maternidade poderá ser judicialmente reconhecida, hipótese em que a criança, filha genética do casal de beneficiários, será privada de um pai, ou a paternidade, carecendo de ser igualmente estabelecida, poderá ou deverá ser atribuída ao pai biológico? Nesta última hipótese, será aceitável impor ao progenitor biológico a paternidade de uma criança que terá como mãe mulher diferente daquela que, numa manifestação nuclear da sua liberdade de autodeterminação, aquele escolheu para partilhar consigo a parentalidade de um filho que se quis comum?”.

Ademais, frisou que a regra legal do anonimato foi entendida como violação dos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Na decisão em comento, o Tribunal Constitucional entendeu que a Carta Maior Portuguesa não adotou um conceito fechado de família, cujo domínio normativo deve ter matriz pluralista, admitindo feições diversificadas, hauridas da realidade social. De tal sorte, as técnicas de procriação medicamente assistida, inclusive a gestação de substituição, observados os limites da dignidade da pessoa humana, dialogam com o conceito constitucionalmente adequado de família, posto que promovem sua dinamização, permitindo a consolidação de um bem jurídico relevante (a família com filhos), antes não factível.

Ao final, o Tribunal declarou constitucionais as normas remanescentes da Lei n. 32/2006, impugnadas pelos requerentes, e, por conta do art. 282º, número 4, da Constituição da República Portuguesa, modulou os efeitos da declaração de constitucionalidade, de modo que a decisão prolatada não incidirá sobre os contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida em execução, quando já iniciados os processos terapêuticos de PMA, referidos no art. 14º, n. 4, da Lei n. 32/2006. A modulação dos efeitos foi fundamentada no respeito à segurança jurídica, à saúde e à integridade física das pessoas em face das quais tenham sido praticados atos médicos pertinentes às técnicas de procriação medicamente assistida, bem como pela preponderância da vida humana extrauterina ou intrauterina já existentes.

No processo de autos n. 829/2019,⁶³⁰ o Tribunal Constitucional prolatou o acórdão n. 465/2019, pronunciando-se pela inconstitucionalidade do artigo 2.º do Decreto n. 383/XIII da Assembleia da República, (1) na parte em que reintroduz o n. 8 do art. 8.º da Lei n. 32/2006, transferindo-o para o n. 13 do mesmo artigo, de acordo com a renumeração simultaneamente efetuada; e, em consequência, (2) na parte em que, através do aditamento do n. 15, alínea j, ao art. 8.º da citada lei, prevê que os termos da revogação do consentimento prestado pela gestante tenham lugar em conformidade com a norma mencionada no item retro. A Corte entendeu que, ao reinserir a proibição de revogação do consentimento da gestante após o início dos processos terapêuticos de PMA, o legislador desconsiderou garantia reconhecida pelo Poder Judiciário para a não instrumentalização da gestante de substituição, qual seja, a possibilidade de revogação do seu consentimento para além do início dos processos terapêuticos. O voto vencedor destacou que, embora inexista qualquer tipo de impedimento, processual ou de outra

⁶³⁰ Processo de Fiscalização Preventiva de Constitucionalidade, promovido pelo Presidente da República de Portugal. Disponível em file:///C:/Users/maril/OneDrive/Documentos/MATERIAL/Acórdão%20TC%20465%202019.pdf.

ordem, à possibilidade de reversão das decisões judiciais pelo Poder Legiferante, não restaram demonstradas circunstâncias objetivas ou subjetivas supervenientes, hábeis a justificar a alteração do regime da gestação de substituição. Sustentou que não sobrevieram novos dados técnicos, científicos, sociológicos, ou até mesmo jurídico-políticos, que demonstrassem o cabimento de reversão do juízo formulado no Acórdão n. 225/2018. À vista disso, entendeu o Tribunal Constitucional que a alteração legislativa proposta viola o direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à constituição de família, diante da restrição excessiva imposta pela norma rechaçada.

No âmbito administrativo, outro significativo passo rumo ao pluralismo na parentalidade decorreu do Parecer n. 35/CC/2016, do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal⁶³¹, que opinou pela admissão da expedição de certidão de nascimento de criança nascida no exterior, em nome de duas mães, sob o entendimento de que a parceira que não forneceu os seus gametas para o processo procriativo, mas aderiu validamente à intervenção médica em PMA, ensejou a filiação por consentimento. Ponderou que a interpretação normativa deve levar em conta a unidade do ordenamento jurídico, as circunstâncias de elaboração da lei e as condições do tempo de sua aplicação, a teor do art. 9º, do Código Civil Português, de maneira que o art. 1.876º do mesmo diploma deve ser lido à luz do art. 5º, da Lei n. 9/2010, sendo possível o registro da criança em nome do cônjuge, independentemente do sexo e da orientação sexual. Neste ponto, cabe destacar que o art. 1º, n. 1, c, da Lei n. 37/1981 (Lei da Nacionalidade), considera como portugueses de origem “os filhos de mãe portuguesa ou de pai português nascidos no estrangeiro se tiverem o seu nascimento inscrito no registro civil português”. Como essa lei não estabelece requisitos para a atribuição da nacionalidade pautados nas circunstâncias do nascimento da criança ou na orientação sexual dos seus genitores, parece-nos acertado o teor do parecer.

Interessante ilustrar que a doutrina jurídica portuguesa, por sua vez, em matéria de direitos sexuais, reprodutivos e familiares, tem se debruçado sobre alguns prognósticos (PINHEIRO, 2015, 410)⁶³². Entretanto, a dinâmica sociopolítica e biotecnológico-científica

⁶³¹ Parecer exarado no processo P.º CC.73/2016-STJ/CC, referente a consulta formulada por Susete F. Disponível em https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2016/pareceres-civil/downloadFile/attachedFile_5_f0/35_CC_2016_CC73_2016_STJ-CC.pdf?nocache=1474623665.13.

⁶³² PINHEIRO, Jorge Duarte. Novos Pais e Novos Filhos – Sobre a Multiplicidade no Direito da Família e das Crianças. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. p. 410: “[...] Na hipótese de prosseguir a linha evolutiva que se verificou de 1963 a 2013, pode arriscar-se o seguinte cenário em **2063**:

- Permissão da monoparentalidade por procriação medicamente assistida;
- Permissão da biparentalidade homossexual;
- Redução da idade de maioridade para 16 anos;
- Obrigação de sustento a cargo dos pais até que os filhos estejam em condições de viver por conta própria (tutela da ‘segunda adolescência’);

vem promovendo antecipadamente a concretização de muitas daquelas previsões, numa velocidade bem maior que a do pensamento jurídico.

Tecidas essas considerações, observamos que os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, no contexto de Portugal, têm se concretizado através do seguro caminho da positivação, sendo crescente a incidência do pluralismo, e, no que tange ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, em que pesem as questões culturais envolvidas, vislumbramos a tendência de que, num futuro não tão distante, seja promovida uma maior abertura à parentalidade, sem restrições quanto ao sexo, estado civil e orientação sexual, franqueando aos homens solteiros e aos pares masculinos a qualidade de beneficiários.

4.2 O Modelo do Brasil

Por conta da Lei de 20.10.1823,⁶³³ mesmo após a independência do Brasil, todas as normas editadas por Portugal, em vigor até 25.04.1821, bem como as posteriores, editadas por Dom Pedro I, mantiveram vigência até a construção de um ordenamento jurídico próprio.

A Constituição Imperial de 1824 estabeleceu a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, baseados na liberdade e na igualdade de todos, a teor do art. 179, XIII⁶³⁴.

No plano infraconstitucional da época, na esfera penal, vigoravam no Brasil as disposições das Ordenações do Reino quanto à criminalização das relações sexuais consentidas entre adultos do mesmo sexo, até o advento do Código Penal do Império, em 1830, que a aboliu, prevendo apenas o delito de ofensa à moral e aos bons costumes, quando praticado em lugar público, tipo neutro quanto ao sexo e orientação sexual da pessoa acusada.⁶³⁵

Na esfera cível, também vigoraram no Brasil as Ordenações até a edição do Código Civil de 1916. As relações familiares eram tema de domínio exclusivamente privado, sendo o pai dotado de poder absoluto e incontestável, podendo o Estado imiscuir-se apenas

- Exercício alternado das responsabilidades parentais em caso de não convivência entre os pais;

- Consagração do instituto das ‘responsabilidades filiais’, para tutela do cidadão idoso”. (grifo nosso)

⁶³³ Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823574564-publicacaooriginal-97677-pe.html.

⁶³⁴ Constituição outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25.03.1824: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. [...]”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

⁶³⁵ Promulgado por Dom Pedro I, em 16.12.1830: “Art. 280. Praticar qualquer acção, que na opinião publica seja considerada como evidentemente offensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar publico. Penas - de prisão por dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm.

minimamente. Todavia, a relação familiar estava sujeita ao escrutínio da igreja, que deteve o monopólio dos registros de nascimento, de casamento e de óbito até a edição do Decreto n. 9.886/1888,⁶³⁶ que cessou os efeitos civis dos registros eclesiásticos, com fulcro no art. 2º da Lei n. 1.829/1879,⁶³⁷ a qual transferiu ao Estado tal atribuição, após embate pelo poder registral entre os conservadores clericais e os republicanos. Para reduzir ainda mais o poderio da Igreja Católica, o Estado Brasileiro, através do Decreto n. 181/1890,⁶³⁸ instituiu o casamento civil, prevendo as hipóteses de nulidade e anulabilidade, bem como admitindo o divórcio (CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK, 2018, 2216)⁶³⁹.

A primeira Constituição Republicana,⁶⁴⁰ promulgada em 24.02.1891, manteve o princípio da igualdade de todos perante a lei, no art. 72, §2º. Quedou-se silente quanto à família.

A Carta Magna de 16.07.1934⁶⁴¹ garantiu a igualdade no art. 113, 1, inclusive afastando privilégios e distinções por motivo de sexo. Promoveu a constitucionalização da família, regulada nos artigos 144 a 147. Entendia como família o agrupamento constituído pelo casamento (art. 144, *caput*), devendo os nubentes comprovar sanidade física e mental, nos termos da lei regulamentar (art. 145). O art. 138, *d*, incumbia à União, Estados e Municípios, nos termos das respectivas leis, “socorrer as famílias de prole numerosa”. Conferiu à legislação infraconstitucional a atribuição de regular os casos de desquite e de anulação de casamento.

A Constituição do Estado Novo,⁶⁴² de 1937, apelidada de “Polaca”, por ter se inspirado na Constituição Polonesa de 1935, preservou o princípio da igualdade no art. 122, 3º. Regulou o sistema protetivo da família nos artigos 124 a 127. Conferiu aos pais o dever primário de promover a educação integral da prole, sendo atribuição subsidiária do Estado. Considerou o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude como falta grave dos responsáveis. Previu o auxílio material do Estado para a subsistência e educação dos filhos de “pais miseráveis”. Deixou de exigir prova de saúde física e mental para contrair casamento. Nada mencionou sobre desquite ou nulidade do matrimônio.

A Carta Maior de 1946⁶⁴³ tratou do princípio da igualdade no art. 141, §1º, e da família nos artigos 163 a 165, não promovendo alterações significativas.

⁶³⁶ Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9886-7-marco-1888-542304publicacaooriginal-50566-pe.html>.

⁶³⁷ Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/543582/publicacao/15631205>.

⁶³⁸ Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>.

⁶³⁹ *Idem*. p. 2216.

⁶⁴⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

⁶⁴¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.

⁶⁴² Constituição outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 10.11.1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.

⁶⁴³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

Em 24.01.1967, a nova Constituição,⁶⁴⁴ no seu art. 150, §1º, reafirmou a incidência do princípio da igualdade sem distinção baseada no sexo. Regulou a família no art. 167.

Com a edição do Ato Institucional/Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969,⁶⁴⁵ durante o regime militar, manteve-se a igualdade em relação aos sexos, no art. 153, §1º. A família passou a ser regulada pelo art. 175, que, no seu §1º, admitiu a dissolução do casamento nos casos expressos em lei, quando houvesse prévia separação judicial por mais de três anos.

A vigente Constituição de 1988⁶⁴⁶ não prevê expressamente o direito à livre orientação sexual, mas, em seu preâmbulo, eleva a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ademais, as cláusulas de abertura material dos artigos 3º, inciso IV,⁶⁴⁷ e 5º, §2º,⁶⁴⁸ à luz da dignidade da pessoa humana,⁶⁴⁹ permitem inferir o direito à livre orientação sexual e à não discriminação por esta razão (FACHIN, 2017, 312 e 324)⁶⁵⁰. O art. 5º, *caput*, consagra o princípio da igualdade, e seu inciso XLI, diz que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No que tange à saúde, a Constituição brasileira a regula nos artigos 196 a 199, sendo que, no art. 199, §4º, diz que a lei prescreverá as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, vedando todo tipo de comercialização. Nada menciona sobre a reprodução assistida. A família está abordada nos artigos 226 a 230. O modelo nuclear de família é o contemplado para fins de proteção do Estado, porém são reconhecidas “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, no §3º, do art. 226, bem como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, no §4º do mesmo artigo, dando amplitude maior à noção de família. Admite a dissolução do casamento civil pelo divórcio, no §6º. O §7º prevê a liberdade de planejamento

⁶⁴⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm.

⁶⁴⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm.

⁶⁴⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁶⁴⁷ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁶⁴⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]”.

⁶⁴⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

⁶⁵⁰ FACHIN, Melina Girardi. O Direito Humano a não Sofrer Discriminação por Orientação Sexual. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. pp. 312 e 314.

familiar⁶⁵¹. E o art. 227, *caput*, trata da proteção da criança, do adolescente e do jovem em face de toda forma de discriminação.⁶⁵²

Embora inexista uma cláusula antidiscriminatória expressa na Constituição da República, ou em lei geral nacional, de combate à discriminação por orientação sexual, cerca de 70% (setenta por cento) da população reside em regiões onde a ordem jurídica estadual (Constituições Estaduais ou leis infraconstitucionais) ou municipal (Leis Orgânicas ou outras leis municipais) prevê este tipo de proteção, em distintos níveis, a exemplo do Distrito Federal (2000) e dos Estados de São Paulo (2001), Minas Gerais (2002), Rio Grande do Sul (2002), Paraíba (2003), Santa Catarina (2003), Piauí (2004), Amazonas (2006), Maranhão (2006), Mato Grosso do Sul (2006), Pará (2007), Rio Grande do Norte (2007), Espírito Santo (2014) e Rio de Janeiro (2015); bem como os municípios de Fortaleza (1998), Recife (2002) e Vitória (2014).

A despeito disso, impende observar que o Código Penal Militar, no seu art. 235, ainda prevê expressamente, como crime sexual, a pederastia ou outro ato de libidinagem⁶⁵³. Na acepção empregada, “pederastia” traduz-se como relação homossexual, sem qualquer conotação à idade, diversamente do sentido clássico (“contato sexual entre um homem e rapaz bem jovem”⁶⁵⁴). Referido delito penaliza atos sexuais praticados dentro das repartições das Forças Armadas. Por força da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de autos n. 291/DF⁶⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a criminalização de atos libidinosos, perpetrados por militares em ambientes sujeitos à administração militar, se justifica para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses. Entretanto, julgou que não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, mantendo-se o teor remanescente da norma.

⁶⁵¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 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. [...] § 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. [...]”.

⁶⁵² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁶⁵³ Código editado em 21.10.1969, pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, durante o regime militar: “Pederastia ou outro ato de libidinagem - Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm.

⁶⁵⁴ *Idem*. p. 484.

⁶⁵⁵ ADPF 291, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+291%2ENUM%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+291%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ngwhawm>.

Leis especiais nacionais foram editadas tendo como escopo o combate à discriminação de alguns segmentos da população por orientação sexual. A Lei n. 11.340/2006,⁶⁵⁶ conhecida como “Lei Maria da Penha”, destinada a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, no seu art. 2º, declara que toda mulher goza dos direitos humanos fundamentais, independentemente de sua orientação sexual, devendo ser-lhe assegurados os direitos à saúde, à dignidade e à convivência familiar.⁶⁵⁷ No art. 5º, II, define família “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”, e, no parágrafo único do mesmo artigo, dispõe que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Assim, tem-se que a referida lei acolheu uma compreensão pluralista de família, formada por liame biológico ou socioafetivo. A proteção em face da discriminação por sexo e orientação sexual também está prevista no art. 17, da Lei n. 12.852/2013 (Estatuto da Juventude),⁶⁵⁸ sendo que o seu art. 18 orienta a ação do poder público, propondo uma série de medidas relacionadas à orientação sexual.⁶⁵⁹ A Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), no art. 18º, §4º, incisos VI e VII⁶⁶⁰, respectivamente, assegura à pessoa com deficiência o respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual, garantindo-lhe a atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida. Pode-se afirmar que, no Brasil, tal lei contém o maior

⁶⁵⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm.

⁶⁵⁷ “Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

⁶⁵⁸ “Art. 17. O jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e não será discriminado por motivo de: I - etnia, raça, cor da pele, cultura, origem, idade e sexo; II - orientação sexual, idioma ou religião; III - opinião, deficiência e condição social ou econômica”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm.

⁶⁵⁹ “Art. 18. A ação do poder público na efetivação do direito do jovem à diversidade e à igualdade contempla a adoção das seguintes medidas: I - adoção, nos âmbitos federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, de programas governamentais destinados a assegurar a igualdade de direitos aos jovens de todas as raças e etnias, independentemente de sua origem, relativamente à educação, à profissionalização, ao trabalho e renda, à cultura, à saúde, à segurança, à cidadania e ao acesso à justiça; II - capacitação dos professores dos ensinos fundamental e médio para a aplicação das diretrizes curriculares nacionais no que se refere ao enfrentamento de todas as formas de discriminação; III - inclusão de temas sobre questões étnicas, raciais, de deficiência, de orientação sexual, de gênero e de violência doméstica e sexual praticada contra a mulher na formação dos profissionais de educação, de saúde e de segurança pública e dos operadores do direito; IV - observância das diretrizes curriculares para a educação indígena como forma de preservação dessa cultura; V - inclusão, nos conteúdos curriculares, de informações sobre a discriminação na sociedade brasileira e sobre o direito de todos os grupos e indivíduos a tratamento igualitário perante a lei; e VI - inclusão, nos conteúdos curriculares, de temas relacionados à sexualidade, respeitando a diversidade de valores e crenças”.

⁶⁶⁰ “Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário. [...] § 4º As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar: [...] VI - respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência; VII - atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida; [...]”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13146.htm.

grau de densidade normativa no que tange ao pluralismo procriativo. Por sua vez, a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁶⁶¹ veda toda e qualquer discriminação contra a criança, inclusive as baseadas em condições que diferenciem as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem, donde se conclui que a norma protege a criança de atos discriminatórios em face do sexo, do estado civil ou da orientação sexual de seu(s) genitor(es). E, por fim, a Lei n. 13.467/2017, inseriu o art. 223-C, na Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo que a sexualidade consiste em bem juridicamente tutelado inerente à pessoa física para fins de reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação laboral.

O STF, em decisões recentes, de 13.06.2019, proferidas na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF⁶⁶² e no Mandado de Injunção (MI) n. 4.733/DF⁶⁶³, considerou que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero deve ser sancionada criminalmente, e, diante da, e enquanto houver, inércia do Poder Legislativo em tipificar a conduta, devem ser cominadas as penas da Lei n. 7.716/1989 (Lei de Racismo),⁶⁶⁴ que dispõe sobre os crimes de discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Tais decisões foram alvo de crítica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário estabelecer crimes e cominar sanções, sendo matéria de reserva do Poder Legislativo, sujeita ao princípio da legalidade estrita, a teor do art. 5º, XXXIX, da Constituição (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

Quanto à regulamentação das relações familiares, o Código Civil de 2002,⁶⁶⁵ no art. 1.513, diz que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Diante disso, a doutrina tem lecionado que a família está protegida de qualquer interferência estatal ou privada em sua formação e interação, salvo quando se tratar da proteção de direitos básicos de seus integrantes (MEDINA e ARAÚJO,

⁶⁶¹ “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem”.

⁶⁶² Relator Ministro Celso de Mello. Ata de Julgamento n. 22, de 13.06.2019, publicada no Diário da Justiça Eletrônico n. 142, divulgado em 28/06/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>.

⁶⁶³ Relator Ministro Edson Facchin. Ata de Julgamento n. 22, de 13.06.2019, publicada no Diário da Justiça Eletrônico n. 142, divulgado em 28/06/2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>.

⁶⁶⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm.

⁶⁶⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

2018, 1067).⁶⁶⁶ O Código Civil Brasileiro, ao tratar do casamento, faz expressa referência ao homem e à mulher como contraentes, a teor dos artigos 1.514⁶⁶⁷ e 1.517⁶⁶⁸. Acerca da parentalidade, o art. 1.591 diz que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, e, no art. 1.593, diz que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Assim, pode-se afirmar que, em relação ao estado parental, a legislação civilística brasileira não se apega exclusivamente ao critério genético-biológico, acolhendo também a parentalidade proveniente da adoção ou da socioafetividade, como espécies do gênero parentalidade civil.

No Brasil, inexistente legislação que disponha sobre PMA. A Lei n. 9.434/1997⁶⁶⁹ regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, mas, no parágrafo único do seu art. 1º, diz que “não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo”.⁶⁷⁰ O *caput* do art. 9º da mesma lei permite a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou de tratamento em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, mediante simples autorização escrita, ou, em qualquer outra pessoa, por meio de autorização judicial, dispensada em se tratando de doação de medula óssea. Contudo, conforme depreende-se dos §§3º e 4º do mesmo artigo, tal norma é aplicável quando se tratar de órgãos duplos, de parte de órgãos, tecidos ou partes do corpo passíveis de retirada, desde que “não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”. Por meio da Lei n. 11.633/2007, foi inserido o art. 9º-A, na Lei n. 9.434/1997, segundo o qual “é garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação”, o que, em princípio, poderia ser interpretado como permissão legal da denominada doação ou cessão temporária de útero, mas, como os §§3º e 4º reportam-se à “retirada” do órgão, tecido ou parte do corpo humano, não se pode deduzir que os artigos 9º e 9º-A abranjam a gestação de substituição. O art. 15 da

⁶⁶⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. **Código Civil Comentado: com Súmulas, Julgados Selecionados e Enunciados das Jornadas do CJE**. p. 1067.

⁶⁶⁷ “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

⁶⁶⁸ “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

⁶⁶⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm.

⁶⁷⁰ “Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo”.

Lei n. 9.434/1997 prevê como crime a conduta de “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”, bem como a promoção, intermediação, facilitação ou auferimento de vantagem com a negociação, cominando sanção de reclusão de três a oito anos e multa⁶⁷¹, o que, todavia, não se aplica ao espermatozoide e ao óvulo, conforme o parágrafo único do art. 1º do mesmo diploma. Também é discutível se a gestação de substituição onerosa subsume-se a tal delito, pois os verbos que integram o tipo objetivo (comprar, vender, promover, intermediar, facilitar e auferir com a “compra” e “venda”) não correspondem ao ato de pactuar uma gestação com a finalidade de entregar a criança nascida a outrem. Na gestação sub-rogada não há compra e venda do útero, pois não se transfere o domínio de uma “coisa” mediante contraprestação.

Por sua vez, o art. 1.597, incisos III a V, do Código Civil, apenas regula o estado de filiação dos filhos nascidos na constância do casamento em razão do emprego de técnicas de PMA,⁶⁷² mas não normatiza a aplicação destas. Sobre a questão, durante a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, foi editado o enunciado n. 257,⁶⁷³ que não possui natureza vinculativa, mas sugestiva de interpretação.

A Lei n. 11.105/2005⁶⁷⁴, que dispõe sobre regras de segurança e meios de fiscalização de atividades que envolvam organismo geneticamente modificado (OGM) e seus derivados, no seu art. 5º, permite, para fins de pesquisa e terapia, “a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”, atendidos os requisitos que especifica, vedada a comercialização de tal material biológico.⁶⁷⁵ Cabe atentar que o material biológico em questão, por exclusão legal, não engloba

⁶⁷¹ “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”.

⁶⁷² “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

⁶⁷³ “Enunciado n. 257: As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”.

⁶⁷⁴ Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm.

⁶⁷⁵ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

os embriões destinados a procedimentos de PMA. No art. 6º, incisos III e IV, proíbe a “engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano” e a clonagem humana, respectivamente. Tal norma não discorre sobre técnicas de PMA, gestação de substituição, doação ou comercialização de células germinais humanas.

Mesmo com ausência de lei que regule a PMA, desde a edição da Portaria n. 3.149/2012,⁶⁷⁶ do Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) viabiliza recursos para o custeio de procedimentos de fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, indução de ovulação e inseminação artificial intrauterina em mulheres afetadas por infertilidade. No entanto, a Lei n. 9.656/1998, que trata dos planos e seguros privados de saúde, no art. 10, III, exclui a inseminação artificial (em sentido lato) do rol de serviços disponíveis nos seus contratos.⁶⁷⁷ A teor do seu art. 35-C, III, incluído pela Lei n. 11.935/2009, nos planos e seguros privados de assistência à saúde, é obrigatória a cobertura de planejamento familiar. Assim, o sistema privado de planos e seguros de saúde custeia o planejamento familiar, mas não os procedimentos necessários à sua materialização.

Em matéria de direitos sexuais, reprodutivos e familiares, diversos projetos de lei vêm sendo apresentados ao Poder Legislativo brasileiro, conforme quadro abaixo:

PROJETOS DE LEIS DO BRASIL		
Número	Objeto	Fase Atua
3.638/1993	Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. O art. 8º previa o acesso às técnicas de PMA a todas as mulheres capazes, na forma da lei, independentemente de estado civil. O art. 13 fazia referência à gestação de substituição, admitindo-a no caso de problema médico impeditivo ou contraindicativo da gestação. OBS. Projeto em tramitação conjunta com o PL de n. 54/2002 (Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - arquivado).	Arquivado em 08.06.2007
2.855/1997	Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.	Arquivado
90/1999	Dispõe sobre a reprodução assistida.	Tramitação encerrada
4.664/2001	Dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados " <i>in vitro</i> ", determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências.	Arquivado
4.665/2001	Dispõe sobre a autorização da fertilização humana " <i>in vitro</i> " para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.	Arquivado
6.296/2002	Proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino.	Arquivado
120/2003	Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida.	Arquivado

⁶⁷⁶ Disponível em http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html.

⁶⁷⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm.

1.135/2003	Define normas para realização de inseminação artificial, fertilização " <i>in vitro</i> ", barriga de aluguel (gestação de substituição ou doação temporária do útero), e criopreservação de gametas e pré-embriões.	Arquivado
1.184/2003	Dispõe sobre a reprodução assistida. O art. 1º, II, visa permitir às mulheres e aos casais o acesso às técnicas. O art. 3º busca proibir a gestação de substituição. OBS. Tramitação conjunta com os projetos 2.855/1997, 4.664/2001, 6.296/2002, 1.135/2003, 120/2003, 2.061/2003, 4.686/2004, 4.889/2005, 5.624/2005, 3.067/2008, 3.977/2012, 4.892/2012, 115/2015, 7.591/2017, 7.880/2017 e 9.403/2017.	Paralisado em 18.08.2015, com retomada da tramitação em 14.05.2019
2.061/2003	Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências.	Arquivado
4.686/2004	Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.	Arquivado
4.889/2005	Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana.	Arquivado
5.624/2005	Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências.	Arquivado
580/2007	Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva.	Em andamento
3.067/2008	Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Estabelece que as pesquisas com células-tronco só poderão ser feitas por entidades habilitadas, mediante autorização especial da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP; proíbe a remessa para o exterior de embriões congelados; veda o envio e a comercialização dos resultados das pesquisas.	Em andamento
7.701/2010	Dispõe sobre a utilização <i>post mortem</i> de sêmen do marido ou companheiro.	Em andamento
3.977/2012	Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer.	Em andamento
4.892/2012	Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.	Em andamento
470/2013	Estatuto das Famílias.	Em andamento
5.120/2013	Altera os arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.	Desarquivado e em andamento
115/2015	Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.	Em andamento
7.591/2017	Acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.	Em andamento
7.880/2017	Altera a Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Trata da permissão para implantação de embriões humanos produzidos por fertilização <i>in vitro</i> com intuito de doação de células ou tecidos para utilização terapêutica em irmão.	Desarquivado e em andamento
9.403/2017	Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estabelece o direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança.	Em andamento

Quadro 11 - Projetos de Leis do Brasil

Elaborado pela autora. Fonte de dados: Poder Legislativo Federal do Brasil - www.camara.leg.br.

O quadro anterior reflete a dificuldade ou indisposição do legislador brasileiro em lidar com as questões inerentes aos direitos sexuais, reprodutivos e familiares em geral, não chegando a um consenso para sua positivação, a despeito das mudanças comportamentais e estruturais significativas em curso ou já concretizadas na realidade social.

Aqueles direitos, quando atinentes às pessoas com orientação sexual voltada para outras do mesmo sexo, encontram maiores entraves ao seu reconhecimento pela divergência social que ainda suscitam no Brasil, gerando o temor do legislador em desagradar seu eleitorado, o que coloca a questão dentro do campo denominado como “zona de autarquia”, onde as decisões são tomadas sem um padrão racional previamente estabelecido por lei, dando margem a uma discricionariedade que pode ser arbitrária e denegatória de direitos (GROSS, 2017, 122-123).⁶⁷⁸ Porém, há doutrina segundo a qual o vazio legislativo não deve ser confundido com a ausência de direitos, posto que a opção do constituinte originário por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, vedando, além das expressamente arroladas na Constituição, outras formas de discriminação, contemplaria a liberdade de orientação sexual, diante de sua utilização histórica como fator de desequilíbrio. No caso, a utilidade de lei que reconheça os direitos sexuais, reprodutivos e familiares da categoria reside no estabelecimento de limites e na promoção da segurança jurídica (MARTINS, 2017, 145-146).⁶⁷⁹

A compatibilidade do ordenamento jurídico com as reivindicações relacionadas à sexualidade, procriação e constituição de família, independentemente de sexo e de orientação sexual, tem sido amplamente reconhecida pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, a qual repercute na emissão de atos infralegais do Conselho Federal de Medicina (CFM), quanto ao acesso às técnicas de PMA (DIAS, 2016, 290).⁶⁸⁰ Não se pode descurar que, neste caso, o Poder Judiciário exerce o relevante papel de poder contramajoritário, dentro do qual lhe cumpre assegurar também a concretização dos direitos das minorias (CAPPELLETTI, 1993, 107)⁶⁸¹.

A doutrina sustenta que todo vínculo baseado no afeto pode caracterizar uma entidade familiar, merecendo a proteção estatal, em respeito à dignidade da pessoa humana, que consiste em cláusula pétrea da Constituição. Acresce que a Carta Maior não conferiu juridicidade

⁶⁷⁸ *Idem.* pp. 122-123.

⁶⁷⁹ MARTINS, Sandra Regina Carvalho. **União Homoafetiva: da Invisibilidade à Entidade Familiar.** pp. 145-146.

⁶⁸⁰ *Idem.* p. 290.

⁶⁸¹ *Idem.* p.107: “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas”.

somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Esse tem sido o fundamento de decisões judiciais que reconhecem a união estável entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhes os mesmos direitos e deveres das relações heteronormativas (DIAS, 2017, 151).⁶⁸²

O STF, em 05.05.2011, julgou a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/RJ⁶⁸³ e a ADPF n. 132/RJ⁶⁸⁴, nas quais reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como instituição familiar. Em interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil, consagrou o pluralismo como valor sociopolítico-cultural, que envolve a liberdade para dispor da própria sexualidade, enquanto direito fundamental e expressão da autonomia da vontade do indivíduo. Observou que a Constituição não estabelece conceito ortodoxo à família, que consiste numa categoria sociocultural e espiritual, não comportando interpretação reducionista ou hierarquização entre as formas de estabelecimento de um núcleo doméstico. Assim, firmou que a Carta Maior não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Tais decisões são vinculantes e dotadas de eficácia *erga omnes*, nos termos do §2º, do art. 102, da Constituição da República (ADI), e do art. 10, §3º, da Lei n. 9.882/1999 (ADPF)⁶⁸⁵.

A doutrina leciona que a Constituição e as leis brasileiras, embora por uma visão arraigada historicamente, não fazem qualquer menção, nem impõem como requisito para a celebração do casamento civil, a diversidade de sexo dos nubentes, portanto, não haveria impedimentos para sua realização entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2017, 285).⁶⁸⁶

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial n. 1183378/RS,⁶⁸⁷ declarou a inexistência de vedação expressa no Código Civil ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sustentou que o pluralismo ou poliformismo familiar, decorrente

⁶⁸² *Idem.* pp. 64-65.

⁶⁸³ Relator Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000171086&base=baseAcordaos>.

⁶⁸⁴ Relator Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000171084&base=baseAcordaos>.

⁶⁸⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm.

⁶⁸⁶ *Idem.* p. 285: “Historicamente a família é identificada como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos ‘sagrados’ laços do matrimônio. É tão arraigada essa ideia, que a Constituição, ao assegurar proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade sexual do par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo. A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social. A origem da homossexualidade, não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal”.

⁶⁸⁷ Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

da Constituição, permite que arranjos multifacetados estejam compreendidos na noção de família, recebendo a proteção especial do Estado, independentemente da orientação sexual dos partícipes. Uma vez que, pelo casamento civil, a família é melhor protegida pelo Estado, este deve viabilizar a conversão de união estável em casamento, mediante tratamento isonômico, que supõe o direito à diferença, à autoafirmação e à mundividência livre de opressões pelas tradições e ortodoxias. Frisou que, inexistindo vedação explícita no Código Civil ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não se pode inferir pela possibilidade de vedação implícita, sem violação de princípios constitucionais como o da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo e do livre planejamento familiar. Finalizou que, a despeito da omissão legislativa sobre a questão, não pode a maioria, ainda que pelas vias democráticas, decretar a perda de direitos civis da minoria em face da qual nutre eventual aversão.

Os precedentes do STF sobre a união civil homoafetiva e do STJ quanto ao reconhecimento do direito ao casamento entre pares do mesmo sexo, desencadearam a edição de resolução pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre habilitação, registro e celebração de casamento ou de conversão de união estável em casamento (DIAS, 2017, 169)⁶⁸⁸.

A Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁶⁸⁹ vedou ao notariado a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, devendo eventual recusa ser comunicada ao respectivo juiz corregedor para as providências pertinentes.

A respeito da socioparentalidade, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi o primeiro a admitir a adoção conjunta por casais do mesmo sexo, quando do julgamento da Apelação Cível n. 70013801592.⁶⁹⁰ O acórdão levou em conta que estudos especializados, com sólida sustentação científica, não demonstraram prejuízos ao desenvolvimento

⁶⁸⁸ *Idem.* p. 169.

⁶⁸⁹ Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça n. 89/2013, de 15/05/2013, p. 2. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1754>.

⁶⁹⁰ “Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA)”. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos - Sétima Câmara Cível - Apelação Cível n. 70013801592 - Data de Julgamento: 05-04-2006 - Publicação: 12-04-2006. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>.

psicossocial de crianças inseridas em famílias homoparentais, sendo essenciais a qualidade do vínculo e o afeto experimentado no âmbito da relação familiar.

Num caso semelhante, objeto do Recurso Extraordinário n. 846.102,⁶⁹¹ o STF, em decisão monocrática, negou seguimento a um recurso por entender que o acórdão recorrido se harmonizava com a jurisprudência da Corte Maior, por ter reconhecido a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, em igualdade de condições com casais de sexos distintos, posto que as uniões homoafetivas são reconhecidas como entidade familiar, sendo dignas da tutela legal. Ademais, ponderou que delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por um casal do mesmo sexo converteria a relação de filiação não biológica em ato de caridade que se perfaz apenas por obrigações, e não por sentimentos nobres como o afeto e o comprometimento.

No tocante ao pluralismo parental, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898060,⁶⁹² em regime de repercussão geral, fixou a tese de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. O acórdão destacou que o sobreprincípio da dignidade humana e o direito à busca da felicidade suplantam a ideia de modelos pré-concebidos de família, não havendo tipicidade constitucional em seu conceito. Entendeu a Corte pela possibilidade de múltiplos vínculos parentais concomitantes (pluriparentalidade), diante do princípio da paternidade responsável e do superior interesse da criança. Pontuou que a parentalidade pode se manifestar de diversas formas, dentre as quais, (1) por presunção legal ou decorrente de casamento, (2) pela descendência biológica ou (3) pela afetividade. Admitiu o acolhimento, tanto dos vínculos de filiação originários da ascendência biológica, quanto dos construídos pela afetividade, os quais não se repelem entre si, sendo desnecessário decidir entre um ou outro vínculo, quando, em nome do superior interesse da criança, preponderar o reconhecimento jurídico de ambos.

O STF, ao decidir os casos retrocitados, reconheceu o que a doutrina denomina como mutação constitucional, que consiste numa nova interpretação dada ao Texto Constitucional, em razão de evolução na situação de fato subjacente à norma ou da renovação da visão jurídica predominante na sociedade, sendo atribuído outro sentido ao dispositivo constitucional, cuja literalidade é mantida e serve de base à reinterpretação, devendo, ainda, ser observados os

⁶⁹¹ Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 05/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17/03/2015 PUBLIC 18/03/2015. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+846102%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/psgqzt8>.

⁶⁹² Relator Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017). Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>.

princípios basilares da Carta Maior (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, 220).⁶⁹³ A doutrina também se refere a tal técnica como interpretação dinâmica, posto que se utiliza de “regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional” (BONAVIDES, 1993, 410).⁶⁹⁴ Ainda, é denominada “mutação constitucional silenciosa” a evolução da realidade que implique em mudança de sentido de uma norma da Constituição, sendo necessária a permanente adequação dialética entre o programa e a esfera normativo-constitucional, o que se dá por legítimo ato interpretativo, quando não vulnere princípios estruturantes (CANOTILHO, 2003, 1229).⁶⁹⁵ Por fim, a assim chamada “interpretação construtiva” busca contemplar as mudanças nas relações de fato subsumidas à Constituição, garantindo sua força normativa e estabilidade (HESSE, 1991, 1923)⁶⁹⁶.

Diante do cenário de reconhecimento dos direitos à conjugalidade e à socioparentalidade em favor dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, por meio das construções jurisprudenciais, o pluralismo passou a ser incorporado no acesso às técnicas de PMA, através de sucessivas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) do Brasil.

A Resolução CFM n. 1.358/1992⁶⁹⁷ adotou normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser observado pelos médicos, considerando apenas a mulher, independentemente de estado civil, como beneficiária das técnicas, a teor do item II. Introduziu, no item VII, a gestação de substituição ou doação temporária de útero não onerosa, sendo beneficiária a doadora genética, e, como doadora temporária do útero, a mulher com parentesco até o segundo grau em relação à beneficiária. Outros casos dependiam de autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM) respectivo.

Ao depois, a Resolução CFM n. 1.957/2010,⁶⁹⁸ no item II, dos beneficiários, não se referiu exclusivamente à mulher, mas, ao discorrer sobre a gestação de substituição, no item

⁶⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 220.

⁶⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 410.

⁶⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1229.

⁶⁹⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. p. 23: “Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

⁶⁹⁷ Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>.

⁶⁹⁸ Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>.

VII, reportou-se à doadora genética como beneficiária dessa técnica, permitindo gestante substituta que fosse sua parente até o segundo grau.

A Resolução CFM n. 2.013/2013,⁶⁹⁹ considerando que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 05.05.2011, reconheceu e qualificou, como entidade familiar, a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), no seu item II, 1, admitiu, como pacientes das técnicas de reprodução assistida, “todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução”, independentemente de orientação sexual e estado civil. No n. 2, declarou que “é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”. No item VII, permitiu o recurso à gestação de substituição ou doação temporária de útero à doadora genética ou aos casais em união homoafetiva. No n. 1, em relação às gestantes substitutas, exigiu que pertençam à família de um dos beneficiários num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau - irmã/avó; terceiro grau – sobrinha/tia; quarto grau – sobrinha neta/prima), respeitada a idade limite de até 50 (cinquenta) anos. Anote-se que, no item I, 2, tal resolução também fixou limite etário máximo de 50 (cinquenta) anos de idade para a mulher beneficiária.

A Resolução n. 2.121/2015,⁷⁰⁰ no item I, 3, determinou que o limite de 50 (cinquenta) anos de idade poderia ser excepcionado para participação da mulher no procedimento, quando fundado em evidências técnicas e científicas, determinadas pelo médico responsável e após o consentimento informado quanto aos riscos envolvidos. No seu item II, acrescentou o n. 3, que esclareceu a permissão da “gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade”. Manteve as mesmas regras para a gestação de substituição.

E, por sua vez, a Resolução n. 2.168/2017,⁷⁰¹ no item I, §2º, trouxe nova delimitação das exceções ao limite etário da mulher beneficiária.⁷⁰² Definiu gestação compartilhada no item II, 3, como sendo “a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”. Nos demais aspectos sob análise, não apresentou alterações significativas.

⁶⁹⁹ Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>.

⁷⁰⁰ Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>.

⁷⁰¹ Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.

⁷⁰² “ I – Princípios gerais [...] §1º A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos. § 2º As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente”.

As resoluções editadas pelo CFM do Brasil, conquanto sejam atos normativos infralegais, não têm força de lei, consistindo apenas em elementos informativos, vetores para o tratamento da matéria sob a perspectiva da ética médica, não vinculando terceiros alheios ao segmento, os quais necessitam invocar a tutela jurisdicional para resguardar seus direitos e interesses. Nesse tópico, reside a principal controvérsia entre a regulamentação por lei ou por regras deontológicas, como refere a doutrina (CHAVES, 2017, 199-200)⁷⁰³.

Não se pode descurar que, nos termos do art. 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil,⁷⁰⁴ compete à União legislar sobre direito civil, que abrange o direito de família, no qual se inserem especificamente as questões referentes à parentalidade e à filiação.

Embora os conselhos de fiscalização profissional brasileiros detenham a natureza jurídica de autarquias federais, estando sujeitos ao regime de direito público, não detêm competência legislativa, não podendo criar normas em sentido estrito, as quais são dotadas, concomitantemente, dos atributos da abstratividade, bilateralidade, coercibilidade, generalidade e imperatividade. Assim, as normas éticas do CFM sobre procedimentos em PMA vinculam, tão somente, os médicos, não podendo ser opostas em face dos beneficiários, da gestante substituta e de terceiros envolvidos nos procedimentos.

Assim, no Brasil, a aplicação das técnicas de PMA e a gestação de substituição não têm sua fonte jurídica na lei, sendo os direitos e obrigações decorrentes de atos negociais privados, entabulados entre os diferentes atores: (1) a pessoa ou casal beneficiário e o centro clínico; (2) o centro clínico e eventuais doadores de gametas; (3) o centro clínico e a gestante substituta, se for o caso; (4) a pessoa ou casal beneficiário e a gestante substituta; e/ou (5) o centro clínico, a pessoa ou casal beneficiário e a gestante substituta. Apenas a atuação médica regula-se por normas deontológicas, não dotadas da coercitividade e da imperatividade da lei. Consequentemente, em caso de divergência, desistência e/ou descumprimento do pactuado, a questão deverá ser judicializada, submetendo-se ao crivo interpretativo do magistrado.

⁷⁰³ *Idem.* pp. 199-200: “Há quem defenda que esses assuntos deveriam ser deixados à decisão das partes, dos membros da família, na moldura dos diversos ‘ordenamentos intermédios’ – a deontologia, a ética, as orientações das comissões de reflexão. Todavia, a opinião dominante em países de matriz romano-germânica ou do sistema da *Civil Law* é no sentido de uma intervenção legislativa. Os próprios médicos e profissionais de saúde – como se depreende da exposição de motivos da Resolução do CFM – clamam por legislação. Tal necessidade pode residir no fato de que médicos, biólogos e outros profissionais relacionados à saúde não se satisfazem com diretrizes fundamentadas tão somente na deontologia ou na convicção profissional, e almejam que o Direito determine com segurança o que é e o que não é lícito. Impossibilitados de encontrarem sozinhos as fronteiras da sua arte, em um tempo em que expandem as responsabilizações civil e criminal dos atos médicos, os profissionais possuem consciência de que já não é suficiente uma ‘ética corporativa para legitimar a prática científica’. A reserva da intimidade da vida privada e vida familiar não podem avocar o alcance de afastar o Estado e uma legislação de uma ampla intervenção, nesta matéria. Não se mostra bastante apenas o ato de o Estado fixar balizas longínquas de legalidade, deixando à consciência dos particulares o arbítrio de estabelecer o que é bom e lícito”.

⁷⁰⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Para a resolução de eventual conflito, segundo a vertente privatista do direito civil, deverá ser perquirida a vontade contratual, dando-se ênfase ao exercício da liberdade das partes, nos limites da função social do contrato, prevalecendo o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade revisional, conforme o art. 421 e seu parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, inovação da recente Lei n. 13.874/2019⁷⁰⁵. Essa mesma lei acrescentou o art. 421-A ao Código Civil, que estabelece a presunção relativa ou *juris tantum* de paridade e simetria nos contratos civis, ressalvadas as disposições de regimes jurídicos próprios.⁷⁰⁶

Diante da omissão legislativa quanto às técnicas de procriação medicamente assistida e gestação de substituição, nos moldes do art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pode, ainda, o julgador decidir a questão mediante aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Para garantir a segurança jurídica dos contratantes, a LINDB, no seu art. 20, estabelece que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, devendo constar da motivação a necessidade e a adequação da invalidação do contrato, e, conforme o art. 21, a invalidação do ato não pode causar aos contratantes ônus ou perdas anormais ou excessivos.⁷⁰⁷ Nessa senda, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), em sessão plenária, aprovou o enunciado n. 6, segundo o qual “a referência a ‘valores jurídicos abstratos’ na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados”.⁷⁰⁸

Já a vertente constitucionalista sugere, diante da hierarquia das normas, a apreciação das questões de direito civil à luz da Constituição, com recurso aos princípios da dignidade da

⁷⁰⁵ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

⁷⁰⁶ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”.

⁷⁰⁷ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

⁷⁰⁸ Disponível em <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>.

pessoa humana, da não discriminação, da legalidade, da igualdade, do superior interesse da criança e da paternidade responsável, dentre outros princípios implícitos daquela decorrentes.

A despeito das possíveis soluções retromencionadas, a ausência de legislação específica sobre as técnicas de PMA no Brasil fragiliza os direitos e interesses dos beneficiários, da gestante substituta, dos doadores de gametas e da criança nascida a partir do uso dessas tecnologias, submetendo-os a uma situação de vulnerabilidade e de insegurança jurídica.

Uma vez que a classe médica, por atos do CFM, foi autorizada à aplicação das técnicas de PMA em benefício dos casais do mesmo sexo – homens e mulheres, aspectos centrais de tal meio de concretização da parentalidade e suas consequências vêm sendo judicializados. Diante disso, o Poder Judiciário de primeiro e de segundo graus tem exercido papel protagonista na busca de soluções amplificadoras e garantidoras do pluralismo, da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica em matéria procriativa.

Pioneiramente no Brasil, em 28.02.2012, nos autos de processo que tramitou na 1ª Vara da Família e Registro Civil da Comarca de Recife/PE, foi reconhecida a bipaternidade de um casal de homens em relação a uma criança nascida com recurso à fertilização artificial heteróloga, mediante utilização de material genético de um deles, óvulo de doadora não identificada e gestação de substituição. Em consequência, o juiz determinou a abertura e a lavratura do assentamento do registro de nascimento da criança, contendo os nomes dos dois pais e a dupla relação avoenga paterna. Entendeu o julgador que toda regra legal que constitua embaraço à plena fruição dos direitos fundamentais, deve ser abolida da ordem jurídica vigente, através da interpretação pluralista e aberta dos dispositivos constitucionais ínsitos aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Dentre outros fundamentos, referida decisão lastreou-se também nas pesquisas conclusivas no sentido de que não há evidências de que uma criança criada por um casal do mesmo sexo apresente prejuízo em seu desenvolvimento psicossocial em maior grau que os filhos de casais de sexos opostos⁷⁰⁹.

Em 26.07.2012, nos autos n. 0016266-45.2012.8.26.0001, relativos a feito que tramitou junto à 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, foi reconhecida a dupla maternidade de um casal de mulheres que teve filhos gêmeos, em gestação compartilhada, sendo os óvulos fornecidos por uma, fertilizados com sêmen de doador anônimo e os embriões implantados no útero da outra, bem como foi reconhecido o direito registral de indicação dos nomes das duas mães e dos avós nas linhagens de ambas, nos assentamentos e certidões de nascimento. Em síntese, a sentença considerou que as duas

⁷⁰⁹ Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/13-MINICURSO.Decisao-Registro-Casal.Homoafetivo-TJPE.pdf>.

requerentes devem ser tidas como mães das crianças, tendo em vista que ambas contribuíram de forma física e psíquica para a existência e desenvolvimento dos bebês.⁷¹⁰

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou procedente um pedido de reconhecimento de multiparentalidade planejada, para fins registrais. No caso concreto, duas mulheres casadas entre si planejaram, com a participação e auxílio biológico de um amigo de longa data, e das famílias respectivas, a concepção de uma criança, que seria tida como filha das duas mães e do pai. A criança foi gerada com o óvulo da mulher que a gestou. Com fulcro na dignidade da pessoa humana, na não discriminação, no melhor interesse do menor e no fenômeno da afetividade, a Corte entendeu que o vínculo biológico não é exclusivo para que exista o liame familiar, devendo ser também considerado o vínculo afetivo, quando evidenciado o reforço à rede protetiva da criança. Ademais, salientou que os princípios registrais da legalidade, tipicidade e especialidade comportam relativização, quando sua aplicação for incompatível com princípios constitucionais. À vista disso, determinou o assentamento do registro de nascimento da criança, contendo os nomes das duas mães e do pai, bem como dos seis avós das linhas materna e da linha paterna.⁷¹¹

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível n. 534999, reconheceu o direito de servidora pública, que teve um filho biológico através de recurso à gestação de substituição, à licença-maternidade pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias⁷¹², haja a vista a necessidade de dedicar seu tempo ao aprofundamento do vínculo e aos cuidados com o neonato.

Diante das realidades da pluriparentalidade, biparentalidade paterna (bipaternidade), biparentalidade materna (bimaternidade) e monoparentalidade paterna ou materna, o CNJ editou o Provimento n. 63/2017,⁷¹³ que revogou o Provimento n. 52/2016 e instituiu modelos únicos de certidões de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, dispondo sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A”, bem como acerca do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Estudos promovidos no âmbito do Poder Judiciário, através de debates especializados, têm resultado na elaboração de enunciados e recomendações, sem caráter vinculante, mas que

⁷¹⁰ Processo 0016266-45.2012.8.26.0001 - Procedimento Ordinário - Diário Oficial do Estado de São Paulo – 10.08.2012 – caderno 3 – 2ª Vara de Registros Públicos. Disponível em <https://www.26notas.com.br/blog/?p=6168>.

⁷¹¹ Relator José Pedro de Oliveira Eckert, 8ª Câmara Cível, J. 12/02/2015. Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/3-MINICURSO.AcordaoMultiparentalidade.Planejada.pdf>.

⁷¹² Relator Juiz Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, Apelação Cível n. 534999, J. 30/08/2012. Acórdão disponível em <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>.

⁷¹³ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>.

funcionam como vetores para a interpretação ou integração das leis. Inclusive, vêm sendo emitidos diversos enunciados sobre questões inerentes aos direitos sexuais, reprodutivos e familiares das pessoas com orientação sexual voltada para outras do mesmo sexo.

No I Fórum Nacional de Direitos Humanos (FONADIRH),⁷¹⁴ realizado em 2019, pela Associação dos Juízes Federais (AJUFE), foi aprovado o enunciado n. 27, no seguinte teor: “Recomenda-se que os casos envolvendo direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero sejam apreciados levando-se em conta os Princípios de Yogyakarta”.

A V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) aprovou, em 2011, o enunciado n. 524, segundo o qual, a teor do art. 1.723 do Código Civil, “as demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família”. O enunciado n. 526, referente ao art. 1.726 do dito Código, fixou o entendimento de que “é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”.⁷¹⁵

Na VII Jornada de Direito Civil, também do CJF, em 2015, foi editado o enunciado n. 601, para o qual “é existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. Esse enunciado decorreu de interpretação dada ao art. 1.514 do Código Civil, justificando-se pela evolução do modelo familiar contemporâneo⁷¹⁶. No mesmo evento, foi aprovado o enunciado n. 608, dizendo que “é possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local”. Tal enunciado tem fulcro nos artigos 1.593 e 1.596 do Código Civil, baseando-se nos precedentes do STF e do STJ⁷¹⁷. Na mesma jornada, foi aprovada proposta de inclusão de artigo no Código Civil, que, similarmente ao sistema português, estabeleceria, como regra, a presunção de maternidade baseada na gestação. Todavia, excepcionaria as hipóteses de utilização das técnicas de PMA, estipulando a maternidade em favor da mulher que tenha fornecido o material genético ou elaborado o projeto parental mediante recurso à doação de óvulos⁷¹⁸. Entretanto, tal sugestão ainda não foi positivada.

⁷¹⁴ Disponível em <https://www.ajufer.org.br/imprensa/noticias/12656-veja-os-enunciados-e-recomendacoes-aprovados-no-i-fonadirh>.

⁷¹⁵ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>.

⁷¹⁶ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>.

⁷¹⁷ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>.

⁷¹⁸ Proposição para inclusão de um artigo no final do cap. II, subtítulo II, cap. XI, título I, do livro IV, com a seguinte redação: Art. 1.597-A. “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o

Diante do acima exposto, constatamos que, no Brasil, o amplo reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares tem decorrido de construção doutrinária e jurisprudencial, e, em consequência disso, especificamente, a afirmação do pluralismo no acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, que tem se verificado na prática médica, afastando discriminações por estado civil, sexo e orientação sexual, tem como fonte os atos normativos infralegais deontológicos de conselho profissional, modelo que, ante a inexistência de regramento por lei, pode expor os beneficiários, a gestante substituta, os doadores de gametas, os profissionais de saúde e, mais gravemente, a criança, aos riscos decorrentes da insegurança jurídica, fazendo-se mister a sua oportuna positivação.

4.3 A Questão no Direito Comparado

4.3.1 Reino Unido

No Reino Unido, em julho de 1982, foi instalada a Comissão de Inquérito em Fertilização Humana e Embriologia, vinculada ao Departamento de Saúde e Seguridade Social, para examinar as implicações sociais, éticas e legais de desenvolvimentos presentes e potenciais no campo da reprodução humana assistida. Em 26.06.1984, foi apresentado o “Relatório Warnock”,⁷¹⁹ assim designado em razão do sobrenome da sua presidente, Mary Warnock. O documento definiu, no ponto 8.1, a gestação de substituição como a prática através da qual uma mulher gesta uma criança para outrem, com a intenção de que a criança seja entregue a esta após o nascimento, podendo dar-se sob diversas formas: (1) a beneficiária pode ou não ter fornecido seu óvulo; (2) o pai genético pode ser o marido ou companheiro da beneficiária ou da gestante substituta, bem como doador anônimo; e (3) a concepção ocorre por inseminação artificial ou por fertilização *in vitro* com transferência embrionária para o útero da gestante substituta. O Relatório Warnock, nos itens 8.17 a 8.20, opinou negativamente quanto à adoção da gestação de substituição, com base em objeções morais e sociais, entendendo como eticamente inaceitável o emprego dessa prática por conveniência, o que ocorre quando uma mulher é fisicamente capaz de gestar uma criança, mas não o deseja, e, ainda, salientou os riscos de exploração de um ser humano por outro e de comercialização da gestação. No item 2.10,

material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>.

⁷¹⁹ Disponível em https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf.

defendeu uma regra geral proibitiva do recurso à gestação de substituição, considerando mais saudável à criança nascer numa família composta por pai e mãe, embora não seja possível prever quão duradoura será essa relação, e, ainda, destacou que, diante da igualdade entre os sexos, homens solteiros homossexuais também poderiam reivindicar o acesso a essa técnica.

A gestação de substituição foi permitida a partir do *Surrogacy Arrangements Act*⁷²⁰ de 1985, que não discrimina sexo, estado civil ou orientação sexual dos beneficiários, embora sua aplicação fosse restrita aos casais heterossexuais e mulheres solteiras durante mais de duas décadas. Tal ato veda a sub-rogação de gestação onerosa, admite a reparação das despesas da gestante substituta, exclusivamente, para o cumprimento de sua obrigação contratual.

A regulação dos tratamentos de fertilidade foi pioneiramente positivada na Inglaterra e País de Gales, em 1990, através do *Human Fertilisation and Embryology Act*. Já naquela época estabeleceu as normas sobre realocação da filiação e da parentalidade nos casos de doação de sêmen, consignando que, quando uma mulher empreendesse um tratamento de fertilidade conjuntamente com seu cônjuge ou companheiro, este seria o pai legal da criança, não mantendo o doador nenhum vínculo parental. A fiscalização das atividades foi atribuída à Autoridade em Fertilização Humana e Embriologia (BRACKEN, 2016, 396)⁷²¹.

O *Human Rights Act* de 1998, como regra geral, no seu art. 14, proíbe a discriminação, dentre outros fatores, em razão de sexo e de qualquer outra condição. No art. 12, consagra o direito de todos ao casamento e à constituição de família. E o art. 8º trata do direito ao respeito pela vida privada e familiar, permitindo restrição nos limites do seu item 2⁷²².

As seções 50 e 51 do *Adoption and Children Act* de 2002⁷²³ permitem a adoção por casais e pessoas solteiras, independentemente de estado civil e de orientação sexual, refletindo uma inicial adesão do Reino Unido ao pluralismo na conformação familiar.

⁷²⁰ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/2009-10-01>.

⁷²¹ BRACKEN, Lydia. In the Best Interests of the Child? The Regulation of DAHR in Ireland. **European Journal of Health Law**. p. 396.

⁷²² “Article 8 Right to respect for private and family life – 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1/part/I/chapter/7>.

Tradução livre: “Artigo 8.º Direito ao respeito à vida privada e familiar - 1. Toda pessoa tem direito ao respeito à sua vida privada e familiar, ao seu lar e à sua correspondência. 2. Não haverá interferência de uma autoridade pública no exercício desse direito, exceto se estiver em conformidade com a lei e for necessário em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou do bem-estar econômico do país, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde ou moral, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outros”.

⁷²³ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>.

Em 2004, foi editado o *Gender Recognition Act*, que permitiu a expedição de um certificado de reconhecimento de gênero, nas hipóteses em que uma pessoa viva sob outro gênero, ou tenha mudado de gênero em conformidade com a legislação de país estrangeiro.⁷²⁴

Outra manifestação do pluralismo, pelo Parlamento do país em questão, deu-se com o *Civil Partnership Act* de 2004,⁷²⁵ através do qual foi reconhecida a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, abordando, também, questões atinentes à responsabilidade parental.

O *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008, na seção 33, traz o conceito de mãe, assim entendida a gestante de substituição, ainda que a intervenção tenha ocorrido fora do Reino Unido.⁷²⁶ A gestante substituta deve expressar o seu consentimento para firmar a parentalidade paterna e materna, nos termos do art. 37, 1, *b*, e do art. 44, 1, *b*, do Ato. Com a alteração de 2010, permitiu expressamente aos casais de homens o acesso à PMA.

Através do *Equality Act* de 2010, o Reino Unido passou a considerar a expressão “sexo” como referência à orientação sexual e à identidade de gênero, bem como elegeu a orientação sexual como característica protegida, nos termos da sua seção 4. A definição e os limites da proteção estão referidos na seção 12⁷²⁷. Na seção 23, subseção 4, afirma a igualdade material na comparação circunstancial entre casais do mesmo sexo e de sexos opostos.⁷²⁸

⁷²⁴ Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/crossheading/applications-for-gender-recognition-certificate>.

⁷²⁵ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents>.

⁷²⁶ 33. “Meaning of ‘mother’ - (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child. (2) Subsection (1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child. (3) Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs”. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/33>.

Tradução livre: “Significado de ‘mãe’ (1) A mulher que está carregando ou carregou uma criança como resultado da colocação nela de um embrião ou esperma e óvulos, e nenhuma outra mulher, deve ser tratada como a mãe do filho. (2) Subseção (1) não se aplica a nenhuma criança na medida em que a criança é tratada em virtude da adoção como não sendo filha da mulher. (3) Subseção (1) se aplica se a mulher estava no Reino Unido ou em outro lugar no momento da colocação nela do embrião ou do esperma e óvulos”.

⁷²⁷ “12. Sexual orientation - (1) Sexual orientation means a person's sexual orientation towards - (a) persons of the same sex, (b) persons of the opposite sex, or (c) persons of either sex. (2) In relation to the protected characteristic of sexual orientation - (a) a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person who is of a particular sexual orientation; (b) a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons who are of the same sexual orientation”. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/2019-08-01>.

Tradução livre: “12. Orientação sexual - (1) Orientação sexual significa a orientação sexual de uma pessoa em relação a - (a) pessoas do mesmo sexo, (b) pessoas do sexo oposto ou (c) pessoas de ambos os sexos. (2) Em relação à característica protegida da orientação sexual - (a) uma referência a uma pessoa que tem uma característica particular protegida é uma referência a uma pessoa que é de uma particular orientação sexual; (b) uma referência a pessoas que compartilham uma característica protegida é uma referência a pessoas que são da mesma orientação sexual”.

⁷²⁸ “23. Comparison by reference to circumstances - [...] (4) If the protected characteristic is sexual orientation, the fact that one person (whether or not the person referred to as B) is married to a person of the same sex while another is married to a person of the opposite sex is not a material difference between the circumstances relating to each case”. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/2019-08-01>.

Com o *Marriage (Same Sex Couples) Act*⁷²⁹ de 2013, tornou-se legal o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo na Inglaterra e no País de Gales.

À vista do exposto, distinguem-se a abertura e a maturidade do ordenamento jurídico do Reino Unido na abordagem dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, consagrando os postulados do pluralismo, inclusive em termos de procriação medicamente assistida.

4.3.2 Canadá

No Canadá, o *Constitutional Act* de 1982, na seção 15, assegura a igualdade de direitos, com igual proteção e benefício da lei, sem discriminação em face do sexo, dentre outros fatores, admitindo ações afirmativas, tais como leis, medidas e atividades, não sujeitas à preclusão, que visem a melhoria das condições de desvantagem vividas por algumas pessoas ou grupos⁷³⁰.

O Código Criminal do Canadá,⁷³¹ no art. 318, prevê, como crime de propaganda de ódio, sujeito à pena de prisão de até cinco anos, a defesa ou promoção do genocídio, assim definidos todos os atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, qualquer grupo identificável, seja matando membros do grupo, seja lhe infligindo, deliberada e calculadamente, condições que possam causar sua destruição física. O mesmo dispositivo elenca, no seu item 4, dentre os grupos identificáveis, qualquer segmento social diferenciado pela orientação sexual. O art. 430 prevê o delito de dano, causado em detrimento da propriedade ou de dados de informática, sendo que, nos termos do item 2, quando causar perigo real à vida, a pena cominada é de prisão perpétua. Em se tratando de danos contra edifício ou estrutura destinada ao uso religioso, educacional, social, cultural, esportivo ou administrativo, cometido por preconceito ou ódio em razão de cor, raça, religião, origem nacional ou étnica, idade, sexo, orientação sexual, identidade ou expressão de gênero ou deficiência física ou mental, a pena prevista é de até dez anos de prisão, ou, se for crime punível com condenação sumária, em procedimento de menor complexidade, a pena de prisão será de até dezoito meses. Nos moldes do art. 718.2, do Código Criminal Canadense, configura-se como princípio da sentença a consideração de qualquer circunstância agravante ou atenuante relativa à ofensa ou ao ofensor, inexistindo reservas quando houver evidência de que o delito foi motivado por tendência,

Tradução livre: “23. Comparação por referência às circunstâncias - [...] (4) Se a característica protegida for orientação sexual, o fato de uma pessoa (seja a pessoa referida como B) ser casada ou não com uma pessoa do mesmo sexo, enquanto outro é casado com uma pessoa do sexo oposto, não é uma diferença material entre as circunstâncias relacionadas a cada caso”.

⁷²⁹ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/body>.

⁷³⁰ Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/>.

⁷³¹ Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>.

preconceito ou ódio em detrimento de raça, origem nacional ou étnica, linguagem, cor, religião, sexo, idade, deficiência física ou mental, orientação sexual, identidade ou expressão de gênero, ou qualquer outro fato similar. Assim, depreende-se que, no ordenamento jurídico criminal canadense, as condutas discriminatórias, inclusive aquelas baseadas em orientação sexual, quando não constituírem elementos de tipos legais específicos, serão consideradas como causas agravantes da pena imposta para outros crimes em geral.

O acesso à PMA está regulamentado pelo *Assisted Human Reproduction Act* de 2004,⁷³² que, na seção 2,⁷³³ elenca os princípios incidentes sobre a aplicação das tecnologias de PMA e pesquisas correspondentes. Importante destacar que a subseção e veda a discriminação no acesso à procriação medicamente assistida em razão de orientação sexual ou estado civil, demonstrando uma opção legislativa pluralista no reconhecimento dos direitos procriativos. Tal lei define gestante por sub-rogação como a “pessoa do sexo feminino que - com a intenção de entregar a criança no nascimento a um doador ou outra pessoa - carrega um embrião ou feto que foi concebido por meio de um procedimento de PMA e derivado dos genes de um doador ou doadores”. O Ato de Reprodução Humana Assistida canadense, além de não admitir a gestação de substituição com o emprego de óvulos da gestante substituta, estabelece outras proibições para as técnicas de PMA na Seção n. 5, tais quais: o subitem 6 (1) veda a modalidade

⁷³² Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>.

⁷³³ “*Principles – Declaration – 2. The Parliament of Canada recognizes and declares that (a) the health and well-being of children born through the application of assisted human reproductive technologies must be given priority in all decisions respecting their use; (b) the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health, safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research; (c) while all persons are affected by these technologies, women more than men are directly and significantly affected by their application and the health and well-being of women must be protected in the application of these technologies; (d) the principle of free and informed consent must be promoted and applied as a fundamental condition of the use of human reproductive technologies; (e) persons who seek to undergo assisted reproduction procedures must not be discriminated against, including on the basis of their sexual orientation or marital status; (f) trade in the reproductive capabilities of women and men and the exploitation of children, women and men for commercial ends raise health and ethical concerns that justify their prohibition; and (g) human individuality and diversity, and the integrity of the human genome, must be preserved and protected*”.

Tradução livre: “Princípios - Declaração – 2. O Parlamento do Canadá reconhece e declara que (a) a saúde e o bem-estar das crianças nascidas através da aplicação de tecnologias de reprodução humana assistida devem ter prioridade em todas as decisões a respeito do seu uso; (b) os benefícios das tecnologias de reprodução humana assistida e das pesquisas correlatas para indivíduos, famílias e sociedade em geral podem ser mais efetivamente garantidos através da tomada de medidas apropriadas para a proteção e promoção da saúde humana, segurança, dignidade e direitos no uso dessas tecnologias e em pesquisas relacionadas; (c) enquanto todas as pessoas são afetadas por essas tecnologias, mulheres, mais do que homens, são direta e significativamente afetadas por sua aplicação, e a saúde e o bem-estar das mulheres devem ser protegidos na aplicação dessas tecnologias; (d) o princípio do consentimento livre e informado deve ser promovido e aplicado como condição fundamental do uso das tecnologias de reprodução humana; (e) as pessoas que procuram se submeter a procedimentos de reprodução assistida não devem ser discriminadas, inclusive com base em sua orientação sexual ou estado civil; (f) o comércio das capacidades reprodutivas de mulheres e homens e a exploração de crianças, mulheres e homens para fins comerciais suscitam preocupações éticas e de saúde que justificam sua proibição; e (g) a individualidade e diversidade humanas, e a integridade do genoma humano, devem ser preservadas e protegidas”.

onerosa, seja por meio do pagamento, ou da oferta ou do anúncio de pagamento pela gestação de substituição; o subitem 6 (2) obsta a atuação como intermediário nas avenças de gestação de substituição, bem como a divulgação da organização de tais serviços; o subitem 6 (2) proíbe o pagamento a intermediários para arranjar os serviços de gestação de substituição, oferecer-se para pagar ou anunciar o pagamento; e o subitem 6 (4) estabelece que ninguém pode aconselhar ou induzir uma mulher a atuar como gestante de substituição, ou praticar qualquer procedimento médico de assistência para que uma mulher se torne gestante por sub-rogação, quando souber ou tiver motivos para acreditar que ela não conta com a idade mínima de 21 anos. Nos termos do subitem 6 (5), essas vedações não obstam a validade, sob as leis provinciais, de quaisquer acordos nos quais a mulher tenha aceito figurar como gestante de substituição. Em regra, o Ato de Reprodução Humana Assistida não admite o reembolso de despesas dos doadores e da gestante substituta, porém, excepciona as hipóteses estipuladas em regulamento e aquelas no Ato expressamente previstas, consoante depreende-se do subitem 12, (1) a (3).⁷³⁴ As seções 60 e 61 preveem sanções em caso de descumprimento, que podem variar entre multa de 100,000 CAD (cem mil dólares canadenses) e pena de prisão por até dois anos, nos casos de infrações sujeitas a condenação sumária, a multa de até 500,000 CAD (quinhentos mil dólares canadenses) e dez anos de prisão para os delitos mais graves, sendo cabível, em ambas as situações, a cumulação entre as penas de multa e de restrição da liberdade.

Na esfera civilística, o *Civil Marriage Act* de 2005⁷³⁵ reafirmou o direito à igualdade e à não discriminação entre casais do mesmo sexo e casais do sexo oposto, no que tange ao direito de acesso ao casamento para propósitos civis. Por meio dele, foi reconhecido expressamente o direito à constituição de família, através de adoção ou de PMA.

⁷³⁴ “*Reimbursement of expenditures – 12. (1) No person shall, except in accordance with the regulations, (a) reimburse a donor for an expenditure incurred in the course of donating sperm or an ovum; (b) reimburse any person for an expenditure incurred in the maintenance or transport of an in vitro embryo; or (c) reimburse a surrogate mother for an expenditure incurred by her in relation to her surrogacy. (2) No person shall reimburse an expenditure referred to in subsection (1) unless a receipt is provided to that person for the expenditure. (3) No person shall reimburse a surrogate mother for a loss of work-related income incurred during her pregnancy, unless (a) a qualified medical practitioner certifies, in writing, that continuing to work may pose a risk to her health or that of the embryo or foetus; and (b) the reimbursement is made in accordance with the regulations*”.

Tradução livre: “Reembolso de despesas - 12. (1) Ninguém deverá, exceto de acordo com os regulamentos, (a) reembolsar um doador por uma despesa incorrida no curso da doação de esperma ou óvulo; (b) reembolsar qualquer pessoa por uma despesa incorrida na manutenção ou transporte de um embrião *in vitro*; ou (c) reembolsar uma gestante por sub-rogação de uma despesa incorrida por ela em relação à sua gestação substitutiva. (2) Nenhuma pessoa reembolsará uma despesa referida na subseção (1), a menos que um recibo seja fornecido a essa pessoa em razão da despesa. (3) Nenhuma pessoa reembolsará uma gestante substituta por uma perda de renda relacionada ao trabalho incorrida durante a gravidez, a menos que (a) um médico qualificado certifique, por escrito, que continuar trabalhando pode representar um risco para sua saúde ou do embrião ou feto; e (b) o reembolso for feito de acordo com os regulamentos”.

⁷³⁵ Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.5/page-1.html#h-85522>.

Nesse cenário, observamos que o Canadá, além de positivar regras antidiscriminatórias em razão do sexo, da orientação sexual e da identificação de gênero, inclusive com repercussão na esfera criminal, segue linha semelhante à do Reino Unido, no sentido da plena consolidação do pluralismo procriativo e familiar, permitindo o acesso de pessoas solteiras e de casais do mesmo sexo à adoção e às técnicas de procriação medicamente assistida, independentemente de orientação sexual e de estado civil.

4.3.3 Espanha

A Constituição Espanhola de 1978,⁷³⁶ no seu art. 14, declara a igualdade de todos, sem discriminação alguma, motivada por nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra circunstância pessoal ou social. O art. 32 diz que “o homem e a mulher têm direito de contrair matrimônio com plena igualdade jurídica”. Como referido dispositivo não restringiu esse direito à conjugalidade apenas ao homem e à mulher entre si, pode ser objeto de interpretação dinâmica, de modo a contemplar os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Penal de Espanha,⁷³⁷ editado pela Lei Orgânica n. 10/1995, no seu art. 511⁷³⁸, tipifica a conduta de denegação discriminatória da prestação de serviço público a uma pessoa em razão de sua ideologia, religião ou crenças, pertencimento a etnia ou raça, origem nacional, sexo, orientação sexual, situação familiar, razões de gênero, enfermidade ou incapacidade, cominando penas de prisão, de multa e de inabilitação para o exercício de emprego, cargo público, atividade educacional ou desportiva. Além disso, nos termos do art. 512, a negativa de serviços privados também caracteriza crime.⁷³⁹

⁷³⁶ Disponível em <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

⁷³⁷ Disponível em <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

⁷³⁸ “*Artículo 511. 1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad. 3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. 4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente*”.

⁷³⁹ “*Artículo 512. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o*

Embora não exista uma norma geral nacional antidiscriminatória por orientação sexual, no exercício da autonomia e do autogoverno, conferido pelos artigos 2º e 143 da Constituição Espanhola, algumas comunidades e regiões autônomas adotaram ampla proteção na matéria, tais como Ilhas Baleares (2007), País Basco (2012), Andaluzia (2014 e 2018), Catalunha (2014), Ilhas Canárias (2014), Extremadura (2015), Galícia (2016), Madri (2016), Múrcia (2016), Navarra (2017), Aragão (2018) e Valência (2018). Algumas delas também já reconheceram as uniões de fato entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo de Catalunha (Lei n. 10/1998), Madri (Lei n.11/2001), Andaluzia (Lei n. 5/2002) e País Basco (Lei n. 2/2003).

Com o advento da Lei n. 13/2005,⁷⁴⁰ foi alterado o Código Civil Espanhol, que passou a dispor, no seu art. 44, que o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos, seja quando ambos os contraentes tenham o mesmo sexo, seja quando tenham sexos opostos. Ademais, referida norma admitiu a adoção por casais do mesmo sexo, alterando o disposto no art. 175 do mencionado *codex*. Afirma-se, em consequência, o pluralismo na conjugalidade e na parentalidade socioafetiva no ordenamento jurídico espanhol.

Entretanto, em termos de direitos procriativos, a Lei Espanhola n. 14/2006,⁷⁴¹ sobre técnicas de reprodução humana assistida, adere a um pluralismo mitigado. A norma elege, no seu art. 6º, apenas as mulheres como destinatárias da procriação medicamente assistida, independentemente de estado civil e de orientação sexual⁷⁴².

No art. 10, a Lei n. 14/2006 veda a gestação de substituição, tanto onerosa, quanto gratuita, estipulando sanção de nulidade de pleno direito do contrato respectivo, caso em que a

comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años”.

⁷⁴⁰ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>.

⁷⁴¹ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

⁷⁴² “*Artículo 6. Usuarios de las técnicas. 1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. 2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. 3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. 4. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad. 5. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora”.*

filiação se estabelecerá pelo parto, incidindo sobre a gestante substituta, ressalvada eventual ação de reclamação de paternidade intentada pelo pai biológico, a ser processada conforme as regras gerais de direito civil e de processo civil.

Em termos de aplicação das técnicas de reprodução humana assistida, no ordenamento jurídico espanhol, incidem as normas da Lei n. 14/1986 – Lei Geral de Saúde, a legislação das comunidades autônomas e a Lei n. 14/2006 – Lei de PMA. Conforme o grau de violação do bem jurídico protegido, o descumprimento das disposições legais poderá caracterizar infração leve, grave ou gravíssima. A prática de qualquer técnica que não conste do anexo da Lei n. 14/2006, ou que não tenha sido autorizada, enquanto técnica experimental, nos moldes do art. 2º da Lei, são consideradas infrações gravíssimas, a teor do que prevê o art. 26, 2, c, 2ª, da Lei n. 14/2006. Nesse cenário, a execução da gestação de substituição consiste em infração gravíssima, posto que é proibida pela Lei n. 14/2016 e não está inserida no seu Anexo⁷⁴³.

O art. 27, da Lei n. 14/2006, impõe as seguintes sanções para as infrações no âmbito da PMA: (1) infrações leves – multa de até 1.000 EUR (mil euros); (2) infrações graves – multa a partir de 1.001 EUR (mil e um euros) até 10.000 EUR (dez mil euros), e, no caso de violação ao art. 26, b, 5ª, poderá ser aplicada também sanção de revogação da autorização concedida ao centro ou serviço de reprodução assistida; e (3) infrações muito graves ou gravíssimas – multa de 10.001 EUR (dez mil e um euros) até um milhão de euros, e, em se tratando de infração ao art. 26, c, 2ª e 3ª, podem ser aplicadas cumulativamente a sanção pecuniária e a de fechamento dos centros ou serviços que praticaram as técnicas de PMA irregulares. Com fulcro no item 2 do artigo, as penas deverão observar os limites legais, sendo graduadas em consonância com o risco criado para a saúde da mãe ou dos pré-embriões gerados, o valor do eventual benefício obtido, o grau de intencionalidade, a gravidade da alteração sanitária ou social resultante, a generalização da infração e a eventual reincidência. Segundo o item 3, a multa poderá ser fixada em até o dobro do benefício auferido pelo infrator, caso superado o montante da multa cominada em lei. E, de acordo com o item 4, quando uma mesma conduta constituir duas ou mais infrações, será aplicada a pena mais grave dentre as previstas.

O que se observa, da legislação espanhola em matéria de procriação medicamente assistida, é que a admissão do acesso das mulheres, independentemente de estado civil e de

⁷⁴³ “ANEXO - A) Técnicas de reproducción asistida - 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos. B) Procedimientos diagnósticos - Procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermatozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba”.

orientação sexual, mas sem possibilitar-lhes o acesso à gestação de substituição, quando houver necessidade e indicação clínica, bem como a exclusão de homens solteiros e de parceiros/cônjuges do sexo masculino, representam uma opção legislativa restritiva do pluralismo em termos de direitos reprodutivos.

4.3.4 Itália

A Constituição da República Italiana de 1947,⁷⁴⁴ no art. 2º, firma o compromisso de reconhecimento e garantia dos “direitos invioláveis do homem, como indivíduo e nas formações sociais em que sua personalidade é exercida, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social”. Seu art. 3º diz que “todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condição pessoal e social”. E o citado artigo diz mais, que compete à República remover todos os obstáculos de ordem econômica e social, limitantes da liberdade e da igualdade, e impeditivos do livre desenvolvimento da personalidade. A Constituição italiana regula a família nos artigos 29 a 31, nas bases do modelo nuclear.⁷⁴⁵

Em termos de direitos sexuais e familiares, a Lei Italiana n. 76/2016, com fundamento nos artigos 2º e 3º da Constituição, passou a admitir a união civil entre duas pessoas adultas do mesmo sexo, mediante declaração à autoridade do estado civil, na presença de duas testemunhas. Alterou o Código Civil para regular o contrato de convivência. O art. 20, da mesma lei, para efeito de materializar a proteção dos direitos e o pleno cumprimento das obrigações decorrentes da união civil, estabeleceu que as expressões “cônjuge”, “cônjuges” ou

⁷⁴⁴ Disponível em <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

⁷⁴⁵ “*TITOLO II - RAPPORTI ETICO-SOCIALI - Art. 29. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare. Art. 30. È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Art. 31. La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo [37]*”.

Tradução livre: “*TÍTULO II - RELACIONAMENTO ÉTICO-SOCIAL - Art. 29. A República reconhece os direitos da família como uma sociedade natural fundada no matrimônio. O matrimônio é ordenado pela igualdade moral e jurídica dos cônjuges, com os limites estabelecidos por lei para garantir a unidade familiar. Art. 30. É dever e direito dos genitores manter, instruir e educar os filhos, mesmo que nascidos fora do casamento. Nos casos de incapacidade dos genitores, a lei garante que seus deveres sejam cumpridos. A lei garante aos filhos nascidos fora do casamento toda tutela jurídica e social, compatível com os direitos dos membros da família legítima. A lei dita a norma e os limites para a investigação de paternidade. Art. 31. A República facilita com medidas econômicas e outras providências a formação da família e o cumprimento de tarefas relacionadas, com particular resguardo das famílias numerosas. Protege a maternidade, a infância e a juventude, favorecendo as instituições necessárias a tal escopo [37]*”.

termos equivalentes, constantes de leis, atos normativos, atos administrativos e acordos coletivos, são aplicáveis a cada uma das partes da união civil entre pessoas do mesmo sexo, exceto quanto à lei de adoção e aos artigos do Código Civil não referidos expressamente.⁷⁴⁶

A Lei n. 184/1983,⁷⁴⁷ que dispõe sobre a adoção e a custódia de menores, no seu art. 6º, permite a adoção apenas aos cônjuges unidos em matrimônio pelo período mínimo de três anos, sem que tenha se verificado separação de fato. Portanto, na Itália, a adoção somente pode ser efetivada por casais formados por pessoas de sexos diferentes, havendo exclusão das pessoas solteiras, dos conviventes em união estável de sexos opostos e dos casais do mesmo sexo. Embora a legislação italiana não autorize a adoção por casais do mesmo sexo, a Suprema Corte de Cassação, através da Ordenança n. 14.007, de 31.05.2018, reconheceu a adoção plena dos filhos biológicos da companheira francesa pela outra parceira, de origem franco-italiana, sendo tal ato permitido sob o direito francês, por meio de dois precedentes judiciais. A decisão foi baseada na permissão de adoção internacional, nos termos da Lei n. 184/1983. Entendeu pela supremacia do interesse das crianças em viver de modo estável, num ambiente doméstico harmonioso, podendo ser assistidas e educadas no lar construído por ambas as figuras parentais. Referiu também que o superior interesse da criança consiste em base normativa de direito interno e de direito internacional da adoção, sendo limite de validade da cláusula de ordem pública, que deve ser valorada com cautela e à luz das especificidades do caso concreto.⁷⁴⁸

A Lei n. 40/2004⁷⁴⁹ trata da procriação medicamente assistida na Itália. No art. 4º, discorre sobre o acesso à técnica, restrito aos casos de esterilidade e infertilidade documentadas por ato médico, vedando técnicas de PMA do tipo heterólogo. Tal dispositivo traça os requisitos objetivos e os princípios do acesso à PMA.⁷⁵⁰ Os requisitos subjetivos da PMA estão

⁷⁴⁶ Disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016;76>.

⁷⁴⁷ Disponível em https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?a_tto.dataPubblicazioneGazzetta=1983-05-17&atto.codiceRedazionale=083U0184&elenco30giorni=false.

⁷⁴⁸ Disponível em http://www.rivistafamiglia.it/wp-content/uploads/2018/07/Cass.-civ-sez.-I-ord.-n.-14_007_2018.pdf.

⁷⁴⁹ Disponível em <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>.

⁷⁵⁰ “ART. 4. (Accesso alle tecniche) - 1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. 2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi: a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività; b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6. 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

Tradução livre: “ART. 4. (Acesso às técnicas) - 1. O uso de técnicas de procriação medicamente assistida só é permitido quando se verificar a impossibilidade de remover por outro modo as causas impeditivas da procriação e limitado aos casos de esterilidade ou infertilidade inexplicável documentada por ato médico bem como em casos de esterilidade ou infertilidade devido a uma causa accertada e certificada por um ato médico. 2. As técnicas de procriação medicamente assistida são aplicadas com base nos seguintes princípios: a) gradualidade, a fim de evitar o recurso a intervenções com um grau de invasividade técnica e psicológica mais oneroso para os destinatários,

traçados no art. 5º da Lei em questão, que elege os beneficiários de tais técnicas. Segundo essa regra, atendidos os requisitos objetivos retro verificados, somente poderão aceder às tecnologias de reprodução humana assistida os “casais de adultos de diferentes sexos, casados ou em convivência, em idade potencialmente fértil, ambos vivos”. Assim, na Itália, é vedada a fertilização ou inseminação *post mortem*. Embora proibida a reprodução heteróloga, o descumprimento gera efeitos parentais, nos termos do art. 9º, dentre os quais, o de que o membro do casal, que tenha consentido, não poderá impugnar ou alegar desconhecimento da parentalidade, a mãe não poderá impor o anonimato e os dadores de gametas não terão quaisquer direitos ou obrigações em relação à criança⁷⁵¹. O art. 12 trata das proibições e das sanções incidentes em decorrência de infrações nas práticas de PMA. No item 1, prevê sanção administrativa pecuniária de 300.000 EUR (trezentos mil euros) a 600.000 EUR (seiscentos mil euros) em caso de utilização heteróloga de gametas. Dentre outras situações previstas no item 2, a aplicação das técnicas em casais que não sejam casados ou conviventes em união estável entre si, ou em casais do mesmo sexo, enseja multa administrativa de 200.000 EUR (duzentos mil euros) a 400.000 EUR (quatrocentos mil euros). Conforme o item 6, quem, sob qualquer forma, realizar, organizar ou anunciar a comercialização de gametas ou embriões ou gestação de substituição, estará sujeito à pena restritiva de liberdade de três meses a dois anos e multa de 600.000 EUR (seiscentos mil euros) a um milhão de euros. E, nos termos do item 10, o estabelecimento que realizar as práticas proibidas terá sua autorização de funcionamento suspensa por um ano, e, no caso de reiteração, caberá a revogação da autorização.

inspirando-se no princípio de menor invasividade; b) consentimento informado, a ser realizado nos termos do artigo 6.º 3. É proibido o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida de tipo heterólogo”.

⁷⁵¹ “ART. 9. - (Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre). 1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”.

Tradução livre: “ART. 9. - (Proibição de exoneração de paternidade e anonimato da mãe). 1. Caso se recorra a técnica de procriação medicamente assistida do tipo heterólogo em violação da proibição do artigo 4, parágrafo 3, o cônjuge ou convivente cujo consentimento é obtido a partir dos atos conclusivos não poderá exercitar a ação de exoneração da paternidade nos casos previstos no artigo 235, primeiro parágrafo, números 1) e 2) do código civil, nem a impugnação do artigo 263 do mesmo código. 2. A mãe do nascido após a aplicação de técnicas de procriação medicamente assistida não pode declarar a vontade de não ser nomeada, nos termos do artigo 30, parágrafo 1, do regulamento referido no decreto do Presidente da República, em 3 de novembro de 2000, n. 396. 3. No caso de aplicação de técnica do tipo heterólogo em violação da proibição do artigo 4, parágrafo 3, o doador de gametas não adquire nenhuma relação jurídica parental com o nascido e não pode reivindicar nenhum direito, nem ser titular de obrigações”.

No ordenamento italiano, verificamos que as pessoas solteiras, as mulheres sem útero ou com morbididades em tal órgão e os casais do mesmo sexo, não são titulares de direitos procriativos. Somando-se a isso, o fato de que indivíduos solteiros e casais isossexuais também não podem ser candidatos à adoção, há cerceamento do direito à constituição de família. Embora não se possa fazer julgamento de valor da cultura e das tradições dos povos, uma limitação jurídica desta envergadura fragiliza a dignidade da pessoa humana e representa entrave ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que, todo aquele que queira realizar um projeto parental, deverá estar consorciado com pessoa de sexo oposto. Para uma pessoa solteira ou casal com orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo, restariam como alternativas: (1) conformarem-se em não ter filhos biológicos, nem afetivos, o que, para alguém que tem como projeto de vida a constituição de família, pode causar intenso sofrimento e abalo à autoestima; ou (2) a adesão a relacionamentos por conveniência ou fraudulentos com vistas à adequação às exigências legais, comportamentos que violam a autonomia e a livre expressão da essência pessoal, além de, na segunda hipótese, expor os envolvidos aos rigores da lei. Tanto uma solução, quanto a outra, não é construtiva do ponto de vista da harmonização social e sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Através da sentença n. 162/2014,⁷⁵² de 09.04.2014, a Corte Constitucional da Itália declarou a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei n. 40/2004: (1) do art. 4º, n. 3, por vedar aos casais de sexo diverso, casados ou conviventes, o recurso às técnicas de PMA do tipo heterólogo, mesmo quando diagnosticada uma patologia que seja causa de esterilidade ou de infertilidade absoluta ou irreversível; (2) do art. 9º, n. 1 e 3, limitadamente à expressão “em violação da proibição do art. 4º, 3º”; e (3) do art. 12, n. 1, com limites anteriores. Ademais, a sentença n. 96/2015,⁷⁵³ de 14.05.2015, ampliou o acesso à PMA heteróloga aos casais férteis afetados por moléstias geneticamente transmissíveis. Assim, foram assegurados os direitos procriativos dos casais heterossexuais estéreis, inférteis ou férteis portadores de doenças geneticamente transmissíveis, possibilitando-lhes recorrer à reprodução heteróloga para a concretização de seus projetos de parentalidade.

Por outro lado, mediante sentença n. 221/2019⁷⁵⁴, de 18.06.2019, a Corte italiana afastou a alegação de inconstitucionalidade das normas proibitivas do acesso dos casais do mesmo sexo à PMA, sob o argumento de que a infertilidade dos casais isossexuais, análoga à infertilidade social das pessoas solteiras e à infertilidade fisiológica dos pares heterossexuais de

⁷⁵² Disponível em ECLI:IT:COST:2014:162.

⁷⁵³ Disponível em ECLI:IT:COST:2015:96.

⁷⁵⁴ Disponível em ECLI:IT:COST:2019:221.

idade avançada, se distingue da infertilidade patológica que autoriza o acesso à PMA, nos termos da legislação italiana, a qual exige a infertilidade ou esterilidade absoluta e irreversível, inexistindo, portanto, discriminação por orientação sexual. Pontuou que cabe ao legislador eleger os beneficiários das técnicas de PMA, sendo razoável que os selecione dentre aqueles que a comunidade atual considere em melhores condições, observando que a concretização da homogenitorialidade ainda não conta com o consenso social e envolve discussões éticas.

No entanto, a mesma Corte, na sentença n. 237/2019⁷⁵⁵, de 21.10.2019, declarou a inadmissibilidade da questão constitucional levantada pelo Tribunal Ordinário de Pisa, quanto ao impedimento do registro, pelo notariado italiano, de nascimento de criança estrangeira com filiação atribuída a um casal do mesmo sexo. No caso específico, duas mulheres casadas, sendo uma estadunidense, que figurou como mãe gestacional, e a outra, cidadã italiana, a mãe intencional, recorreram à fecundação heteróloga realizada na Dinamarca, vindo o filho a nascer nos Estados Unidos da América, onde fora expedida sua certidão de nascimento. Entretanto, as autoridades administrativas italianas denegaram o reconhecimento da dupla genitorialidade materna, e, conseqüentemente, a expedição de registro de nascimento da criança. Em ação judicial, o juízo *a quo* afastou o posicionamento das autoridades administrativas quanto à exigência de heterogenitorialidade, todavia remeteu o feito à Corte Constitucional para escrutínio sobre a constitucionalidade das normas que fundamentaram aquela denegação. A Corte Constitucional ponderou que, embora o direito interno italiano proíba o acesso à PMA aos casais do mesmo sexo e a efetivação de reprodução heteróloga, não obsta expressamente a declaração de nascimento em conjunto por um casal do mesmo sexo, sendo, portanto, equivocada a recusa do registrador. Assim, rejeitou o incidente de legitimidade constitucional.

Assim, podemos constatar que, na Itália, a legislação de procriação medicamente assistida adota uma linha conservadora, fechada à noção de pluralismo, posto que se circunscreve aos casais de padrão heteronormativo, mas rejeitando a estes o recurso à reprodução heteróloga e à gestação de substituição, bem como excluindo o estabelecimento de vínculo parental biológico e socioafetivo às pessoas solteiras e aos casais do mesmo sexo, seja por adoção, ou por recurso às técnicas de reprodução humana. Entretanto, por meio de decisões do Poder Judiciário Italiano, esse rigor tem sido sutilmente temperado, de maneira que os direitos procriativos e parentais vêm sendo, ainda que em reduzida escala, ampliados, e, inclusive, estendidos em favor dos pares do mesmo sexo, nas situações antes expostas.

⁷⁵⁵ Disponível em ECLI:IT:COST:2019:237.

CAPÍTULO 5 - A CONCRETIZAÇÃO DO PLURALISMO PROCRIATIVO EM RELAÇÃO À MONOPATERNIDADE (MONOPARENTALIDADE PATERNA) E À BIPATERNIDADE (BIPARENTALIDADE PATERNA)

5.1 Os Limites entre o Desejo e o Direito a Ter um Filho

A Professora Doutora Anne-Blandine Caire afirma que o direito de família vem acompanhando a transformação da liberdade em direito, e, embora seja o terreno clássico das “situações jurídicas objetivas”, tem nele havido o “desenvolvimento de direitos subjetivos”, com a reivindicação de novas prerrogativas afetas à concepção de um filho através de PMA. Pontua que, enquanto o acesso às técnicas de PMA for restrito à exigência legal de infertilidade patológica, haverá mera liberdade procriativa, e não reivindicação de algo, inexistindo direito subjetivo, posto que a PMA não cura a infertilidade, apenas a remedia de forma pontual, conferindo ao usuário do serviço um potencial procriativo que lhe fora negado ou limitado pela natureza. Assim, se a PMA for entendida como uma imitação da natureza, uma “aparência de naturalidade”, o seu acesso será simples liberdade. Refere que a liberdade de procriação contém o lado negativo, de abstenções estatais de realização de esterilização forçada ou de interrupção compulsória da gravidez, e o lado positivo - direito de procriar em sentido estrito. Diz que, afastada a exigência de alteridade da procriação natural, compreendida como a diferença biológica entre os sexos, a liberdade de procriar converte-se em direito de procriar. Para ela, o acesso de casais isossexuais à PMA altera a essência da procriação, com consequências ontológicas e simbólicas, por transcender o nascimento heteronormado e instaurar um processo reprodutivo onde a parentalidade é intencional e a alteridade entre os sexos é secundária, pois, embora dado biológico, não mais é tida como dimensão fundamental da procriação humana. Nessa senda, Caire traça distinção entre o atendimento médico clássico e o antropotécnico⁷⁵⁶, aduzindo que a superação da infertilidade social através do melhoramento das faculdades procriativas representa a saída da medicina e o ingresso no campo antropológico-social, com o crescimento e/ou aprimoramento humano. E, por fim, entende que "a abolição legal da diferença sexual [...] é provavelmente o topo da lógica liberal" (CAIRE, 2015, 104-107)⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ A autora diz que o atendimento clássico visa a “restauração do estado normal” do organismo, já o atendimento médico antropotécnico consiste em “uma arte ou uma técnica de transformação extramédica do ser humano por uma intervenção em seu corpo”, que busca o “estabelecimento de um estado supranormal, uma condição modificada que deve atender às nossas múltiplas demandas: ser mais bonito, mais forte, mais inteligente etc”.

⁷⁵⁷ CAIRE, Anne-Blandine. La Procréation Médicalement Assistée et les Couples Homosexuels. In **Journal International de Bioéthique et D’Éthique des Sciences**. pp. 104-107.

O surgimento das variadas técnicas de PMA e a ampliação do seu acesso são tidos como potencializadores da “desnaturalização da reprodução humana” e da “deslegitimação do parentesco genético”. Com isso, o trinômio sexo-casamento-parentesco foi redimensionado, posto que, com a reprodução não coital, a concepção foi desconectada do ato sexual, e a parentalidade rompeu os limites do casamento ou de vínculos genéticos entre pais e filhos. Também tem sido reformulada a concepção de família contemporânea, onde a pluralidade vem ganhando contornos marcantes, já que as novas estruturas domésticas constituídas por pessoas solteiras, casais do mesmo sexo e de sexos opostos que acessam a PMA, se fazem presentes no mesmo espaço social que as famílias tradicionais consolidadas a partir da reprodução coital, de cunho biológico-genético. Ademais, o avanço da reprodução assistida ressignificou, não apenas a noção de família nuclear, como também as de maternidade e de paternidade, bem como questionou o simbolismo do biológico e do natural (SILVA, 2014, 30-31)⁷⁵⁸.

O desejo de procriação emerge da natureza humana, devendo realizar-se com equilíbrio entre vontade, consentimento e razão, em virtude de que, apenas para os animais não humanos, a reprodução ocorre por instinto, e não deliberadamente. Uma vez que “cada ser humano tem um modo próprio de estar e de se realizar”, deve ser-lhe assegurada a autonomia para construir o seu modelo de felicidade e desenvolver sua mundividência, de modo a harmonizar-se consigo mesmo e com a sociedade. Assim, a concretização do querer promove a sensação de realização pessoal. Em termos de tecnologias de PMA, a doutrina entende inviável seu emprego descontrolado, defendido com base na teoria filosófica utilitarista, onde as escolhas não podem sofrer nenhuma interferência do Estado, nem de terceiros. Salienta que “não se pode falar de direito ao filho como uma objectivização do ser humano”, pois “ninguém tem o direito de ter uma pessoa como se fosse uma coisa”, e que “há instrumentalização dos filhos quando estes são desejados por egoísmo, narcisismo e autoafirmação ou para satisfazer as necessidades dos pais”. No entanto, uma vez que o acesso às técnicas de PMA converte o desejo em esperança, e, para alguns, transforma o sonho em realidade, sendo mais que um tratamento reprodutivo, mas uma cura para a infelicidade pessoal e familiar, segundo a mesma doutrina, consiste em direito humano fundamental, posto que todos têm direito à reprodução ou à não reprodução, com a menor ingerência estatal ou particular possível, nos limites indispensáveis à tutela dos direitos e da dignidade humana, inclusive sendo propiciada a prestação de assistência reprodutiva ou contraceptiva (FIGUEIREDO, 2005, 67-70).⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ *Idem.* pp. 30-31.

⁷⁵⁹ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá Figueiredo. **A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras.** pp. 67-70.

Como visto, os direitos reprodutivos abrangem o direito de procriar em sentido estrito (de gerar um filho) e o direito de não procriar (PINHEIRO, 2005, 766-767)⁷⁶⁰, os quais se materializam sob as vertentes positiva e negativa (ROSA e CARDIN, 2017, 107)⁷⁶¹. A Professora Doutora Vera Lúcia Raposo também concebe o direito à reprodução, inclusive mediante técnicas de PMA, como um “genuíno direito fundamental”, entendendo como ilegítimas, por violação ao princípio da igualdade, as restrições legais atinentes ao estado civil e à orientação sexual, posto que fundadas apenas em considerações morais desprovidas de qualquer substrato jurídico (RAPOSO, 2019)⁷⁶².

Ainda, há doutrina que defende a existência do direito à liberdade de procriar, enquanto consectário do direito à liberdade pessoal, devendo ser analisado sob a perspectiva dos limites do direito fundamental à liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, seja em relação às pessoas geradoras, seja quanto à(s) pessoa(s) gerada(s) (BOTTEGA, 2007, 50)⁷⁶³. Outrossim, sustenta que Portugal e Brasil conferem proteção constitucional ao direito à procriação, não apenas com base no princípio da dignidade humana, mas, também, em decorrência do “direito à liberdade, à intimidade, à vida privada, direito à autodeterminação, bem como proteção e amparo estatal” (BOTTEGA, 2007, 67)⁷⁶⁴.

O acesso às técnicas de PMA para fins de efetivação do desejo de procriar deve respeitar o conjunto de princípios regedores dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, inclusive os pertinentes à diversidade cultural, ao pluralismo e ao respeito pela proteção das

⁷⁶⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. Procriação Medicamente Assistida. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. pp. 766-767.

⁷⁶¹ *Idem*. p. 107: “Ademais, o direito à procriação – apesar de toda divergência que o cerca – pode ser entendido sob dois ângulos: o negativo, que atribui ao sujeito uma tutela contra qualquer privação ou limitação pelo Estado na liberdade de escolha quanto à procriação, e o ângulo positivo, deve ser entendido como o direito de desenvolver em concreto a função de genitor”.

⁷⁶² RAPOSO, Vera Lúcia. Dá-me licença que tenha filhos?: Restrições Legais no Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida. **Revista Direito GV**. Para a autora: “Também a doutrina (HARRIS, 1998; JACKSON, 2001; ROBERTSON, 1994; ROBERTSON, 2003; ROBERTSON, 2004) reconhece que ter filhos é um direito fundamental, o qual pode ser satisfeito por meio de técnicas médicas, pelo que o acesso à PMA constitui uma das dimensões do direito à reprodução”. E conclui: “A falibilidade dos critérios usados para limitação dos direitos reprodutivos e as suas conotações com considerações moralistas; o facto de tal limitação só operar face à PMA e não na reprodução sexual; e o entendimento caduco do conceito de ‘família’, como uma espécie de santíssima trindade composta por um pai e uma mãe casados entre si, mas desadequado à realidade hodierna, todas estas notas demonstram que boa parte das proibições legais ainda vigentes (sobretudo as referentes a pessoas singulares e casais do mesmo sexo) quanto ao acesso à PMA são ilegítimas. Querer impor um molde pré-definido de família é desconsiderar a realidade social de hoje em dia, aprisionar o direito numa redoma do passado e vincular o exercício dos direitos reprodutivos a um conceito de responsabilidade reprodutiva que na verdade esconde uma moralidade reprodutiva”.

⁷⁶³ BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Estudos sobre o Direito das Pessoas**. p. 50.

⁷⁶⁴ *Idem*. p. 67.

gerações futuras, de modo que não haja distinção injusta entre casos de infertilidade clínica e de infertilidade social, pois ambos infligem sofrimento à pessoa ou ao casal acometido.

Com base nos princípios da igualdade e da não discriminação, adotando como paradigma o acesso à procriação medicamente assistida e à gestação substitutiva franqueado às mulheres solteiras e aos pares femininos para a realização do seu desejo de procriação, há doutrina que também defende a abertura, aos casais homoafetivos masculinos e aos homens singulares, da gestação de substituição, em virtude de que tal procedimento é condição essencial para a concretização de seus projetos parentais com liame genético (DANTAS e CHAVES, 2017, 141).⁷⁶⁵ Esse é um dos postulados do pluralismo procriativo, que já vem sendo referenciado no Brasil, sob o argumento de que a autonomia, a igualdade e a justiça reprodutiva conduzem ao reconhecimento do direito fundamental à procriação, incluindo o acesso às tecnologias de PMA a todas pessoas e casais, independentemente de indagações sobre sexo, orientação sexual e estado civil (DANTAS e CHAVES, 2017, 84)⁷⁶⁶.

Outra corrente, também pluralista, sustenta que, no acesso às tecnologias de procriação medicamente assistida pelos casais do mesmo sexo, o justo deve prevalecer sobre o seguro. A proibição não traz a certeza da segurança do bem juridicamente tutelado. A justificativa da restrição assentada na ausência de previsão legal também não pode contribuir para a perpetuação de uma injustiça, pois, para os demais membros do corpo social, a única exigência para o acesso é a capacidade civil. Assim, defende tal teoria que inexistiria justo motivo para a denegação do acesso à PMA aos casais do mesmo sexo, quando demonstradas evidências de aptidão para o livre planejamento familiar, a parentalidade responsável e o atendimento ao superior interesse da criança (ROSA e CARDIN, 2017, 258).⁷⁶⁷ Entretanto, em linhas gerais, a mesma corrente é contrária ao uso desenfreado da PMA, quando, por exemplo, buscar a mera satisfação de desejos egoísticos ou banais, sugerindo a instauração de uma “ética relacional”, calcada no reconhecimento da existência e da presença do outro – a criança, impondo a assunção de responsabilidades atinentes ao desenvolvimento e bem-estar do ser nascente.

⁷⁶⁵ *Idem.* p. 141: “No caso dos casais heterossexuais, das mulheres solteiras ou dos casais de lésbicas, o recurso à gestação de substituição está condicionado à impossibilidade médica de que a beneficiária possa levar a gravidez a cabo. Nesses casos, portanto, a gestação de substituição assume um caráter subsidiário. Para uma outra parcela dos cidadãos, como os homens solteiros e os casais homossexuais masculinos, a possibilidade de exercer a parentalidade está dependente do acesso à gestação de substituição. Negar esse acesso na hipótese de uniões homoafetivas vilipendiaria uma série de princípios constitucionais, em uma lógica de exclusão injustificada, revelando intolerância e iniquidade. Não há uma justificativa coerente e razoável para se permitir o amplo acesso às técnicas de PMA pelas mulheres, independentemente da orientação sexual, e se negar essa permissão aos homens, ocorrência em que os princípios da igualdade e da não discriminação em razão de gênero são fortemente afetados”.

⁷⁶⁶ *Idem.* p. 84.

⁷⁶⁷ *Idem.* p. 258.

Compreende que o atendimento a essa ética relacional deve ser perscrutado através de critérios positivados em lei específica para regulamentação das técnicas de procriação medicamente assistida, que tenha como principal eixo a não discriminação e que estabeleça a avaliação interdisciplinar de todos os pretensos beneficiários, independentemente de sexo, de orientação sexual e de estado civil (ROSA e CARDIN, 2017, 183-184)⁷⁶⁸.

O exercício dos direitos reprodutivos, na sua acepção alargada, abarca o emprego das técnicas de PMA, quanto aos procedimentos médicos disponíveis, aceitos e reconhecidos juridicamente. O Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real observa que as famílias monoparentais têm se proliferado nas sociedades, inclusive por força do divórcio, razão pela qual não vislumbra razões jurídicas convincentes para que as pessoas solteiras e os casais do mesmo sexo não tenham acesso àquelas técnicas, o que entende como violação aos princípios da igualdade e da liberdade de orientação sexual (CORTE-REAL, 2005, 101-102)⁷⁶⁹.

A doutrina vislumbra uma guinada evolutivo-civilizatória no tratamento dos direitos procriativos titularizados por pares do mesmo sexo, que, ao menos nos continentes europeu e americano, já estão se efetivando ou se encaminhando no sentido da equiparação com as pessoas casadas de sexos distintos, inclusive no tocante ao uso da tecnologia de PMA. Isso já se confirma pela crescente aceitação da união civil, do casamento e da adoção por casais isoafetivos, e, em alguns casos, abertura do acesso à PMA para a obtenção de filiação biológica. Em percuciente observação, a doutrina antevê a possibilidade de um maior distanciamento entre a mundividência predominante no Ocidente e no Oriente, em matéria de direitos familiares, “opondo um bloco, que aceitaria o casamento entre pessoas do mesmo sexo e rejeitaria o casamento poligâmico, a outro bloco, que, inversamente, aceitaria o casamento poligâmico e rejeitaria o casamento entre pessoas do mesmo sexo” (PINHEIRO, 2015, 363)⁷⁷⁰.

Em contraponto, para outro segmento doutrinário, com o avanço do “poder de engenheirar a vida” no seu começo, curso e fim, eclodiu a conversão do desejo de ter um filho em reivindicação do direito a ter um filho, fenômeno que, sob essa teoria, tem sido visto como uma nova forma de exposição do ser humano a risco, em especial na fase embrionária, diante do seu estado de integral vulnerabilidade, e, ainda, em razão da incerteza das consequências da

⁷⁶⁸ *Idem.* pp. 183-184.

⁷⁶⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Jurídicos e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume I. pp. 101-102.

⁷⁷⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. O Estatuto do Cidadão Homossexual no Direito da Família – O Lugar de Portugal no Movimento Internacional. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. p. 363.

aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida sobre o desenvolvimento biopsicológico do infante nascido por seu intermédio (NEVES, 2009, 131-132)⁷⁷¹.

Conforme a obra de Pedro Maria Godinho Vaz Patto, ao abordar a adoção e a PMA por casais do mesmo sexo, não existiria direito a ter um filho, pois ter filho é um dom, e, além disso, a criança não pode ser coisificada tal qual um objeto de direito. A família adotiva ou constituída mediante PMA deve ser o mais semelhante possível da procriação natural, de modo que a criança não seja privada de um pai ou de uma mãe, de forma intencional e programada, uma vez que tem direito a uma família como as demais (PATTO, 2013, 451-452)⁷⁷².

Neste tópico, a respeito da aventada instrumentalização da criança nascida mediante técnicas de procriação medicamente assistida, não se pode descurar que a obtenção de um embrião de um determinado grupo *HLA* para tratamento de saúde de irmão vem sendo há muito utilizada na Medicina, sem grandes questionamentos éticos e jurídicos. No caso, em termos comparativos, a criança nascida para a cura de moléstia do irmão também poderia ser percebida como um instrumento em função de outrem, uma “criança-medicamento” ou “irmão-remédio”.

Por sua vez, o Professor Doutor Diogo Leite de Campos pondera que o “dogma da vontade”, originário do direito das coisas, tem interferido nas questões da pessoa, sobretudo no âmbito das relações familiares, através do predomínio da vontade individual de cada um dos seus membros, não mais sendo considerada a família como instituição de interesse público. Nessa seara, tem sido excluído, segundo o jurista, “qualquer interesse que não seja o interesse subjetivo absoluto; nomeadamente, a solidariedade, o interrelacionamento, o nós solidário apagado pelo eu absoluto, predador do tu” (CAMPOS, 2007, 80).⁷⁷³ Em obra mais recente, nos parece que o doutrinador reconhece a existência do direito à constituição de família, ao qual estaria incorporado o direito à procriação, conferido a qualquer pessoa (CAMPOS e CAMPOS, 2016, 96).⁷⁷⁴ Cabe pontuar, à luz deste posicionamento, que, se qualquer pessoa pode convolar núpcias e constituir família baseada no matrimônio, ao menos no tocante aos pares do mesmo sexo unidos pelo casamento, o mesmo direito reprodutivo deveria ser-lhes assegurado.

⁷⁷¹ NEVES, Maria do Céu Patrão. Mudam-se os Tempos, Manda a Vontade. O Desejo e o Direito a ter um Filho. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume III. pp. 131-132.

⁷⁷² PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A Coadoção em Uniões Homossexuais. **Brotéria: Cristianismo e Cultura**. pp. 451-452.

⁷⁷³ CAMPOS, Diogo Leite de Campos. A Procriação Medicamente Assistida e o Sigilo sobre o Dador. **Estudo de Direito da Bioética**. Volume II. p. 80.

⁷⁷⁴ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez. **Lições de Direito de Família**. p. 96: “Considerada em si mesma, a afirmação do Direito a constituir família significaria tão só, e já é muito, que qualquer pessoa tem o Direito de procriar. É este o sentido anglo-saxónico de ‘constituir família’; também corrente em diversas zonas de Portugal, na linguagem popular. Em si mesma, esta expressão não significaria necessariamente qualquer opção a favor ou contra a família não fundada no casamento. O art. 36º, nº 1, poder-se-ia interpretar facilmente no sentido de qualquer pessoa ter Direito a casar-se, a constituir família ‘fundada no casamento’”.

Não se pode olvidar que os direitos à conjugalidade e à constituição de família, em condições igualitárias, vêm sendo consagrados como direitos dotados de fundamentalidade e de autonomia entre si, não se impondo o casamento como condição para a procriação, nem a procriação como imposição de casamento. Embora tais direitos não sejam absolutos, a sua restrição sujeita-se aos limites constitucionais gerais e, especialmente, deve passar pelo escrutínio do princípio da proporcionalidade (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, 813-814)⁷⁷⁵.

Pelo que vimos neste estudo, ao longo da história houve uma oscilação do pensamento dominante a respeito da expressão da sexualidade, conforme variantes políticas, religiosas, culturais e sociais. As relações entre pessoas do mesmo sexo eram compreendidas, ora como virtude de almas evoluídas, ora indiferente comportamental, ora conduta indecorosa, ora pecado e/ou até crime. Atualmente, a orientação sexual diferenciada do que se convencionou chamar de “normal” ainda pode sugerir uma categoria suspeita. Apesar dos avanços efetivados, a pessoa ou casal isossexual que projeta a parentalidade, seja biológica, seja afetiva, ainda pode ser alvo de suspeição ou presunção maléfica por parte de alguns segmentos da sociedade e do Estado. Isso ocorre mais por conta de tabus que os desqualificam para os cuidados com uma criança, do que por fatores concretos, pois as habilidades pessoais não têm relação direta com o sexo ou com a orientação sexual, mas com a personalidade e a experiência individual e social. Esses tabus são reforçados quando se trata da monopaternidade e da bipaternidade, dada a simbologia do feminino e sua relação com o papel de cuidado da família e da prole.

Nessa trajetória, quanto às pessoas singulares e aos casais do mesmo sexo, inclusive no segmento masculino, o pluralismo na parentalidade por adoção ou socioafetiva já vem sendo significativamente admitido pelos ordenamentos jurídicos hodiernos do mundo ocidental, e, em termos de acesso à parentalidade biológica ou com aparência de biológica (recurso à procriação heteróloga), através da utilização das técnicas de PMA, o desejo, até então sufocado por padrões morais, aos poucos, vem se convertendo em direito procriativo, dotado de fundamentalidade, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação.

5.2 Implicações Éticas e Jurídicas da Gestação de Substituição

O contrato de gestação de substituição consiste no pacto pelo qual uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem, e, após o parto, entregar-lhe a criança, renunciando aos poderes e deveres inerentes à posição jurídica de mãe, sendo fixada a

⁷⁷⁵ *Idem.* pp. 813-814.

parentalidade em relação à pessoa ou casal beneficiário. Na gestação de substituição é irrelevante a origem dos gametas, se provêm do casal, de um dos membros do casal ou da pessoa solteira beneficiária (ASCENSÃO, 1998, 997).⁷⁷⁶ A sub-rogação gestacional é tema transversal à PMA e vem redefinindo o conceito social da parentalidade e da maternidade. Sofre os influxos da globalização, da crescente mobilidade das pessoas e das implicações culturais, sociais, éticas e jurídicas envolvidas, qualificando-se como matéria de difícil consenso.

São encontradas várias denominações para a gestante de substituição, tais como “gestatrix”, “gestante substituta”, “mãe portadora”, “mãe hospedeira”, “mãe de aluguer”, “mãe de empréstimo”, “mãe por procuração”, “mãe substituta” e “mãe de substituição”. Algumas expressões têm sido alvo de críticas (PINHEIRO, 2015, 133-134)⁷⁷⁷. O ato gestacional em nome de outrem vêm sendo designado como “gestação de substituição”, “gestação por sub-rogação”, “gestação por conta de outrem”, “barriga de aluguel”, “locação de útero”, “doação temporária de útero” e “cessão temporária de útero”. O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal aclamou a expressão “gestação de substituição”, no Parecer n. 63/CNECV/2012⁷⁷⁸. Já o Conselho Federal de Medicina do Brasil tem optado pela designação “doação temporária de útero” (NOMURA, 2015, 71-72)⁷⁷⁹.

A doutrina assim classifica a gestação por conta de outrem: (1) quanto à forma de reprodução – (1.1.) reprodução coital, caso em que a maternidade de substituição resulta de ato

⁷⁷⁶ *Idem.* p. 997.

⁷⁷⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. A Problemática da Maternidade de Substituição. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. pp. 133-134: “Nenhuma das designações é perfeita. Falar de ‘mãe portadora’, ‘mãe de aluguer’ ou ‘mãe hospedeira’ sugere que se está perante alguém que é mãe durante o período de gestação e que depois deixa de o ser. Ora, em rigor, só se é mãe após o nascimento da criança e a chamada mãe portadora pode acabar por ser a mãe jurídica, contra a sua própria vontade. Por seu turno, além de não estar a salvo destas críticas, o termo ‘mãe de substituição’ é ambíguo: quem substitui quem? Geralmente, a expressão identifica a mulher que faz a gestação, por ocupar, no processo de gravidez, o lugar daquela que pretende assumir a qualidade de mãe jurídica. No entanto, há quem prefira usar o conceito de ‘mãe de substituição’ para a mulher que, sem ter gerado a criança, pretende assumir a qualidade de mãe, ocupando, no plano da constituição do vínculo de filiação, o lugar da mulher que deu à luz”.

⁷⁷⁸ Trecho do parecer: “Considerando que: a) a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética; b) a expressão “maternidade de substituição”, apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica, o CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”. Disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>.

⁷⁷⁹ NOMURA, Roseli Mieke Yamamoto. Reprodução Humana: Reprodução Assistida, Fertilização *in Vitro*, Inseminação Artificial, Direitos Reprodutivos. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito**. pp. 71-72: “A gestação por substituição ou cessão temporária de útero é denominada popularmente como ‘Barriga de Aluguel’. O CFM prefere a denominação ‘Doação’ temporária de útero, entretanto considero como melhor entendimento o uso do termo cessão, pois se trata de um empréstimo do órgão para uma determinada finalidade. Trata-se de procedimento em que o embrião gerado por técnicas de FIV é colocado para implantação no útero de uma mulher que não é a doadora genética”.

sexual, a exemplo dos casos de adultérios consentidos narrados na Bíblia; (1.2) reprodução não coital, que abrange (1.2.1) “maternidade de gestação genética”, quando deriva de recurso à PMA, mediante inseminação artificial de óvulo da gestante com espermatozoide do homem solteiro ou do indivíduo masculino do casal beneficiário, e (1.2.2) “maternidade de substituição puramente gestacional”, caso em que há transferência ao útero de um embrião que lhe é geneticamente estranho; (2) quanto à existência ou não de contrapartida financeira – (2.1) gestação de substituição gratuita, cujo contrato não estipula vantagem patrimonial à gestante, e (2.2) gestação de substituição onerosa, onde há previsão contratual de retribuição à gestante; e (3) quanto à vinculação entre a gestante substituta e os beneficiários – (3.1) intrafamiliar, se a gestante substituta for pessoa das relações familiares do(s) beneficiário(s), e (3.2) extrafamiliar, quando não houver vínculo familiar entre a gestante por substituição e o(s) beneficiário(s) (PINHEIRO, 2015, 138-139).⁷⁸⁰

Outra corrente doutrinária faz distinção entre as expressões “maternidade de substituição”⁷⁸¹ e “gestação de substituição”⁷⁸². Em ambos os modelos, há o desdobramento da maternidade, nas suas vertentes biológica, genética e jurídico-socioafetiva (DEPADT-SEBAG, 2012, 266-269)⁷⁸³. Optamos pela expressão “gestação de substituição”, ao invés de “maternidade de substituição”, pois entendemos que, por si só, a participação em projeto parental alheio, mediante acordo firmado através do consentimento livre e informado, não estabelece a parentalidade materna em relação à gestante substituta, por faltarem-lhe o vínculo genético com a criança e o elemento volitivo para a assunção e o exercício do papel maternal, salvo expressa previsão legal de fixação da maternidade em razão do parto.

Na reprodução humana em que haja o emprego de gestação de substituição, as presunções *mater semper certa est* e *pater est* são mitigadas ou afastadas (DIAS, 2017, 427)⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ *Idem.* pp. 138-139.

⁷⁸¹ Na maternidade de substituição, nomenclatura atualmente em desuso, a mulher doa o ovócito e gesta a criança, entregando-a após o nascimento à pessoa ou casal beneficiário. Ao fornecer a célula germinativa feminina e exercer a função gestacional, concomitantemente, há substituição total da capacidade reprodutiva da mulher infértil (mãe jurídica e socioafetiva) pela denominada “mãe de aluguel” (mãe biológica e genética).

⁷⁸² Na contemporânea prática da “gestação de substituição”, a concepção dá-se mediante uma das técnicas de procriação medicamente assistida, com gametas da(s) pessoa(s) beneficiária(s) ou de terceira(s) pessoa(s) doadora(s), sendo o embrião implantado na mulher contratada, tida como mãe biológica da criança, no sentido estrito, ou seja, em decorrência da gestação e do parto, após o qual a criança será entregue à pessoa ou casal beneficiário. No caso, não há vinculação genética entre a gestante e o infante.

⁷⁸³ DEPADT-SEBAG, Valérie. **Direito e Bioética.** pp. 266-269.

⁷⁸⁴ *Idem.* p. 427: “A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como ‘mãe civil’. À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a gestatriz é sempre certa”.

A doutrina majoritária entende que a gestação de substituição possui natureza jurídica de contrato (DANTAS e CHAVES, 2017, 155),⁷⁸⁵ e, para outra, mais especificamente, seria um contrato de prestação de serviço atípico (PINHEIRO, 2015, 139-142)⁷⁸⁶.

A admissão dos contratos de sub-rogação gestacional é variável no contexto mundial, tendo sido observada pelos estudiosos uma correlação ao sistema jurídico predominante de cada país: romano-germânico ou anglo-saxão. No primeiro, baseado em normas escritas (*civil law*), há tendência de imposição de limites à autonomia privada e dificuldades na produção legislativa sobre questões que envolvam maiores controvérsias socioculturais, predominando a rejeição à gestação de substituição, enquanto que, no segundo, fundado nos costumes e nos precedentes judiciais (*common law*), prevalece o princípio da liberdade contratual, razão pela qual vem sendo acolhida a gestação por conta de outrem (PINHEIRO, 2016, 189)⁷⁸⁷.

Importante destacar que, nos países que optam por regulamentar a reprodução humana assistida e a gestação de substituição, em regra, tratam apenas, como decorre da própria designação, da procriação “medicamente assistida”, ou seja, aquela realizada por ato médico, não obstante que os interessados recorram a procedimentos artesanais de autoinseminação (reprodução não coital) e/ou gestação por conta de outrem tradicional (mediante reprodução coital ou não coital) (DANTAS e CHAVES, 2017, 147-148)⁷⁸⁸. Essas práticas não se subsumem às normas que regulam a PMA, por não envolverem intervenções qualificadas como ato médico, e são de difícil controle e fiscalização estatal, o que leva à conclusão de que os procedimentos artesanais estariam, em princípio, infensos às sanções decorrentes de eventual comercialização de gametas e de gestação de substituição na modalidade onerosa.

Quando se tratar de procedimento complementar à PMA, o cumprimento do contrato de gestação de substituição, em relação à gestante, desenvolve-se em quatro fases: concepção ou implantação embrionária; gravidez; parto; e entrega da criança à pessoa ou casal que projetou e assumiu as obrigações decorrentes da respectiva parentalidade (PINHEIRO, 2016, 186)⁷⁸⁹.

⁷⁸⁵ *Idem.* p. 155.

⁷⁸⁶ *Idem.* pp. 139-140: “Nas situações típicas de maternidade de substituição, é celebrado, por escrito, um acordo mediante o qual uma das partes (a mãe portadora ou de gestação) assume perante a outra (mãe ou casal de recepção) três obrigações principais: iniciar e completar uma gravidez; entregar à mãe de recepção a criança resultante da gestação; e reconhecer a mãe de recepção como mãe jurídica, abstendo-se da reivindicação de quaisquer direitos parentais sobre o menor. [...] À maternidade de substituição parece adequar-se melhor a qualificação de contrato de prestação de serviço atípico. O artigo 1.154 do Código Civil define o contrato de prestação de serviço como aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado de seu trabalho. Na maternidade de substituição, a mãe de gestação compromete-se a entregar, de facto e de direito, à mãe de recepção o fruto da sua actividade de gestação. Trata-se de um contrato em que o serviço prestado consiste numa gestação por conta de outrem”.

⁷⁸⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo.** p. 189.

⁷⁸⁸ *Idem.* pp. 147-148.

⁷⁸⁹ *Idem.* p. 186.

A Professora Doutora Susan G. Drummond, ao estudar evidências empíricas no cumprimento dos contratos de substituição gestacional, constatou: (1) as restrições à liberdade contratual podem incorporar vulnerabilidades em detrimento da mulher e da criança; (2) o risco dos pais intencionais falharem no cumprimento de suas obrigações contratuais e na assunção da responsabilidade pela criança gerada é mínimo, quase inexistente na prática; (3) a incidência de gestantes substitutas que não honram o pactuado tem sido extremamente baixa no Canadá, nos Estados Unidos e no Reino Unido, desde o caso *Baby M* em 1988; (4) os raros casos de rescisão contratual decorrem de ruptura no relacionamento entre a gestante substituta e os pretensos beneficiários; (5) esses dados têm sido utilizados para fundamentar a inexecutabilidade forçada do contrato de gestação de substituição, o que funciona como policiamento de eventuais condutas indignas, pois compele os pais intencionais a, premidos pelo risco de perda do filho desejado, honrar e respeitar a gravidez; (6) o tratamento honroso torna maior a responsabilidade da gestante substituta, a qual, na discricionariedade do seu agir, deverá levar em consideração os objetivos louváveis da sub-rogação concernentes à minimização da discriminação por incapacidade, orientação sexual ou estado civil; (7) por outro lado, uma conduta desonrosa por parte da gestante substituta também tem efeitos deletérios sobre os beneficiários, os quais poderão estar sujeitos à exploração pela gestante, em razão da posição de dependência e vulnerabilidade daqueles até que sejam declarados os pais legais da criança, fragilidade que a falta de obrigatoriedade do contrato estabelece; (8) o respeito à regra *mater semper certa est* nos contratos de gestação de substituição pode ser justificado se houver interesses sociais convincentes; (9) os principais interesses sociais que justificam a inexecutabilidade dos contratos de gestação de substituição consistem naqueles relacionados à mulher e à criança; (10) nos últimos vinte e cinco anos, a emergente profissionalização das gestantes de substituição, construída na interação com os demais intervenientes, inclusive com os beneficiários, demonstra ser excessiva a governança estatal do contrato nos países que admitem a modalidade onerosa; (11) a inexecutabilidade do contrato de sub-rogação de gestação é defendida com base no argumento de que a criança nascida se sentiria abandonada pela mulher que o gestou, mas evidências empíricas não dão suporte a essa tese, pois, tendo tais contratos se tornado um fenômeno mais comum no último quarto de século, não há qualquer demonstração de que as pessoas nascidas lamentem o distanciamento da mãe que os gerou; (12) pesquisas apontam que os mais altos níveis de afeto e interação se operam nas famílias constituídas por reprodução assistida do que em outras estruturas familiares; (13) há estudos no sentido de que pessoas nascidas por meio de doação de gametas têm desejo de se conectar com os seus predecessores genéticos, contudo, o mesmo não se verifica em relação aos que foram gestados por contrato

de sub-rogação, considerando que, contemporaneamente, em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos, não há liame genético entre a criança e a gestante substituta; (14) diversas pesquisas apontam que a gestação de substituição é considerada pela gestante como um contrato de serviço compensável e não como um contrato de venda de bens; (15) o contrato de gestação de substituição, a exemplo dos contrato de prestação de serviço doméstico, não equivale a contrato comercial; e (16) o fato de o acordo ser firmado por meio de instrumento contratual não converte os filhos em mercadorias (DRUMMOND, 2017, 308-310)⁷⁹⁰.

Outra linha de doutrina também tem entendido que a gestação de substituição remunerada não se confunde com a mercantilização de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, tendo em vista que a gestante, tão somente, cede seu útero, um ‘invólucro’, para que o embrião se desenvolva. Igualmente, a placenta não se equipara a órgão ou tecido, pois não compõe o corpo da gestante, sendo membrana embrionária (secundina) expelida durante o parto. Assim, uma vez que os homens solteiros e os casais do mesmo sexo (masculino) nem sempre contam com o apoio de familiares para gestação solidária, a realização do seu projeto parental pode estar condicionada a uma gestação de substituição onerosa, caso em que, segundo as autoras, seria possível uma compensação pelo tempo, cuidados, inconvenientes fisiológicos e deslocamentos realizados pela gestante, desde a fase pré-implantatória até o pós-parto (ROSA e CARDIN, 2017, 205-206)⁷⁹¹. Discordamos das autoras no ponto em que consideram o útero feminino como um mero invólucro, ou recipiente, por entender que isso representa a “coisificação” de parte do corpo humano, que deve ser respeitado em toda a sua inteireza.

Na doutrina lusitana, o Professor Doutor Fernando Araújo tem se posicionado a favor dos contratos de gestação de substituição onerosos, por entender que (1) “o ‘aluguel’ do útero não configuraria uma exploração unilateral ou danosa, e traria benefícios para ambas as partes”; (2) “a noção de que tal aluguel só seria permitido pela portadora em virtude de um estado de necessidade é uma ideia que poderia se alargar para todas as atividades que os indivíduos somente aceitam por não serem mais abastados do que são”; e (3) “a consideração de ser menos condenável a venda de sêmen do que o aluguel do útero introduz um elemento de discriminação sexista” (ARAÚJO *apud* DANTAS e CHAVES, 2017, 148-149)⁷⁹². No Brasil, Rodrigo da Cunha Pereira tem semelhante entendimento, defendendo que “a regulação da modalidade onerosa evitaria extorsões, clandestinidade e até mesmo a denominada ‘indústria da barriga de

⁷⁹⁰ DRUMMOND, Susan G. *Fruitfull Diversity: Revisiting the Enforceability of Gestational Carriage Contracts. Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction.* pp. 308-310.

⁷⁹¹ *Idem.* pp. 205-206.

⁷⁹² DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.* pp. 148-149.

aluguel””. Entendendo o corpo humano como um “capital físico, simbólico e econômico”, o mesmo autor salienta que “a possibilidade do pagamento se daria ‘na mesma lógica que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas’ e na maior parte das vezes considerado normal” (PEREIRA *apud* DANTAS e CHAVES, 2017, 149)⁷⁹³.

A Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas traz à reflexão a noção de que a gestação de substituição se desenvolve numa “tridimensionalidade procriativa”, nos planos orgânico, físico e simbólico, e que, diferentemente da adoção, onde há isonomia do casal adotante entre si, na gestação por conta de outrem, nem sempre haverá simetria entre os membros do casal beneficiário (BARBAS, 2006, 145).⁷⁹⁴ Menciona que alguns doutrinadores chegam a equiparar a gestação de substituição onerosa à prostituição, do que veementemente discorda Stela Barbas (BARBAS, 2006, 146-147)⁷⁹⁵.

Por sua vez, o Professor Doutor Luís Archer entendia que a decomposição das funções essenciais da maternidade em (1) fornecimento do óvulo como componente genético, (2) gestação e parto como elementos biológicos e (3) cuidado pós-natal até a vida adulta do novo ser, como contributo social, poderia acarretar a fragilização da base biológica e natural da

⁷⁹³ *Idem.* p. 149.

⁷⁹⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Património Genético.** p. 145: “Podemos hoje falar numa tridimensionalidade procriativa. Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genético (dador de esperma/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos. A materialidade deixou de poder ser definida de modo simples e categórico. Em causa o velho axioma ‘*mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit*’? Com as mães portadoras pretende-se criar uma situação em que pelo menos um dos elementos do casal (o homem) tem quase sempre uma ligação genética com a criança. No casal adoptante pelo contrário tanto a mulher como o homem estão em igualdade de condições face aquela criança que não pertence geneticamente a nenhum deles mas que ambos adoptam. Existe uma simetria e uma igualdade dos membros do casal. Nos casos das mães portadoras ou nas doações de esperma de terceiro configura-se uma situação complicada na medida em que se gera uma assimetria no casal susceptível de acarretar problemas”.

⁷⁹⁵ *Idem.* pp. 146-147: “R. Nelson e J. Rubellin-Devicchi salientam que ‘as mulheres alugam o seu corpo por dinheiro, para ajudar os casais estéreis... Mas um motivo tão nobre não justifica, não impede que o contrato se assemelhe significativamente ao contrato de prostituição’. Nesta linha de orientação, Atias define a prostituição como a atitude que consiste em empregar o corpo através de remuneração numa actividade de natureza sexual com o fim de satisfazer outrém, para chegar à conclusão que a mãe portadora é uma prostituta e que os contratos de aluguer do útero se enquadram no âmbito do artigo 334º, do Código Penal Francês, o mesmo será dizer que é susceptível de ser acusado de proxenetismo todo aquele que redija tais contratos. Em sentido contrário, F. Dolto defende que ‘a gratuidade é perversa’, é inaceitável que uma família não ofereça nada em troca de tal dádiva. E acrescenta: ‘estabelecamos o paralelo com as crianças que estão ao cuidado de amas. Ninguém põe em causa que estas devem ser remuneradas por esse trabalho e que a sua remuneração seja superior ao custo de manutenção da criança’. Porém, Sériaux considera estas práticas ilegítimas, chegando mesmo a afirmar que tais atitudes são de louvar. Penso que são dois tipos de exploração do corpo em que se parte de vivências a que associamos a afectividade. Doá-las ou comercializá-las desumaniza-as, despoja-as de toda a afectividade. Não concordo que se possa proceder a uma equiparação entre a mãe hospedeira e a prostituta. Caso contrário, teríamos que entender que a inseminação artificial de uma mulher num consultório médico, numa clínica ou num hospital seria equivalente a uma relação sexual!... São situações diferentes: na prostituição masculina ou feminina há sempre vários parceiros e as competentes remunerações”.

estrutura familiar, descaracterizando a maternidade (ARCHER, 1995, 516-517).⁷⁹⁶ Dizia que o projeto de autorrealização na parentalidade deve ter, como bases, a “não instrumentalização da pessoa humana”⁷⁹⁷ e a “liberdade ética”⁷⁹⁸ (ARCHER, 1997, 219-221).⁷⁹⁹ Segundo o doutrinador, em sede de PMA, o princípio da “não instrumentalização” importa que o ato procriativo derive do amor benevolente, recíproco e altruísta, não havendo a objetivação da mulher e da criança, sobre as quais incidem as principais consequências das intervenções reprodutivas. A procriação não deve decorrer da necessidade de autoafirmação. A impossibilidade de gerar filhos pode ser suprida pela adoção, por atividades assistenciais ou pela assunção voluntária da condição de infértil. Dizia que os contratos de gestação de substituição agravam a instrumentalização da mulher, reduzida “a uma máquina de gestação”, despersonalizando a gravidez, sendo o seu útero um mero objeto, que não gera um filho amado como próprio, mas uma criança que não será fruto de um ato de amor (ARCHER, 1997, 221-223).⁸⁰⁰ Para o jurista, o princípio da “liberdade ética” aplicado à PMA implica que a pessoa ou casal beneficiário estejam livres de fatores como “o acaso, a irreflexão, a ignorância, a obsessão, a não aceitação de si mesmo e as pressões sociais, para que consigam uma autorrealização autêntica através do processo produtivo”, o que justifica a denegação do acesso

⁷⁹⁶ ARCHER, Luís. Tecnologias da Reprodução e Família do Futuro. **Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura**. pp. 516-517: “Podemos considerar a maternidade como significando a contribuição feminina para todo o processo que se desenrola desde a concepção até ao indivíduo adulto e que compreende o fornecimento do óvulo (com a sua componente genética), do útero (para a gravidez e parto) e dos cuidados pós-natais a que se prende a educação. As novas tecnologias da reprodução permitem a dissociação destas três funções em mulheres diferentes: uma que forneça o óvulo (dadora, anónima ou não), outra que forneça o útero para a gestação (mãe de substituição) e uma terceira que, sem qualquer contribuição biológica, forneça o acompanhamento pós-natal e a educação, constituindo-se como mãe social. Uma criança poderia, assim, ter três mães: a genética, a gestacional e a social. Esta fragmentação da maternidade acarreta inúmeros problemas éticos, sociais e legais, além de quebrar a unidade da família. Pergunta-se, muitas vezes, qual dessas três mães é a verdadeira. E a minha resposta pessoal é a de que nenhuma delas o é. Maternidade é o conjunto vitalmente integrado das três mencionadas funções e morre quando elas são dissociadas. Note-se que o grande aumento de divórcios das últimas décadas veio tornar mais frequente a situação de filhos que vivem só com um dos pais, ou que são educados por um pai ou uma mãe social que não corresponde ao seu progenitor biológico. Estas situações facilitam a aceitação da dissociação entre paternidade ou maternidade biológica e social, que se verifica na reprodução com dadores e no recurso à maternidade de substituição. Reciprocamente, a generalização das técnicas de reprodução artificial heteróloga poderá ser mais um factor a influir no enfraquecimento da base biológica e natural da estrutura familiar. Na realidade, se a dação de gâmetas e a maternidade de substituição se tornarem práticas comuns, seremos levados a considerar paternidade e maternidade como conceitos primariamente sociais e só secundariamente biológicos”.

⁷⁹⁷ A não instrumentalização da vida humana, segundo o autor, significa que cada ser humano consiste em um fim em si mesmo, devendo ser reconhecido como sujeito de direito e não como objeto.

⁷⁹⁸ Para Archer, a “liberdade ética” leva em conta o aspecto interior da pessoa, aquilo que ela é, real ou potencialmente, estando livre de pressões internas ou externas. Não se confunde com a “liberdade de autodeterminação”, que diz sobre a capacidade de exercício do livre arbítrio, opondo-se ao determinismo, tampouco coincide com a “liberdade de acção”, que se contrapõe à coação exterior. Conforme a “liberdade ética”, a pessoa não pode estar afetada por comportamentos autodestrutivos como vícios, egoísmo ou hedonismo, tampouco deixar-se conduzir pela paixão ou capricho, devendo pautar-se pela racionalidade, aceitando a si mesma, com suas limitações e especificidades.

⁷⁹⁹ ARCHER, Luís. Para uma Ética da Reprodução Humana. **Brotéria: Cultura e Informação**. pp. 219-220.

⁸⁰⁰ *Idem*. pp. 221-223.

à PMA às pessoas solteiras e aos casais do mesmo sexo (ARCHER, 1997, 225).⁸⁰¹ Refere o estudioso que o princípio da “liberdade ética” também não se verifica em relação aos doadores de células germinativas, posto que tal ato de doação “constitui a reificação do seu potencial reprodutor, e a intenção de transmitir vida desresponsabilizando-se dum projecto parental”, comportamento não condizente com a autorrealização responsável (ARCHER, 1992, 401)⁸⁰².

O jurista Jorge Duarte Pinheiro, antes da alteração da Lei n. 32/2006 pela Lei n. 25/2016, mantinha forte oposição, tanto à gestação de substituição onerosa, quanto à gratuita, defendendo a nulidade de tais pactos. Para o autor, no contrato de gestação remunerado, a gravidez seria equiparada a um “serviço qualquer”, desconsiderando-se a sua natureza íntima, sendo a criança tratada como “mercadoria”, o que consistiria em violação à dignidade da pessoa humana, princípio de ordem pública (PINHEIRO, 2005, 778).⁸⁰³ Quanto aos contratos altruístas, considerava-os uma violação ao princípio da ordem pública relativo ao direito da personalidade, posto que entende a gravidez como condição perturbadora do estado da mulher, cujo corpo é instrumentalizado para a realização do projeto parental de outrem (PINHEIRO, 2005, 779).⁸⁰⁴ Mesmo após a modificação da Lei n. 32/2006, que passou da proibição absoluta à proibição relativa da gestação de substituição no ordenamento jurídico português, referido autor mantém suas reservas quanto ao contrato de gestação de substituição a título gratuito, por entender que submete a contratada a “uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher”, criando situação de “substituição intrafamiliar” distinta dos “quadros tradicionais de concepção do parentesco” (PINHEIRO, 2016, 192-194)⁸⁰⁵.

A doutrina refere que há posicionamento contrário à gestação de substituição intrafamiliar intergeracional, sob a justificativa de que a exigência de parentesco entre beneficiário(s) e a gestante substituta não inibiria a coerção “para que mulheres mais jovens fossem as hospedeiras para parentes mais velhas” e que “a pressão exercida pelo parentesco

⁸⁰¹ *Idem.* p. 225: “As novas técnicas permitem ainda dissociar a procriação de qualquer amor interpessoal. Mulheres ou homens isolados poderão ter filhos sem qualquer relacionamento afectivo com outra pessoa. Esses filhos serão desejados não como fruto de um amor interpessoal e altruísta (que não existe) mas como anseio, provavelmente egoísta, de perpetuação de uma vida individual, que facilmente projectará sobre os filhos uma carga emocional possessiva. E o pior é que se nega aos filhos o direito a terem um desenvolvimento equilibrado, harmónico e estável, com a presença actuante de pai e mãe. Perigo semelhante se pode prever (apesar de ainda não haver provas claras) no caso de casais homossexuais que tenham filhos por RMA com dador ou por adopção. A não aceitação de si próprio em situações de infertilidade também representa uma posição de não verdade que dificulta uma autêntica liberdade ética. Seria o caso do recurso secreto a dadores, em que o casal tentasse encobrir, a si próprio e à sociedade, uma infertilidade que só aparentemente foi superada e que não foi assumida em autêntica verdade e liberdade interior”.

⁸⁰² ARCHER, Luís. Ética da Reprodução Medicamente Assistida. **Brotéria: Cultura e Informação.** pp. 401.

⁸⁰³ *Idem.* p. 778.

⁸⁰⁴ *Idem.* p. 779.

⁸⁰⁵ *Idem.* pp. 192-194.

seria ainda mais forte do que a pressão originária da dependência econômica” (DANTAS e CHAVES, 2017, 144-145)⁸⁰⁶.

Também se verifica oposição doutrinária à gestação de substituição por entendê-la como fomento ao turismo procriativo, através do qual é buscada a concepção e gestação de uma criança em países estrangeiros, que permitam a sub-rogação gestacional, onde nem sempre há a observância de um padrão mínimo de liberdades, direitos e garantias da mulher. Todavia, é enfatizado que, independentemente dos termos do contrato e das condições de sua execução, a criança deve se beneficiar do estado de pessoa atinente à filiação, origem e parentalidade em relação aos pais intencionais, em razão do superior interesse da criança e do valor da responsabilidade geracional. Sugere a adoção de políticas e de instrumentos de direito internacional para o combate de práticas que desrespeitem a dignidade da pessoa humana e as liberdades, direitos e garantias dela decorrentes, em favor de todos os envolvidos no processo reprodutivo - beneficiários, gestante substituta, doadores de gametas e criança nascida através de PMA (DEPADT, 2015, 149-150)⁸⁰⁷. A divergência à gestação de substituição também tem se fundamentado, inclusive, nos argumentos da inexistência de liberdade fática da gestante substituta e da ausência de eticidade do contrato respectivo (FENOUILLET, 2014, 60-61)⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ *Idem.* pp. 144-145.

⁸⁰⁷ DEPADT, Valérie. La GPA: Vers La Légalisation?. **Journal International de Bioéthique et D'Éthique des Sciences**. pp. 149-150.

⁸⁰⁸ FENOUILLET, Dominique. Du Mythe de L'Engendrement au Mythe de la Volonté. **La Famille en Mutation**. pp. 60-61: “La nullité de la convention ayant pour objet d'organiser une GPA semble en réalité encourue à trois titres: atteinte à la liberté individuelle de la femme porteuse, réification de son corps, réification de l'enfant qu'elle s'engage à fabriquer et livrer à autrui. Quant à l'argument consistant à soutenir que l'encadrement de cette pratique permettrait de la rendre «éthique», c'est-à-dire protectrice des intérêts en jeu (santé et liberté de la mère porteuse, sécurité sanitaire et juridique de l'enfant, prévisions et attentes du couple bénéficiaire, etc.), il laisse songeur. On insiste notamment sur l'altruisme qui, s'il caractérisait le don de la mère porteuse, rendrait l'opération «éthique». Mais l'altruisme ne suffit pas à légitimer un acte. En outre, il suppose une volonté libre, quand la pratique de la gestation pour autrui révèle une réalité peu favorable, les femmes prêtant ainsi leur corps le faisant le plus souvent pour des raisons matérielles e/ou personnelles peu propices à la liberté (fragilité financière ou humaine), si bien que la pratique sociale est à mille lieues du tableau engageant dressé par certains: la gestation pour autrui exploite les femmes au lieu de les libérer. En outre, on ne peut donner que e qui nous appartient; or la mère ne donne pas seulement d'elle; elle «donne» aussi l'enfant”.

Tradução livre: “A nulidade da convenção com o objetivo de organizar uma gestação por outrem parece incorrer a três títulos: em atentado à liberdade individual da mulher portadora, em reificação de seu corpo, em reificação da criança que ela se compromete a fabricar e entregar para outros. Quanto ao argumento de que a supervisão dessa prática permite torná-la «ética», ou seja, protetora dos interesses em jogo (saúde e liberdade da mãe portadora, segurança sanitária e jurídica da criança, previsões e expectativas do casal beneficiário etc.), ele deixa pensativo. Insistimos, particularmente, sobre o altruísmo, que, se caracterizasse o dom da mãe portadora, tornaria a operação «ética». Mas o altruísmo não é suficiente para legitimar um ato. Além disso, ele supõe uma vontade livre, quando a prática da gestação por outrem revela uma realidade menos favorável, assim as mulheres emprestam seus corpos com maior frequência por razões materiais e/ou pessoais pouco propícias à liberdade (fragilidade financeira ou humana), de modo que a prática social está mil léguas do envolvente quadro elaborado por alguns: a gestação por outrem explora as mulheres ao invés de libertá-las. Além disso, só podemos dar aquilo que nos pertence; agora a mãe não dá apenas dela; ela «dá» também o infante”.

A despeito desses ponderosos argumentos, importante ressaltar que a gestação de substituição consiste no único recurso existente para a integral concretização do pluralismo, através do exercício do direito fundamental à procriação por parte de homens singulares e dos pares homoafetivos do sexo masculino (CORTE-REAL, 2011, 260)⁸⁰⁹, bem assim das mulheres impossibilitadas de levar a termo uma gestação, em razão de ausência ou moléstias uterinas.

Convém destacar que, até mesmo doutrinadores contrários à sub-rogação da gestação, por entendê-la como estímulo à exploração e ao tráfico de mulheres, como a Professora Doutora Maria Margarida Silva Pereira, enfatizam que, uma vez permitido tal recurso aos casais de sexos opostos e aos casais femininos, deve ser afastado o impedimento aos casais homoafetivos masculinos de procriarem através de reprodução assistida com gestação de substituição, o que consideram discriminação indiscutível e não esclarecida (PEREIRA, 2017, 23)⁸¹⁰. Inclusive, doutrina italiana sustenta que não há conflito entre o princípio do superior interesse da criança e os direitos reprodutivos dos pais, mesmo nos casos de recurso às técnicas de PMA com doação de gametas ou gestação por sub-rogação (DI MASI, 2014, 645)⁸¹¹.

Na perspectiva jurídica, sob o ângulo do direito internacional, a gestação de substituição pode ser apreciada à luz dos artigos 3º, n. 1; 7º, n. 1; e 9º, n. 1; todos da Convenção

⁸⁰⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. **Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica**. p. 260: “A procriação por um homem *gay* poderia ser conseguida através do recurso à maternidade de substituição, mediante a utilização das técnicas de IA ou FIV. Ficou dito que a nossa lei procura impedir a relevância da maternidade de substituição, sem que isso tolha a possibilidade de ela ocorrer de facto. E aí, não obstante o disposto no artigo 8º, n.ºs 1 e 3, da LPMA, mais uma vez o legislador não consegue entrar uma ocorrência em concreto, devendo questionar-se, tão só, o que poderia obstaculizar – nomeadamente na ausência e passividade da mãe de substituição – à desejada perfilhação pelo pai da criança. Tudo para rematar dizendo que a PMA merecia um tratamento menos eivado de preconceitos sociais e morais, o que está longe de ter sido a orientação adoptada pelo nosso legislador, sendo alheio à evolução da realidade familiar a nível médico-científico”.

⁸¹⁰ PEREIRA, Maria Margarida Silva. Uma Gestação Inconstitucional: o Caminho da Lei da Gestação de Substituição. **Julgur Online**. p. 23. Disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>.

⁸¹¹ MASI, Maurizio di. Maternità Surrogata: Dal Contratto allo «Status». **Rivista Critica del Diritto Privato**. p. 645. Texto original: “*In presenza di un legame biologico minimo, difatti, la contrapposizione tra interessi e diritti da bilanciare, vale a dire salute ed autodeterminazione procreativa dei genitori, da una parte, e best interest del minore, dall'altra, è solo apparente. Nel caso di figli nati da surroga materna e/o donazione di gameti, invero, il miglior interesse del minore non confligge – ma casomai coincide sempre – con la scelta autodeterminativa dei genitori 'committenti', tanto più quando uno dei due è anche genitore biologico. Ciò è espresso chiaramente dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 162/2014, ove i giudici affermano esplicitamente che altresì la procreazione medicamente assistita di tipo eterologo 'mira a favorire la vita' che, in mancanza di tale tecnica, non verrebbe in esistenza*”.

Tradução livre: “Na presença de um vínculo biológico mínimo, de fato, a contraposição entre interesses e direitos a serem balanceados, vale dizer saúde e autodeterminação procriativa dos genitores, de uma parte e *best interest* do menor, de outro, é só aparente. No caso dos filhos nascidos da sub-rogação materna e/ou doação de gametas, na verdade, o melhor interesse do menor não conflita – mas no caso coincide sempre – com a escolha autodeterminativa dos genitores comitentes, tanto mais quando um dos dois é também genitor biológico. Isto é expresso claramente pela Corte constitucional na sentença 162/2014, onde os juízes afirmam explicitamente que também a procriação medicamente assistida do tipo heterólogo visa a favorecer a vida que, na ausência de tal técnica, não resultaria em existência”.

sobre os Direitos da Criança. De tal sorte, não se pode olvidar que as decisões relativas à criança devem observar o seu superior interesse, sejam aquelas adotadas pelo setor privado, sejam as pertinentes à esfera pública, nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A criança tem direito registral a um nome e à nacionalidade, devendo conhecer seus pais e por eles ser educada, sendo que, para tanto, hão de ser observadas as normas internacionais e de direito interno, de modo a evitar a apatridia. Também tem direito o infante a não ser separado dos seus pais, contra a vontade destes, salvo por razões ponderosas, fundadas no superior interesse da criança. À vista das normas protetivas da infância, entendemos incongruente a aplicação do princípio do superior interesse da criança para obstar a concepção dela, o que inviabilizaria a existência do próprio sujeito do direito em nome de um interesse que ficaria desprovido de titular. Porém, após a concepção do ser, advém todo o arcabouço dos seus demais direitos, como os inerentes à proteção integral, à vida, à saúde, à nacionalidade, à seguridade social, à patrimonialidade, à sucessão, dentre outros. Sendo a criança nascida por meio de procriação medicamente assistida e recurso à gestação de substituição, o seu superior interesse sugere que a parentalidade seja fixada em relação à pessoa ou casal que cultivou o projeto parental, dando iniciativa à sua existência e comprometendo-se com a sua criação e educação, recomendando-se, no entanto, a expressa anuência da gestante substituta após o parto.

No âmbito do Conselho da Europa, o acesso às técnicas de PMA está sujeito ao disposto nos artigos 8º da CEDH; 1º, n. 2, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças; e 21 da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina - Convenção de Oviedo. Com base em tais normas, defendemos que, independentemente de estado civil, de sexo e de orientação sexual, toda pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, o que confere àqueles em idade núbil exercer o livre planejamento familiar, que contempla a possibilidade de construção de um projeto parental a ser materializado mediante reprodução coital ou não coital, neste último caso, devendo ser permitido o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, inclusive com recurso à gestação de substituição, em condições igualitárias, observando-se, sempre, o princípio da dignidade da pessoa humana em relação a todos os envolvidos. A ingerência estatal sobre a vida privada e familiar é limitada, devendo estar prevista em lei, observada a necessidade das restrições impostas e a relevância dos fins visados – acolhimento e proteção das estruturas familiares existentes. O art. 1º, números 2 e 3, da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, citado no Capítulo 3, reforça o superior interesse da criança, reconhecendo-lhe direitos processuais tendentes à facilitação do exercício dos seus direitos em juízo, nos processos de família, especialmente no tocante às responsabilidades parentais e fixação de residência. Com isso, os

questionamentos relacionados ao contrato de gestação de substituição, quando impactarem os direitos e interesses da criança, serão dirimidos por decisão do juízo de família. A Convenção de Oviedo, no seu art. 21º, estabelece a proibição de obtenção de lucro, rezando que “o corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros”. Para De Plácido e Silva⁸¹², lucro, em sua acepção ampla, consiste em “toda vantagem ou utilidade, que se possa ter ou tirar de uma coisa ou de um negócio”; “é proveito, ganho, interesse, resultado, benefício, vantagem, utilidade”; ou, ainda, “tudo o que venha beneficiar a pessoa, trazendo um engrandecimento ou enriquecimento ao seu patrimônio, seja por meio de bens materiais ou simplesmente de vantagens, que melhorem suas condições patrimoniais” (SILVA, 2016, 874). Com isso, à luz da sobredita Convenção, a cessão temporária de útero não pode gerar vantagem patrimonial em favor da gestante substituta. Contudo, compreendemos pela inexistência de vedação jurídica à compensação da mulher por disponibilizar sua capacidade reprodutiva e/ou gestacional ao projeto parental de outrem, dado o seu caráter meramente indenizatório.

No plano jurídico da União Europeia, além das normas retrocitadas, incidem sobre a gestação de substituição as regras contidas no Título I, relativo à dignidade do ser humano, precisamente nos artigos 3º, números 1 e 2, alíneas *a* e *c*, e 24º da CDFUE. Isso significa que todo ser humano tem direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, e, nos domínios da medicina e da biologia, deve ser considerado o consentimento livre e esclarecido da pessoa, proibindo também a transformação do corpo humano ou de suas partes, enquanto tais, em fonte de lucro. Essas normas, aplicadas à gestação por conta de outrem, preconizam o respeito à gestante, que não pode ser submetida a condições indignas, que possam lhe expor a risco de vida ou prejuízo à saúde física ou mental, além daqueles próprios do estado gestacional para o qual consentiu livremente e de modo informado. A vedação de lucro visa prevenir e reprimir a mercantilização do corpo humano, o que, no nosso entender, não constitui óbice para compensação à gestante pelo esforço empreendido na condução da gestação até o seu termo. Já o art. 24 da CDFUE reitera o compromisso da União Europeia com o interesse superior e os direitos das crianças, destinatárias de proteção e cuidados tendentes ao seu bem-estar, às quais é reconhecido o direito de manter relações pessoais regulares e contatos diretos com os seus progenitores, salvo se houver eventual prejuízo aos seus interesses. Ressaltamos que a condição de progenitor ou progenitores deve ser atribuída à pessoa ou casal que desenvolveu o projeto parental que culminou na existência da criança, mediante concordância da gestante, salvo diante de situações concretas que evidenciem a necessidade e adequação de providência diversa.

⁸¹² *Idem.* p. 874.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem conferido ampla margem de liberdade aos Estados-membros para regular a procriação medicamente assistida e a gestação de substituição. Entretanto, vem entendendo que a negativa do reconhecimento de filiação e a recusa de conferir a nacionalidade dos pais-beneficiários à criança nascida no estrangeiro por recurso à gestação de substituição, ainda que sob a justificativa de assegurar o superior interesse da criança e combater o “turismo reprodutivo”, viola o direito à vida privada da criança.

Em 26.09.2014, o TEDH, através da Quinta Seção, julgou definitivamente os casos *Labassee versus França*⁸¹³ (autos n. 65941/11) e *Mennesson versus França*⁸¹⁴ (autos n. 65192/11). Ambos os casos versam sobre contratos de gestação de substituição firmados no estrangeiro (Estados Unidos da América) por casais de nacionalidade francesa e seus efeitos em França, notadamente quanto à filiação. Nas duas situações, houve recurso à PMA mediante FIV e doação de ovócitos de doadoras anônimas, empregando o sêmen dos cônjuges masculinos das beneficiárias. Através de ações judiciais propostas nos Estados Unidos, foram reconhecidos, como “pai genético” e “mãe legal”, as pessoas dos casais beneficiários. No entanto, pelas autoridades francesas, houve recusa da transcrição dos registros dos nascimentos, por contrariedade à ordem pública interna. As crianças foram mantidas sob guarda dos beneficiários. Os casais ingressaram com ações judiciais para obtenção dos registros, sendo julgados improcedentes os pedidos, inclusive no âmbito da Corte de Cassação da França. Com isso, apresentaram reclamações ao TEDH, que entendeu pela legitimidade da recusa estatal ao reconhecimento do vínculo de filiação entre beneficiários e filhos nascidos no exterior por contrato de sub-rogação gestacional, como mecanismo para inibir seus nacionais a buscarem no estrangeiro os serviços vedados em seu país, bem como para proteção dos direitos das crianças. Por outro lado, pontuou que o não reconhecimento do vínculo entre genitores e filhos é prejudicial à identidade parental e aos direitos sucessórios destes. Ao final, decidiu que não houve violação ao art. 8º da CEDH, no que tange ao respeito à vida familiar dos beneficiários, porém, considerou que, quanto às crianças nascidas por meio de gestação de substituição em país estrangeiro, a negativa de registro pelo notariado do Estado da França vulnerou aquele dispositivo, por ter atingido o direito pessoal das crianças ao respeito à sua vida privada.

Outro precedente relevante do TEDH foi prolatado em 21.10.2016, nos casos *Foulon e Bouvet versus França*⁸¹⁵, autos n. 9.063/14 e n. 10.410/14, decididos conjuntamente em razão da similitude fática e jurídica. Cada um dos processos retratou a contratação, por homens

⁸¹³ Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.

⁸¹⁴ Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>.

⁸¹⁵ Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164968>.

solteiros, cidadãos franceses, de gestação de substituição efetivada na Índia. Após o nascimento, foram emitidas as certidões, constando, como pais, os contratantes, e, como mães, as gestantes substitutas, sendo, então, entregues as crianças aos seus respectivos pais. No retorno ao país de origem, os pais procederam o reconhecimento da paternidade dos filhos, contudo, a autoridade francesa negou-lhes a transcrição dos registros de nascimento, não legitimando o estado de filiação. Foram propostas ações judiciais, sem êxito junto ao Poder Judiciário Francês. Inclusive, nos autos n. 9.063/14, foi declarada nula a afirmação da paternidade. Em decorrência disso, foram apresentadas reclamações junto ao TEDH. A Corte aplicou os precedentes dos casos Labassee e Mennesson, por conseguinte, concluiu que não foi vulnerado o art. 8º da CEDH quanto ao direito dos reclamantes ao respeito de sua vida familiar, mas que tal dispositivo foi violado no que toca ao direito ao respeito à vida privada das crianças. Ainda, condenou o Estado demandado à compensação de danos morais causados aos filhos e ao ressarcimento dos danos materiais comprovados pelos pais.

Acórdão de 24.01.2017, da Grande Câmara do TEDH, decidiu o caso *Paradiso e Campanelli versus Itália*⁸¹⁶, ajuizado através da Queixa n. 25.358/12. Tratou-se de uma reclamação apresentada no ano de 2012, por um casal heterossexual, que, em razão de infertilidade clínica, após oito tentativas fracassadas de PMA, tentou adotar uma criança em seu país de origem, Itália, também não obtendo sucesso. Depois, em Moscou/Rússia, recorreram às técnicas de PMA, com utilização de células germinativas do cônjuge varão e óvulo de doadora, resultando em embrião implantado no útero de gestante substituta, vindo a nascer um filho, em 27.02.2011, que lhes fora entregue pela parturiente, nos termos contratuais. Em contrapartida, a gestante substituta percebeu 50.000 EUR (cinquenta mil euros). O nascimento foi registrado junto ao notariado da Rússia, indicando os beneficiários como pais, sendo a respectiva certidão emitida na forma da Convenção de Haia de 1961, que trata da eliminação da exigência de legalização de documentos públicos estrangeiros. Junto ao Consulado Italiano em Moscou, foram emitidos os documentos hábeis ao ingresso da criança na Itália, onde desembarcou em 30.04.2011. No entanto, em nota de 02.05.2011, o Consulado Italiano entendeu que a certidão de nascimento continha informação falsa. O Oficial de Registro da Municipalidade de Colletorto recusou-se ao registro do nascimento da criança. O casal foi acusado de alteração de estado civil e uso de documentos falsos. A Corte Menor de Campobasso decretou a suspensão da responsabilidade parental e o estado de abandono do menor, determinando a remoção da criança da guarda do casal, sendo disponibilizada para

⁸¹⁶ Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>.

adoção. O Ministério Público requereu à Corte de Larino a atribuição de nova identidade e certificado de nascimento à criança. O casal apelou das decisões, mas a Corte de Apelação de Campobasso negou provimento. Enquanto tramitava o processo judicial, o menino foi colocado sob tutela de outra família. O TEDH entendeu que, diante da convivência por curto lapso de tempo, inexistia vínculo familiar entre o casal e a criança. Considerou que, a despeito de as medidas impugnadas se relacionarem à vida privada dos requerentes, estavam em consonância com a lei nacional, perseguindo objetivos legítimos de prevenção da desordem e de proteção à criança, dentro da margem de apreciação local de questões morais e éticas sobre as quais não há consenso em nível europeu. Determinou a vedação de adoção da criança pelos requerentes, para não legalizar a situação criada por eles em violação às regras legais italianas. Assim, ao final, o TEDH consignou que não houve violação ao art. 8º da CEDH.

Em Portugal, a gestação de substituição altruísta está autorizada pela Lei n. 32/2006, em se tratando de beneficiária do sexo feminino. Ocorre que o Tribunal Constitucional, no acórdão n. 225/2018, prolatado no processo de autos n. 95/17, que analisou diversos aspectos da Lei n. 32/2006, por via reflexa, determinou a suspensão de futuros procedimentos clínicos de PMA com utilização de gestação de substituição, embora não tenha considerado inconstitucional a realização de tais contratos. O voto vencedor discorreu sobre os distintos regimes normativos da gestação por conta de outrem.⁸¹⁷ Contudo, declaração de voto divergente do Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro sustentou o exercício da liberdade procriativa, o direito à constituição de família e a fundamentalidade do direito à procriação, inclusive mediante contratos de gestação de substituição, observando que “só razões constitucionais ponderosas podem justificar a restrição do uso desses meios”. O mesmo conselheiro defendeu os contratos onerosos de gestação de substituição, asseverando que a gratuidade não assegura a livre expressão do consentimento da gestante.⁸¹⁸ Ao final,

⁸¹⁷ Processo de autos n. 95/2017, Acórdão n. 225/2018, de 24.04.2018. Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>: “As soluções legislativas encontradas aí onde existe um regime legal expresso podem dividir-se em três grupos fundamentais. Alguns ordenamentos jurídicos permitem e regulam a prática, a título oneroso e, ou, gratuito, estabelecendo vínculos de parentalidade entre os beneficiários e a criança concebida imediatamente após o parto, de forma discreta e automática, por força da lei. Noutros ordenamentos, contudo, verifica-se um reconhecimento inicial da gestante como mãe, sendo necessário um processo judicial para atribuição da maternidade e paternidade aos membros do casal beneficiário. Um último grupo de países proíbe e pune a prática da gestação de substituição”.

⁸¹⁸ *Idem*. Trecho da declaração de voto divergente: “Entendo, em primeiro lugar, que a gestação de substituição é objeto de *direitos fundamentais*: a liberdade de procriar e de constituir família dos beneficiários (artigo 36.º, n.º 1) e a liberdade geral de ação compreendida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante (artigo 26.º, n.º 1). Em segundo lugar, considero que, não existindo quaisquer razões constitucionais legítimas para restringir esses direitos fundamentais através da proibição da gestação de substituição, a Constituição *impõe ao legislador* o reconhecimento da figura. Em terceiro lugar, recuso a ideia de que a gratuidade seja uma garantia de liberdade ou de dignidade da gestante; pelo contrário, penso que a sua imposição *restringe ilegitimamente* os direitos fundamentais que se exercem através da celebração e execução de negócios onerosos de gestação de

argumentou no sentido de que a proibição de gestação de substituição onerosa é inconstitucional⁸¹⁹. Outra divergência, constante de voto da Conselheira Catarina Sarmiento e

substituição. Por tudo isto, entendo que um dos elementos essenciais do «modelo português» – a imposição de gratuidade – é constitucionalmente censurável. Claro está que a censura, segundo este raciocínio, não é dirigida ao reconhecimento legal dos negócios gratuitos, mas ao facto de a lei proibir (e até mesmo incriminar) a celebração de negócios onerosos. A lei fica – assim me parece – aquém das exigências constitucionais. [...] Em todo o caso, a proibição da instrumentalização, expressa através da «fórmula do objeto», não dá qualquer indicação útil para resolver o problema central colocado pelo confronto da gestação de substituição com o princípio da dignidade da pessoa humana: saber se a dignidade de uma pessoa plenamente capaz *pode* justificar a restrição da sua liberdade. Trata-se de saber se a proibição *constitucional* da instrumentalização da pessoa se dirige também contra o próprio, em termos de se poder dizer que a autoridade pública de uma comunidade política baseada na dignidade da pessoa humana tem, não apenas o dever de se abster de instrumentalizar as pessoas e de protegê-las da instrumentalização por terceiros, mas também o dever de as proteger contra a instrumentalização *de si próprias*. [...] Do ponto de vista da gestante, a celebração e execução de negócios de gestação de substituição corresponde ao exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em especial na vertente de liberdade geral de ação. Será que também é assim nos casos em que o negócio seja oneroso? A decisão do Tribunal atribui à imposição de gratuidade, para além de uma função de tutela direta da dignidade, justificada em termos essencialmente perfeccionistas, um papel de «garantia de que a atuação da gestante é verdadeiramente livre e, como tal, uma expressão da sua autonomia». Mas parece-me insólita a ideia, subjacente a este juízo, de que a gestante altruísta está geralmente sujeita a menor «pressão» do que a gestante motivada pelo interesse pecuniário. O domínio em que é previsível que venham a ocorrer a esmagadora maioria dos casos de gestação de substituição gratuita – a família – não é um espaço de dependência e de compulsão do indivíduo menos acentuado do que o domínio das relações estritamente patrimoniais, ainda que as suas lógicas de organização e de funcionamento sejam distintas; sendo ainda certo que a vida familiar tem um lastro de autonomia face aos poderes públicos – historicamente, por respeito pela autoridade patriarcal, mas nos dias que correm, em larga medida, por valiosas razões de reserva de intimidade – ostensivamente mais acentuado. Por outro lado, o facto de as motivações da gestante, no caso da gestação onerosa, não serem geralmente a sua «elevação moral», a seus olhos e dos beneficiários, mas a contraprestação devida pela disposição do seu corpo e a limitação da sua liberdade, não pode fundamentar qualquer restrição da sua liberdade no quadro de uma interpretação liberal do princípio da dignidade da pessoa humana. De resto, os supostos argumentos a favor da proibição da onerosidade parecem-me tão abstratos e excessivos que obrigariam à condenação do trabalho assalariado («a exploração do homem pelo homem»), quando não de todo e qualquer contrato comutativo. Nada disto serve para negar que, num domínio delicado como este, se justificam medidas cautelares que assegurem a liberdade efetiva da gestante. No atual regime, essa função é desempenhada, ao lado dos poderes de controlo e acompanhamento do CNPMA, pelo n.º 6 do artigo 8.º da LPMA, que proíbe a celebração de negócios quando entre as partes exista uma relação de subordinação económica – norma cuja conformidade constitucional não me suscita dúvidas; e é natural que, se viessem a admitir-se negócios onerosos, e se em torno dessa permissão se desenvolvesse um mercado, a lei fosse chamada a intensificar a regulação neste domínio”.

⁸¹⁹ *Idem*. Trecho da declaração de voto divergente: “Pelas razões expostas, creio que o reconhecimento legal da gestação de substituição não só é constitucionalmente admissível, como é uma *imposição constitucional* ao legislador decorrente dos direitos a constituir família e ao livre desenvolvimento da personalidade. Creio ainda que a proibição de negócios onerosos, um dos elementos essenciais do «modelo português» consagrado no artigo 8.º da LPMA, é inconstitucional, por violar *esses mesmos direitos*. Não posso, porém, deixar de dizer uma palavra de defesa da minha posição contra uma objeção tão óbvia quanto pertinente: a de que a decisão de proibir a gestação de substituição onerosa se situa no âmbito da liberdade de conformação política do legislador. A liberdade de conformação política do legislador funda-se no princípio democrático da sua autoridade. Quando um regime legal resulta da ponderação de múltiplas razões em diversos sentidos, em que avultam direitos e interesses com dignidade constitucional, e mais ainda quando esses regimes se baseiam em juízos de prognose empírica complexos, o respeito pelo princípio democrático obriga a jurisdição constitucional a uma larga deferência em relação ao legislador. O controlo judicial, nesses casos, é um controlo essencialmente «negativo» ou de «evidência», exceto quando estão em causa «classificações suspeitas» que denigrem a autoridade democrática da lei, justificando-se então um escrutínio judicial robustecido. Sucede que o princípio democrático – como todos os princípios estruturantes da ordem constitucional – também se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana. Numa comunidade política entre pessoas livres e iguais, com convicções diversas sobre a justiça e o bem comum, impõe-se o princípio de que a autoridade política, investida do poder de vincular a coletividade, deve ter uma base *essencialmente* democrática. As pessoas que integram o conjunto dos destinatários regulares das leis e dos atos da sua aplicação e execução – os cidadãos – devem concorrer, em condições de igualdade, para a formação da vontade política naquelas vertida. É essa exigência de igualdade política, de que a convicção de cada cidadão tenha exatamente o mesmo peso do que a de qualquer outro cidadão na formação de uma vontade *comum*, que impõe o

Castro, corroborou o entendimento de que o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e à gestação de substituição não consiste em mera opção do legislador, mas em imposição constitucional, e consignou que o recurso a tal procedimento se justifica diante de evidências de infertilidade, ou por razões de morfologia e de sexo⁸²⁰.

Uma vez que no Brasil inexistia legislação que regulamente o emprego das técnicas de PMA, conseqüentemente, não há lei sobre permissão ou proibição de contratos de gestação de substituição, onerosos ou gratuitos. Apenas normas deontológicas do CFM, atualmente

sufrágio universal e a regra da maioria. Porém, a vontade comum, apurada segundo a regra da *maioria*, só é legítima, segundo o princípio de dignidade da pessoa humana em que se funda, se permanecer confinada ao domínio em que é indispensável a tomada de decisões comuns, porque a conduta dos destinatários não lhes diz exclusivamente respeito. No domínio em que as decisões respeitam apenas ao indivíduo, ou aos indivíduos que nelas consentem e participam, o mesmo princípio matricial de respeito pela pessoa impõe a prevalência da liberdade individual sobre a vontade da maioria. Uma das tarefas cometidas a uma jurisdição constitucional é, assim, a de garantir o respeito do legislador democrático por essa esfera de autogoverno individual. Ora, esse é o domínio em que a gestação de substituição onerosa se situa, dada a ausência de qualquer evidência empírica ou racional de que as decisões dos interessados se repercutem de forma significativa na esfera de terceiros em relação ao negócio. Não consigo discernir qualquer argumento de «razão pública» para restringir as liberdades fundamentais que aqui estão em causa, nem sequer para que o legislador opte por um reconhecimento legal por etapas, guiado por um imperativo de prudência. É evidente que tudo isto se baseia na interpretação liberal ou deontológica do princípio da dignidade da pessoa humana, e numa série de valorações e deduções controversas. Mas isso é inevitável. A ordem constitucional em que se situam o legislador democrático e o juiz constitucional não se interpreta a si própria, nem se revela no espírito dos seus protagonistas. Tem de ser interpretada por eles, com os riscos e as dúvidas inerentes; e o intérprete final, mais ou menos deferente em relação ao legislador, *pressuposta* nessa deferência uma certa interpretação do princípio democrático, é necessariamente o Tribunal Constitucional. Os únicos contrapesos legítimos dessa autoridade de instância última, num Estado de Direito, são os deveres de integridade e de fundamentação das decisões, e a subsequente vigilância crítica praticada no espaço público”.

⁸²⁰ *Idem*. Trecho da declaração de voto divergente: “Não acompanhei, contudo, na sua plenitude, a fundamentação, em especial na parte em que, a propósito da caracterização do modelo português de gestação de substituição (por exemplo, ponto 27), se qualifica a intervenção do legislador, prevendo-a como uma mera opção, já que a este caberia escolher admitir, ou não, a gestação de substituição. Ora, ainda que a decisão considere que esta técnica não deve ser afastada sem razões fortes, porque favorece bens constitucionalmente protegidos, por isso se admitindo a sua “admissibilidade, de princípio”, não me revejo nessa posição que relega a adoção da gestação de substituição, ou das demais PMAs, para a livre disponibilidade do legislador, assim deixadas ao sabor circunstancial das maiorias. A meu ver, pelo contrário, a permissão, ainda que condicionada, da gestação de substituição (e, de modo geral, da PMA), mais do que corresponder a uma opção do legislador, é uma solução constitucionalmente imposta, para garantia de bens constitucionalmente relevantes, sempre que tal corresponda a procedimentos que sejam tecnicamente possíveis e não contrários à dignidade humana (o que, para tal, no caso da gestação de substituição, pode exigir a sua indispensabilidade, aqui se sublinhando as razões de saúde, a sua excecionalidade, e garantias de liberdade e da autonomia da gestante, como a gratuidade) para a efetivação do direito fundamental a procriar, a constituir família (artigo 36.º, n.º 1, da CRP), e para realização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade daqueles que assumirão a maternidade/paternidade, mas, também, daqueles que procedem a dádiva, ou da gestante de substituição (artigo 26.º, n.º 1, da CRP). Por isso, diferentemente do que defende o Acórdão (e, antes dele, o Acórdão n.º 101/2009), considero que não há, apenas, uma “admissibilidade de princípio”, mas uma imposição da possibilidade do uso das técnicas de PMA, nelas incluindo a gestação de substituição. Entendo que quando a Constituição estabelece, no artigo 67.º, n.º 2, que incumbe ao Estado regulamentar a PMA salvaguardando a dignidade humana, – a Constituição não só admite a PMA, aí se incluindo a gestação de substituição, como parece querer que tais técnicas sejam contempladas pelo legislador, embora sem que violem a dignidade humana. Caberá, por isso, ao legislador, definir, dentro das possibilidades da técnica, mas também em circunstâncias que preservem a dignidade da pessoa humana, as condições para sua concretização. Isso não obriga a que Estado admita a PMA e a gestação de substituição como puros métodos alternativos e em quaisquer circunstâncias. Assim, no caso, a liberdade do legislador passará, designadamente, pela faculdade de escolher autorizar a gestação de substituição apenas quando esta seja o único método, por exemplo, por razões de infertilidade, ou por razões evidentes de morfologia/sexo”.

materializadas na já referida Resolução n. 2.168/2017⁸²¹, abordam a utilização das técnicas de PMA e da sub-rogação. Uma vez que, por força do art. 5º, II, da Constituição da República do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, os atos normativos do CFM que regulam a ética médica não vinculam os beneficiários e a gestante substituta. Entretanto, o art. 425 do Código Civil diz que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Assim, embora inexistir lei específica, podem ser entabulados contratos de gestação de substituição, submetidos às regras gerais do Código Civil. Devem tais contratos atender aos pressupostos positivos de validade inscritos no art. 104 do mesmo *codex*,⁸²² sendo considerados eivados de nulidade quando verificados os pressupostos negativos do art. 166⁸²³. O contrato de gestação de substituição também será nulo quando houver vício de vontade, na hipótese do art. 15 do Código Civil,⁸²⁴ caso a mulher tenha sido constrangida, forçada a submeter-se ao procedimento, mesmo diante de evidente risco de vida. Para essa interpretação, o procedimento de gestação de substituição deve ser tratado analogicamente como “tratamento médico”. O contrato de cessão de útero, em princípio, não é incompatível com o art. 13 do Código Civil, que obsta a disposição do próprio corpo, quando causar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.⁸²⁵ Uma gravidez, em regra, não torna a mulher incapaz. Uma gestação por conta de outrem nem sempre é contrária aos bons costumes, sobretudo quando resulta de um ato de solidariedade, sendo questionável quando envolver contraprestação, embora a expressão “bons costumes” consista em valor jurídico abstrato, mutável conforme as

⁸²¹ A Resolução n. 2.168/2017 trata da gestação de substituição ou cessão temporária de útero no seu item VII. O subitem 1 elege, prioritariamente, a gestação intrafamiliar, submetendo a extrafamiliar à autorização do respectivo CRM. No subitem 2, estabelece que “a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Nas clínicas de reprodução assistida, deverá constar do prontuário, nos termos do subitem 3.1, o termo de consentimento livre e esclarecido, firmado pelos pacientes e pela cedente temporária de útero, contendo aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos, bem como “aspectos legais da filiação”. A teor do subitem 3.3, também deverá ser juntado termo de compromisso entre os beneficiários e a cedente, “estabelecendo claramente a questão da filiação da criança”. Nos moldes do subitem 3.5, os beneficiários (pai, mãe ou pais genéticos) deverão firmar o compromisso de efetuar o registro civil da criança. Consoante o subitem 3.6, o eventual cônjuge ou companheiro da gestante substituta deverá emitir aprovação por escrito. E o item IV, subitem 1, diz que o fornecimento de gametas ou embriões “não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.

⁸²² “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

⁸²³ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

⁸²⁴ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

⁸²⁵ “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

condições espaçotemporais e socioculturais, razão pela qual, nos moldes do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), deve ser utilizada com parcimônia nas decisões⁸²⁶. O Regulamento da LINDB, editado através do Decreto n. 9.830/2019, no seu art. 3º, minudencia o tratamento das decisões baseadas em valores jurídicos abstratos, entendendo como tais os dotados de “alto grau de indeterminação e abstração”.⁸²⁷

Nesse contexto, é possível afirmar que a gestação de substituição altruísta é plenamente compatível com a ordem jurídica brasileira. O respectivo contrato deverá observar as regras gerais do Código Civil, em cotejo com os dispositivos constitucionais inerentes aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos beneficiários, da gestante substituta e da criança nascida, notadamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a não discriminação, a liberdade individual, o superior interesse da criança e a parentalidade responsável. Inclusive, como citado no capítulo anterior, a 1ª Vara da Família e Registro Civil da Comarca de Recife/PE, reconheceu a bipaternidade (biparentalidade paterna) de um casal homoafetivo cujo projeto procriativo fora realizado com recurso à gestação de substituição⁸²⁸.

Ademais, impende destacar que, na doutrina jurídica do Brasil, há dissenso quanto à proibição e à nulidade dos contratos onerosos de gestação por conta de outrem (DANTAS e CHAVES, 2017, 150-151).⁸²⁹ Isso decorre da omissão legislativa e do fato de que a doação ou

⁸²⁶ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

⁸²⁷ “Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos - Art. 3º. A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade”.

⁸²⁸ Disponível em <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/13-MINICURSO.Decisao-Registro-Casal.Homoafetivo-TJPE.pdf>.

⁸²⁹ *Idem*. pp. 150-151: “A doutrina é unânime sobre a necessidade premente de disciplina legislativa da procriação medicamente assistida, com o intuito de regulamentar a matéria e evitar que se façam exegeses equivocadas de outras legislações. A depender da interpretação que se dê a esses dispositivos legais existentes, o contrato de gestação de substituição oneroso poderá ser considerado válido ou não. Na hipótese de se considerar que o embrião/feto estaria englobado nas disposições das legislações supramencionadas, o contrato deve ser considerado nulo, nos termos dos incisos I e VII do art. 166 do Código Civil. Há ainda quem levante a invalidade do negócio com base no art. 13 do Código Civil, mas tal ideia não parece se sustentar, já que a disposição do útero não acarretaria em qualquer diminuição permanente no corpo da mulher ou qualquer dano à sua integridade física. A questão dos bons costumes também deve ser afastada, já que se trata de um conceito jurídico indeterminado, que deve estar aberto às demandas sociais contemporâneas. Na ocorrência de se considerar que o feto/embrião não estaria abarcado na vedação da Lei n. 9.434/97, o contrato pode ser considerado válido, ainda que moralmente reprovável na visão de alguns, nos termos do art. 5º, II, da CF. E ainda que se considere que está vedada a comercialização de material biológico – incluindo-se fetos e embriões – pode-se alegar que a legislação expressamente determina que essa proibição se dá no âmbito dos transplantes e tratamentos. Excetuando-se na hipótese de estar em causa uma situação de ‘bebê-medicamento’, o embrião em questão estaria fora do âmbito de

cessão temporária de útero não se enquadra nas hipóteses reguladas pela Lei n. 9.434/1997 (Lei de Transplantes) e Lei n. 11.105/2005 (Lei de OGM's e derivados), normas com objetos e propósitos distintos. A vedação de contrapartida financeira nos contratos de gestação de substituição, por resolução do Conselho Federal de Medicina, não tem o condão de produzir efeitos na seara do direito civil, de modo a gerar nulidade de tais contratos, pois a única consequência do seu descumprimento é autorizar o órgão de fiscalização profissional à instauração de processo disciplinar para apuração de eventual violação ética do médico, notadamente se houve sua concorrência ou conhecimento acerca de pagamento à gestante. Entendemos, diante do exposto, que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece expressa, nem implícita, proibição à remuneração pela gestação de substituição, descabendo falar em nulidade de pleno direito do respectivo contrato.

Na Itália, a Corte Suprema de Cassação, através da sentença n. 24.001⁸³⁰, de 11.11.2014, decidiu caso concreto no qual o cônjuge varão apresentava quadro de oligospermia e a cônjuge havia passado por procedimento de histerectomia, tendo o casal recorrido à PMA, com doação de espermatozoide e óvulo, bem como gestação de substituição, procedimentos realizados na Ucrânia. Seguindo a lei do local de nascimento da criança, a gestante substituta renunciou à maternidade, sendo expedida a certidão de nascimento em nome dos beneficiários. Todavia, depois do retorno do casal com a criança à Itália, instaurou-se procedimento apuratório de suposta falsidade na declaração de nascimento, sendo ordenada a adotabilidade do infante, considerado abandonado moral e materialmente pelos seus genitores biológicos. O casal beneficiário, tido como incurso na infração criminal de alteração de estado de filiação, ingressou com ação judicial para obter o reconhecimento da filiação. A Corte de Brescia julgou improcedente o pedido, considerando que a gestação de substituição sequer havia obedecido as normas ucranianas, que exigem vínculo genético da criança ao menos com um dos pretensos pais, e, ademais, violou normas de ordem pública da República da Itália. Interpuseram recurso à Corte de Apelação de Brescia, ao qual foi negado provimento. Igualmente, a Corte Suprema de Cassação rejeitou o recurso dos beneficiários.

A Corte Constitucional da Itália, na sentença n. 272/2017⁸³¹, de 22.11.2017, apreciou a demanda de um casal que recorreu, na Índia, às técnicas de PMA, mediante fecundação heteróloga por ovodoação e gestação de substituição. O marido forneceu seu sêmen para o

aplicação (e punição) da Lei de Transplantes, pois não surgiria para possibilitar qualquer tipo de tratamento ou ser doador de material biológico para transplante”.

⁸³⁰ Disponível em ECLI:IT:CASS:2014:24001CIV.

⁸³¹ Disponível em ECLI:IT:COST:2017:272.

processo reprodutivo. Com o nascimento da criança, emitiu-se a certidão pelo país de origem. De volta à Itália, não foi considerada a cônjuge como genitora da criança pela autoridade de estado civil, razão pela qual o Ministério Público pediu a cessação das responsabilidades parentais e a retirada da criança. O casal ajuizou ação junto ao Tribunal de Menores, obtendo a transcrição da certidão de nascimento e a não adotabilidade da criança, diante do vínculo genético com o pai. O curador do infante postulou pela negação de maternidade à mãe intencional, pela ausência de liame biológico, o que foi acolhido pelo Tribunal de Milão. A requerente recorreu da decisão e o Tribunal de Apelação de Milão suscitou incidente de constitucionalidade, ventilando a questão da proibição absoluta de registro de crianças nascidas por sub-rogação. A Corte Constitucional analisou o conflito aparente entre o direito à verdade genética e o superior interesse da criança, observando que o tempo de convívio entre os pais intencionais e a criança, bem como as condições de realização da gestação de substituição, devem ser analisados casuisticamente. Reafirmou que o ordenamento jurídico italiano considera a gestação de substituição como uma ofensa intolerável à dignidade da mulher e um prejuízo profundo às relações humanas, porém, destacou que não se pode deixar de perquirir o interesse do menor. Por fim, julgando infundada a questão de legitimidade constitucional, entendeu que não é cabível a remoção automática da criança dos seus pais intencionais, tampouco a sua manutenção automática com eles, devendo ser realizado o balanceamento entre o direito à verdade genética e o interesse superior da criança, em cada caso concreto.

Críticos sustentam que a decisão em comento enfraquece o princípio da verdade do parto e a intangibilidade da relação materno-infantil, no intuito de viabilizar legislação permissiva de algumas formas de sub-rogação gestacional (ANGELINI, 2018, 174-175)⁸³².

Por outro lado, a doutrina italiana favorável à decisão, no que toca à gestação de substituição, com base em sólidos estudos, frisa que o procedimento visa favorecer a vida, não apresenta riscos superiores aos normais de prática terapêutica similar e não compromete o direito à identidade genética da futura criança (AGOSTA, 2018, 13-14).⁸³³ Outros doutrinadores salientam que a decisão representa um avanço ao enuclear o superior interesse da criança como parâmetro de julgamento nos litígios referentes à sua posição familiar e redefinir a identidade pessoal como atributo a ser avaliado em relação ao menor, enquanto

⁸³² ANGELINI, Francesca. Bilanciare Insieme Verità di Parto e Interesse del Minore La Corte Costituzionale in Materia di Maternità Surrogata Mostra al Giudice come non Buttare il Bambino com l'Acqua Sporca. **Costituzionalismo.it**. Disponível em https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29301_2017_272.pdf.

⁸³³ AGOSTA, Stefano. La Maternità Surrogata e la Corte Costituzionale (a Propósito di Otter Dicta da Prendere sul Serio. **Osservatorio Sulle Fonti**. Disponível em https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29935_2017_272.pdf.

pessoa em desenvolvimento. Sugere que o juiz avalie as capacidades e o grau de maturidade dos pretensos pais em relação às necessidades específicas da construção da personalidade da criança, posto que a decisão da Corte Constitucional afirmou o caráter não absoluto da verdade biológica da filiação, com ponderação dos interesses e direitos envolvidos, afastando a imposição de automatismos provenientes da via legislativa (MATUCCI, 2018, 10 e 14)⁸³⁴.

O fenômeno da gestação de substituição tem deflagrado intensos debates e questionamentos também sobre os seguintes pontos: (1) as comunidades científica e jurídica têm se preocupado com os mecanismos de apreciação do consentimento da gestante substituta, em face do que, sustentamos sejam adotados os mesmos critérios de verificação da idoneidade e validade da manifestação de vontade em geral, afastando-se padrões limitantes ou redutores da capacidade de autodeterminação e da liberdade da mulher em regular o seu próprio corpo, não pertencente ao grupo social; (2) preservação do direito da gestante ao aborto voluntário, na forma e no prazo da lei dos países que o permitem, em decorrência do reconhecimento da sua autonomia sobre o seu corpo, prerrogativa que justifica a inadmissibilidade da estipulação contratual de renúncia ao aborto voluntário e que, ao mesmo tempo, obsta à pessoa ou ao casal beneficiário a possibilidade de impor a realização de aborto pela gestante; (3) caso a criança nasça com problemas de saúde, deficiência física e/ou mental, o contrato deverá ser executado integralmente, sendo dever da pessoa ou casal beneficiário assumir e prestar-lhe a assistência moral e material inerente à parentalidade, sob consequência de que o descumprimento enseje as sanções civis e criminais cabíveis, podendo, todavia, entregar a criança para adoção, tal como no modelo de reprodução coital, situação em que poderia ser concedida preferência à gestante substituta; e (4) os eventuais danos materiais e morais (estéticos, fisiológicos e psicológicos) experimentados pela gestante seriam reparados por aquele que lhes tenha dado causa, da mesma forma que se opera a responsabilidade civil em geral.

Em síntese, as questões éticas e jurídicas correlatas à gestação por conta de outrem, ao menos nos aspectos acima abordados, não se distinguem, significativamente, de alguns dos fenômenos havidos na esfera do direito de família e do direito civil em geral, com os quais guardam pontos de similitude, motivo pelo qual não se justifica um tratamento tão discriminado, sobretudo quando baseado tão somente em concepções morais, salvo quando demonstrada alguma peculiaridade fática ponderosa, bem como, a nosso ver, não restam evidenciadas a proporcionalidade e a razoabilidade das preocupações que circundam o tema.

⁸³⁴ MATUCCI, Giuditta. **La Dissoluzione del Paradigma della Verità della Filiazione Innanzi all'Interesse Concreto del Minore** (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272). pp. 10 e 14. Disponível em https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29248_2017_272.pdf.

5.3 Nulidade do Contrato de Gestação de Substituição e a Maternidade Sancionatória

Como vimos, na redação originária do art. 8º da Lei n. 32/2006 de Portugal não era permitido o recurso à gestação de substituição, sendo nulos os respectivos contratos, gratuitos ou onerosos, com previsão expressa, no seu item 3, de que a gestante substituta seria tida como a mãe legal da criança que viesse a nascer. Na Espanha, o art. 10, da Lei n. 14/2006, sobre técnicas de PMA, também proíbe a gestação de substituição em quaisquer de suas formas, fixando a maternidade da criança em relação à gestante substituta. O mesmo ocorre na Itália, que veda a sub-rogação da gestação, remunerada ou altruística, punindo ambas criminalmente, e, no art. 9º, n. 2, da Lei n. 40/2004 – sobre PMA, estabelece a maternidade em função do parto. Já no Brasil, não há lei sobre PMA e gestação de substituição, sendo admissível a cessão temporária de útero gratuita, por ato infralegal do Conselho Federal de Medicina.

Em Portugal, com a alteração do art. 8º da Lei de PMA, promovida pela Lei n. 25/2016, passou a ser admitida a gestação de substituição na modalidade não remunerada, podendo ter como beneficiárias as pessoas do sexo feminino, independentemente de orientação sexual e de estado civil. Nos termos do item n. 7, do mesmo artigo, “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”. Consoante o item 12, “são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores”. A lei nova deixou de estipular expressamente os níveis e as consequências do reconhecimento dessa nulidade, inclusive sua eventual repercussão quanto à parentalidade e à fixação do estado de filiação da criança nascida.

Na forma dos artigos 8º, item 7, e 20º, da lei em comento, no emprego de técnicas de PMA, em regra, a presunção legal da maternidade incide sobre a mulher beneficiária, seja na inseminação homóloga (maternidade genética) ou heteróloga (maternidade social), com ou sem recurso à gestação de substituição. No entanto, no caso de decretação da nulidade do contrato de gestação de substituição adjacente a um projeto parental (heteroparental, homoparental ou monoparental), mesmo após a inclusão do item 7 no art. 8º, vem sendo sustentado que a maternidade deve ser fixada pela regra geral do art. 1.796º, 1, do Código Civil Português, sendo mãe a mulher que deu à luz a criança, posto que o ato nulo não pode gerar efeitos.

De fato, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer n. 92/CNECV/2017⁸³⁵, ao analisar o projeto de decreto regulamentar correlato à Lei n. 25/2016,

⁸³⁵ Trecho do parecer: “Neste contexto, não se compreende que o diploma regulamentador venha atribuir a um contrato nulo efeitos idênticos a um contrato válido. Não é aceitável, do ponto de vista ético, que alguém possa

sobre o acesso à gestação de substituição, opinou que o contrato de sub-rogação da gestação eivado de nulidade não poderia produzir os mesmos efeitos de um pacto regular. No mesmo sentido foi o Parecer n. 44/CC/2018, do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal⁸³⁶, que, no seu item VI, consignou que “os contratos de gestação de substituição, celebrados em território nacional, nulos nos termos do n. 12 do artigo 8.º da Lei n. 32/2006, não produzem quaisquer efeitos, como decorre do artigo 280.º do Código Civil, pelo que não permitem a inscrição no registo civil da parentalidade a favor dos beneficiários”. Assim, referida entidade também entendeu que, havendo nulidade do contrato de gestação de substituição, a parentalidade deveria ser fixada nos termos do Código Civil.

O Decreto Regulamentar n. 6/2017, que minudencia a Lei n. 25/2016, traça o regime de proteção da parentalidade⁸³⁷, no seu art. 6º, entretanto, não discorre sobre as consequências do reconhecimento da nulidade nos contratos de gestação de substituição.

Neste tópico, importante que se faça uma breve digressão sobre a classificação das regras jurídicas quanto à sua violação: leis mais-que-perfeitas⁸³⁸, leis perfeitas⁸³⁹, leis menos-que-perfeitas⁸⁴⁰ e leis imperfeitas⁸⁴¹ (REALE, 2002, 126-127)⁸⁴². Semelhante classificação das normas já constava das Regras de Ulpiano, no item 1.1, elaboradas no Século III, com base no *Liber Singularis Regularum* de Ulpiano e nas Institutas de Gaio⁸⁴³. Dentro da teoria das normas, o art. 8º, da Lei n. 32/2006, na redação de origem, no tocante à gestação de substituição,

obter, através de um contrato de gestação em violação da lei, os mesmos efeitos que alcançaria com a celebração de um contrato que observasse as prescrições legais. Tal solução não dissuadiria as práticas ilegais e proporcionaria ocasiões de exploração das mulheres gestantes que se pretende limitar ao máximo”. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf

⁸³⁶ Parecer exarado no processo P.º CC.8/2017-STJSR-CC, referente a consultas formuladas pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE) e pelo Gabinete da Secretaria de Estado da Justiça, a pedido da Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). Disponível em https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2018/pareceres-18-32-2018/downloadFile/attachedFile_4_f0/44_CC_2018-CC8_2017-STJSR-CC.pdf?nocache=1546873427.56.

⁸³⁷ “Artigo 6.º Regime de proteção de parentalidade 1 — No que respeita ao casal beneficiário, o parto da gestante de substituição é considerado como seu para efeitos de licença parental, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade. 2 — No que respeita à gestante de substituição, o seu parto beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez, no âmbito da aplicação do regime de proteção de parentalidade. 3 — O regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade é aplicável à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança”. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/107785481>.

⁸³⁸ Leis mais-que-perfeitas são as normas proibitivas que preveem, além da decretação de nulidade ou restabelecimento ao estado anterior, a imposição de sanção pessoal por seu descumprimento.

⁸³⁹ A leis perfeitas são aquelas que proíbem um comportamento e estipulam nulidade pela sua inobservância, mas sem cominar pena ao infrator.

⁸⁴⁰ Leis menos-que-perfeitas vedam a prática de um ato e, no caso de violação, não anulam o ato em si, mas impõem algum tipo de sanção ou consequência restritiva.

⁸⁴¹ As leis imperfeitas estabelecem uma proibição, sem cominação de nulidade ou de sanção pelo descumprimento.

⁸⁴² REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. pp. 126-127.

⁸⁴³ ULPIANO. **Regras de Ulpiano: Ulpiani Liber Singularis Regularum**. pp. 23-24.

estabelecia a vedação de tal contrato, a nulidade do pactuado e a incidência da filiação sobre a mulher que deu à luz. Assim, consistia em lei mais-que-perfeita, pois, a par da proibição e da nulidade do ato, fixava, como sanção, a parentalidade materna contrariamente à intenção dos infratores. Já a modificação do art. 8º, com a inclusão do seu item 12, por força da Lei n. 25/2016, faz com que esta norma seja classificada como lei perfeita, posto que proíbe a gestação de substituição onerosa ou ao arrepio das regras legais, fulmina o respectivo contrato de nulidade absoluta, mas sem prever, expressa e diretamente, uma penalidade de âmbito civil. Essa abordagem teórica tem relevância na avaliação do tratamento mais adequado das consequências do contrato de gestação eivado de vício insanável, dada a sua repercussão na esfera jurídica dos beneficiários, da gestante, e, especialmente, da criança nascente ou nascida.

Não se pode descurar que, na falta de legislação específica, as nulidades são regidas na forma da legislação civilística geral. No caso de Portugal, é o que se depreende do art. 285º do Código Civil. O art. 286º, diz que a “nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal”. Da leitura do art. 289º, n. 1, do mesmo código, pode-se interpretar que a declaração de nulidade tem efeito retroativo, devendo ser restabelecido o *status quo ante* ou ser o negócio jurídico convertido em perdas e danos, conforme o caso. E, a teor do art. 294º, “os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”.

A Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas leciona que, nos contratos de gestação de substituição, a cominação de nulidade desconsidera a realidade fática havida entre os envolvidos, a qual independe da legalidade ou ilegalidade do ato que lhe originou, a exemplo do possível vínculo genético entre a criança e os beneficiários. Acrescenta que, em consequência da violação à lei, não poderia a criança nascida ou nascente transmutar-se em objeto de sanção, nem ser considerada inexistente ou inválida (BARBAS, 2006, 158).⁸⁴⁴ Cabe destacar que a jurista Stela Barbas, já em 2006, havia sugerido que, no caso de nulidade do contrato de gestação de substituição, fosse atribuída a maternidade à mãe genética, quando beneficiária do procedimento, e, sendo a criança originada de óvulo da “mãe portadora”, uma vez decretada a nulidade do negócio jurídico, a maternidade seria fixada em face desta (BARBAS, 2006, 158-159).⁸⁴⁵

⁸⁴⁴ *Idem.* p. 158.

⁸⁴⁵ *Idem.* pp. 158-159: “Deste modo, a regra de ouro de que mãe é a mulher que gera e tem o parto (número 1 do artigo 1796º), norma aliás comum aos quadros jurídicos da chamada cultura ocidental, teria de ser substituída pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética. A mãe portadora que forneceu o óvulo deve ser considerada a mãe legal. Foi ela que cedeu o material hereditário indispensável àquele nascimento. A individualidade do novo ser ficou definida a partir do momento da combinação entre os genes do pai e da mãe. E, quem é a mãe no caso de tripla maternidade? A mãe genética (a dadora do óvulo)? A mãe uterina (a portadora)? A mãe social (a que cria

Há, também, posicionamento doutrinário no sentido de que, em qualquer situação, dado o superior interesse da criança, a filiação deve ser estabelecida sempre em nome dos beneficiários, e não em “favor” da gestante substituta, a qual, na posição de “mãe forçada” em um projeto parental alheio, pode não se dedicar satisfatoriamente aos cuidados com a criança, ou mesmo abandoná-la, expondo-a a uma situação de risco. Analisa que, embora a gestante substituta possa entregar a criança para adoção, inclusive em favor da pessoa beneficiária, após a sexta semana do parto, isso não é suficiente para acautelar o melhor interesse da criança durante o íterim legal, ou até que se ultimem as providências para tanto necessárias. Assim, entende que a fixação dessa modalidade de maternidade legal, como consequência da nulidade do contrato, visa, tão somente, a punição das partes envolvidas (PINHEIRO, 2016, 205-206).⁸⁴⁶

Deve-se atentar que a declaração de nulidade tem por escopos expurgar o ato viciado do mundo jurídico ou restabelecer o *status quo ante*. Ocorre que, nos contratos de gestação de substituição eivados de ilegalidade, não é possível negar a existência de uma criança nascida ou em vias de nascer. Tampouco pode ser retomado o estado anterior das coisas, sobretudo após o decurso do prazo para que a gestante substituta recorra à interrupção voluntária da gravidez, ou seja, depois de dez semanas de gestação, na forma da Lei n. 16/2007 de Portugal. Aliás, como diz referida lei, essa interrupção de gravidez é ato voluntário, não podendo a gestante ser compelida a tanto pelo particular ou mesmo pelo Estado.

Em regra, tratando-se de ato ou negócio jurídico nulo, o vício pode ser invocado a qualquer tempo, por qualquer interessado, não se convalidando, nem se consolidando pelo tempo. De tal sorte, nos regimes onde haja previsão legal de nulidade absoluta do contrato de gestação de substituição, pode qualquer interessado exercer o direito potestativo de suscitar o vício insanável, sem sujeitar-se a preclusão temporal ou prazo decadencial, o que provoca situações esdrúxulas. A título exemplificativo, uma criança, ou mesmo adulto, nascido mediante emprego de técnica de procriação medicamente assistida, com recurso à sub-rogação gestacional, poderia ter o seu vínculo de filiação desconsiderado e estabelecido em nome de uma gestante substituta, não doadora do óvulo, que lhe é desconhecida, se fosse decretada a nulidade do contrato respectivo. Essa possibilidade gera a instabilidade e a insegurança das relações familiares e dos intervenientes no contrato, afetando a esfera jurídica de todos os envolvidos – pessoa nascida, beneficiários e gestante substituta, o que contraria o princípio da

e educa)? Julgo que se deverá aplicar o critério anterior. A mãe será sempre a que forneceu o elemento biológico fundamental para a determinação do património genético da criança. As mães de aluguer que contribuem, também, com os óvulos têm um papel activo fundamental no desenvolvimento da criança; o futuro do filho é condicionado, desde logo, pelo elemento fertilizante e pela vida intra-uterina”.

⁸⁴⁶ *Idem.* p. 205.

segurança jurídica. Diante disso, a fixação da maternidade em favor da gestante substituta não doadora de ovócito, face à nulidade do contrato de gestação por conta de outrem, não se coaduna com os princípios da justiça reprodutiva, notadamente os da dignidade da pessoa humana, do superior interesse da criança, da liberdade individual e da parentalidade responsável, cabendo ao legislador conferir o tratamento mais adequado à questão, dada a sua natureza sensível.

Nada despidendo salientar que a gestante substituta, *a priori*, não se encontra afetivamente vinculada ao projeto parental no qual fora concebida a criança, não tendo se comprometido com a assunção da filiação desta. Sua concorrência, em regra, é meramente biológica, com ânimo de colaborar com um projeto procriativo, mas sem a intenção de implementar um projeto parental próprio, que envolve o cuidado e a criação de um novo ser humano. Sancionar uma mulher com a imposição dos deveres oriundos da maternidade viola a sua dignidade intrínseca, por lhe retirar a liberdade e a autodeterminação na construção do seu projeto de vida. Tal possibilidade também vulnera a dignidade humana da pessoa ou do casal beneficiário, posto que se verão frustrados diante do fracasso na concretização do seu projeto parental, podendo causar-lhes danos de ordem psíquica, e, para aqueles que tenham fornecido os seus próprios gametas, implicará em alienação de elementos do próprio corpo como medida punitiva, atentando contra a sua integridade física. E, também, mais especialmente, se verifica atentado à dignidade da criança nascida por meio de contrato de gestação de substituição anulado, que será relegada à condição de objeto de sanção, como bem observa a Professora Doutora Stela Barbas, e não como destinatária do afeto dedicado por pais que a desejaram como a essência e fim de um projeto parental. A dignidade da pessoa humana, em relação à criança, ainda é atacada no tocante ao seu direito fundamental à identidade genética, posto que sua filiação será atribuída a pessoa com quem não possui vínculos genéticos, em razão de que a gestante substituta, em princípio, não pode figurar como doadora do ovócito a ser utilizado no mesmo procedimento.

Ademais, a fixação da filiação em decorrência do parto, conforme a regra geral civilística, sem considerar aspectos específicos do caso concreto, não se mostra como a mais protetiva do primordial interesse da criança concebida através de técnica de PMA e gestada com recurso à sub-rogação, posto que será filialmente vinculada a pessoa que não a desejou, que não se comprometeu com os deveres parentais indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, o que pode ser um fator de exposição da criança a riscos sociais, tais como o abandono material e/ou moral. Esse cenário agrava-se quando a nulidade do contrato de gestação de substituição é declarada após longo lapso temporal do nascimento da criança, quando ela já estará ambientada no contexto familiar dos beneficiários e deverá ser submetida

a um processo de desapego compulsório, e, talvez, enfrentar rejeições por parte da gestante substituta e seu eventual núcleo familiar, o que pode lhe causar traumas irreversíveis.

A medida em questão também viola o princípio da parentalidade responsável, pois afeta os interesses, liberdades, direitos e deveres dos envolvidos no processo reprodutivo realizado por meio de gestação de substituição anulada. Quanto aos pretensos beneficiários, têm o seu direito ao livre planejamento familiar obstaculizado, quando não disponham de outros meios para concretizar a parentalidade, senão através da gestação de substituição. E, em relação à gestante substituta, impõe-lhe deveres atinentes à maternidade que não foram por ela expectados, desconsiderando-se suas condições pessoais e materiais de cumpri-los.

Acrescentamos que a maternidade jurídico-punitiva se converte numa sanção civil cruel e perpétua para todos os envolvidos no processo reprodutivo, posto que se traduz na perda de um filho para os pais intencionais, na imposição da obrigação de ser mãe sem o desejar para a gestante substituta e na existência de um filho indesejado, o qual poderá sofrer as piores consequências de um ato para o qual não concorreu. Por isso, temos que cabe ao Estado, para compelir os interessados ao cumprimento da lei, impor, como solução, outra modalidade de sanção civil aos infratores, a exemplo de elevada multa ou de restrição de outros direitos civis, mas que não comprometa a parentalidade responsável e planejada, bem como, e sobretudo, o estado de filiação da criança nascida por intermédio do contrato de gestação em desobediência à lei. Em outras palavras, cumpre à lei regulatória da PMA estabelecer expressamente, como consequência do descumprimento dos seus preceitos, sanções outras, diversas da nulidade do contrato de gestação de substituição, com vistas a não prejudicar a parentalidade e a filiação, afastando-se, como pena, a fixação da maternidade com base no fato biológico do parto.

Importante frisar que o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n. 225/2018, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do n. 12, do art. 8.º, da Lei n. 32/2006, por violação do direito à identidade pessoal da criança, do princípio da segurança jurídica e do dever estatal de proteção da infância, inscritos, respectivamente, nos artigos 26.º, n. 1; 2.º; e 69.º, n. 1; todos da Constituição da República Portuguesa.⁸⁴⁷ Em decorrência disso, no atual regime da procriação medicamente assistida em Portugal, a sanção de nulidade

⁸⁴⁷ Trecho do acórdão: “[...] O regime da nulidade previsto no n.º 12 do artigo 8.º da LPMA, privando de eficácia o contrato de gestação de substituição, afeta a filiação estabelecida nos termos do n.º 7 de tal preceito com base nesse contrato. Suscitam-se, por isso, dúvidas, quanto ao respeito das exigências de segurança jurídica numa matéria tão importante como a da filiação, atenta a invocabilidade a todo o tempo e por qualquer interessado da nulidade. Tais dúvidas estendem-se ainda à questão de saber se, e em que medida, o interesse da criança nascida na sequência de uma gestação de substituição pode ser objeto de ponderação autónoma, em caso de nulidade do pertinente contrato, seja ele gratuito ou oneroso”. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

cominada à gestação de substituição tida como irregular ou ilícita perdeu seu substrato jurídico, devendo o estado de filiação da criança ser estabelecido em relação à mulher ou casal beneficiário, o que, todavia, não afeta a repercussão de eventuais ilícitos em matéria criminal.

5.4 O Estabelecimento da Filiação na Monoparentalidade e na Biparentalidade dos Casais do Mesmo Sexo

Para a doutrina, “beneficiário(a)” é a pessoa ou casal a quem se destina a criança nascida mediante técnicas de PMA, sendo expressão cuidadosamente eleita, pois o vínculo estabelecido pode ou não decorrer de continuidade genética. Na reprodução homóloga, persiste a continuidade, sendo, a pessoa ou o casal beneficiário, os progenitores da criança. Já na procriação heteróloga, a pessoa singular, um ou ambos os membros do casal beneficiário, não fornecem os seus gametas, recorrendo a doadores, havendo continuidade genética parcial (relativa a um dos beneficiários) ou inexistente, com pai/mãe ou pai e mãe de destinação ou sociais (ASCENSÃO, 1998, 980-981)⁸⁴⁸. Em Portugal, o art. 8º, n. 3, da Lei 32/2006, exige o liame genético ao menos com um dos beneficiários no caso de PMA com sub-rogação gestacional. Quando a própria beneficiária gestar a criança, a lei não requer tal vínculo genético, por valorizar a relação biológica e epigenética da gestação levada a cabo por quem idealizou o projeto de parentalidade. Por sua vez, no Brasil, a Resolução CFM n. 2.168/2017 não traz imposição expressa de ligação genética entre a futura criança e beneficiário(s), mesmo em se tratando de uso de técnica de PMA agregada à gestação de substituição.

O modelo tradicional de biparentalidade, que se funda na indispensabilidade das figuras da mãe e do pai para o completo desenvolvimento de uma criança, vem sendo mitigado, na legislação portuguesa, nas hipóteses de adoção homoafetiva e de acesso à PMA por mulheres solteiras e casais de mulheres, bem como na transferência *post-mortem* de embriões. No Brasil, a quebra daquele paradigma com a adoção do pluralismo procriativo provém de construção jurisprudencial e de normatização deontológica da classe médica, sem a positivação legal.

Releva frisar que o estabelecimento da filiação consiste num dos temas mais caros do Direito de Família, estando em contínua construção, de conformidade com os valores predominantes em cada sociedade, em dadas condições espaço-temporais e culturais, devendo levar em consideração o superior interesse da criança (BARBAS, 2008, 31)⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ *Idem.* pp. 980-981.

⁸⁴⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Investigação da Filiação. **Estudos de Direito da Bioética**. p. 31: “O estabelecimento da filiação será sempre objecto de opções fundamentais quanto aos elementos que devem

Luís Archer referia, com base em ponderação ética, que todo ser humano deveria nascer a partir de um ato de amor altruísta, o qual se manifesta tanto na reprodução coital, quanto na não coital, mediante aplicação das técnicas de PMA, onde os investimentos físicos e psíquicos evidenciam que poucos filhos serão tão amados e desejados. Frisava que, “nesta perspectiva, o que passa a ser fundamental é a união entre o amor interpessoal do casal e a procriação, e não necessariamente entre esta e o acto sexual”, concluindo que “a tecnologia reprodutiva fica então inserida no amor conjugal que a motivou, e conotada por ele, permitindo que o amor do casal adquira a expressão procriativa que é significada” (ARCHER, 1995, 514-515)⁸⁵⁰. Todavia, Archer opunha-se ao que denominava “modelo monoparental de família por premeditação”, por entender que o projeto parental de homens e mulheres solteiros é dissociado do amor interpessoal e altruísta, baseado em anseio egoísta ou expressão da individualidade, hábil a projetar nos filhos “uma carga emocional possessiva e objectal”, que nega aos filhos a experiência de ter pai e mãe (ARCHER, 1995, 517-518).⁸⁵¹ O catedrático rejeitava também a extensão da PMA aos casais do mesmo sexo, por entender que representa a perda do fator biológico essencial à maternidade e à paternidade, fulminando a estrutura da instituição familiar. Ponderava que a aceitação da doação de gametas e da gestação de substituição aos casais de sexos diferentes dificulta a argumentação contrária ao acesso dos pares do mesmo sexo àquelas técnicas reprodutivas (ARCHER, 1995, 517).⁸⁵² Neste último ponto, comungamos da opinião de Archer, pois a previsão legal de acesso à PMA, inclusive mediante técnicas heterólogas com recurso à doação de gametas ou gestação de substituição, aos casais de sexos diferentes, às mulheres solteiras e aos casais de mulheres, com denegação aos homens solteiros e aos casais de homens, vulnera a justiça reprodutiva, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação. Na nossa visão, em sua essência, a ideia de Archer de que o sentimento que une um casal e o mobiliza a um projeto procriativo em comum justificaria o acesso às técnicas de PMA, se aplica também aos pares do mesmo sexo. Quanto às pessoas solteiras, a inexistência de parceiro, motivada por inúmeras razões e vicissitudes, não deve ser preconcebidamente interpretada como desamor, inabilidade social ou

servir de base ao parentesco em função de valores e de interesses considerados preponderantes no tempo e no espaço. O primeiro dos quais, o direito da criança, em que a verdade genómica assume um lugar de destaque. Contudo, não pode ser, logicamente, o único dado a ter em conta. O balanço ou a correcta articulação dos valores culturais essenciais de cada sociedade está sempre em permanente construção: não está ainda construído, está-se construindo dia a dia. É, precisamente, aqui que residem as grandes dificuldades para o legislador e para o magistrado que têm que optar e decidir em função dessa prévia escolha. A problemática reside, por vezes, não tanto na opção da filiação *certa* do ponto de vista científico, mas na que se afigura mais desejável para a criança”.

⁸⁵⁰ *Idem.* pp. 514-515.

⁸⁵¹ *Idem.* pp. 517-518.

⁸⁵² *Idem.* p. 517.

egoísmo, nem significa que a criança não será a depositária maior do afeto e dos cuidados de seu pai ou mãe. Ademais, o nascimento decorrente de um ato de amor entre homem e mulher não garante o desenvolvimento da criança num ambiente de contínuo amor, ressaltando-se que, mais importante que nascer do amor entre duas pessoas, é crescer cercado de amor, seja do pai, da mãe, de pai e mãe, de duas mães, de dois pais ou mais figuras.

Jorge Duarte Pinheiro defende a subsidiariedade da PMA, entendendo que não pode ter natureza alternativa - quando o interessado escolhe entre os métodos de reprodução coital ou não coital, o que causaria a “vulgarização do fenômeno reprodutivo” e permitiria a ampliação da “indústria da procriação”, com a mercantilização da concepção, da gestação e da criança nascida. Para ele, a reprodução assistida deve circunscrever-se aos casos de infertilidade ou de esterilidade clínicas (PINHEIRO, 2005, 769-770)⁸⁵³. Entende pelo não cabimento de aplicação da PMA aos casais do mesmo sexo, porque, “na óptica social dominante, é aconselhável que a parentalidade seja exercida por um casal mais padronizado”, uma vez que o superior interesse da criança requer um “ambiente familiar normal”, sendo o estabelecimento legal da filiação assentado na biparentalidade biológica heterossexual, o que impõe maiores exigências ao acesso à PMA do que à adoção (PINHEIRO, 2005, 773).⁸⁵⁴ Mesmo após a alteração legal que passou a permitir o acesso à PMA pelas mulheres solteiras e casais de mulheres, referido autor mantém sua posição contrária a essa vertente do pluralismo procriativo. Salienta que há diferença significativa entre a adoção e a reprodução assistida, pois, na primeira, existe uma criança precisando de pais, e, se ela não tiver pai e mãe, que tenha ao menos um deles, já na PMA a criança não existe, não podendo ser afetados recursos escassos de saúde para atender a um reclame que envolve acirrado debate ético e jurídico e que resultará numa criança que terá apenas um progenitor genético (PINHEIRO, 2016, 773)⁸⁵⁵.

O Professor Doutor José de Oliveira Ascensão diz que, embora a parentalidade seja um impulso positivo e compreensível, está sujeita ao princípio do superior interesse da criança, o qual não autoriza o acesso de pessoas solteiras e de casais do mesmo sexo às técnicas de PMA, posto que não estaria atendido o requisito da biparentalidade. Acresce que “o interesse do novo ser está na integração numa família normal, que é biparental. Isso não acontece no caso em que esse novo ser surja no ambiente desviante do par homossexual, nem no ambiente carente da pessoa sozinha” (ASCENSÃO, 2008, 18)⁸⁵⁶. Considera que as técnicas de PMA não

⁸⁵³ *Idem.* pp. 769-770.

⁸⁵⁴ *Idem.* p. 773.

⁸⁵⁵ *Idem.* pp. 177-178.

⁸⁵⁶ ASCENSÃO; José de Oliveira. O Início da Vida. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume II. p. 18.

consistem apenas em recursos para a superação da infertilidade, mas, em alguns casos, equivalem a tratamento, no entanto, o mesmo raciocínio entende não se aplicar à procriação heteróloga, onde não há tratamento, mas substituição do genitor em potencial (ASCENSÃO, 2009, 26)⁸⁵⁷. Acusa que o incentivo à reivindicação da ampliação do acesso à PMA visa atender, essencialmente, aos interesses do mercado da biomedicina (ASCENSÃO, 2009, 27)⁸⁵⁸.

Guilherme de Oliveira posiciona-se pelo rigor no acesso às tecnologias de PMA, entendendo prejudiciais as filiações monoparentais e homoparentais. Contudo, frisa que o crescimento dos divórcios e das famílias monoparentais e recombinações, bem como o reconhecimento dos direitos reprodutivos, arrefeceram a exigência do modelo de filiação biparental (OLIVEIRA, 2013, 15).⁸⁵⁹ Embora admita que estudos consistentes apontem que a criação em uma família homoafetiva não expõe a risco nem tem consequências nocivas à criança, posiciona-se contrariamente ao acesso dos casais de mesmo sexo às técnicas de PMA, diante do superior interesse do menor em evitar a estigmatização e a discriminação do infante, por contar com duas figuras maternais ou paternais (OLIVEIRA, 2013, 16)⁸⁶⁰.

Setor da doutrina considera que a admissão da parentalidade por casais do mesmo sexo, através de adoção ou de PMA, consiste numa ficção de resultados imprevisíveis sobre a criança, que não consentiu para o ato, faltando legitimidade ao Estado para acolher tal pretensão. Para esse segmento, ter dois pais, ou duas mães, caracteriza desvirtuamento “socialmente ilegítimo” e “tecnicamente abusivo”, um artificialismo que altera e distancia o instituto da filiação da “actual experiência colectiva”. Na PMA, como um casal do mesmo sexo não pode concretizar a concepção por si mesmo, a reprodução biológica efetuada por um dos membros do casal passa a ter “sentido social e cultural determinante”, enquanto que, na adoção, a atuação biológico-procriativa de terceiros é crucial. Nessa ótica, debilitam-se os planos biológico, social e ético da concepção de cada pessoa humana (PEREIRA, 2013, 119-121)⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n. 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume III. p. 26: “Descodificando, temos que a PMA não é apenas técnica de superação de infertilidade; pode ainda justificar-se para ‘tratamento’. Mas como, tratamento? A lei assenta numa larga admissão da procriação heteróloga. A procriação heteróloga é tratamento? Aí não se supera uma situação de doença dum potencial genitor, substitui-se”.

⁸⁵⁸ *Idem*. p. 27: “Isto não nos deve espantar. Basta ter presente que neste domínio se perfilam hoje interesses milionários, como aliás em todo o sector da saúde. O *lobby* da liberalização é muito poderoso e activo e tem entrada franca nos meios políticos e na comunicação social. As preocupações éticas surgem naturalmente como um impecilho à expansão empresarial. Isto explica o carácter ambíguo da lei, que é destinada a permitir muito mais do que aparenta”.

⁸⁵⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. Restrições de acesso à parentalidade. **Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família**. p. 15.

⁸⁶⁰ *Idem*. p. 17.

⁸⁶¹ PEREIRA, Margarida Silva. **Direito da Família: Elementos de Estudo**. pp. 119-121.

Daniel Callahan sustenta a tese de que o uso da PMA para priorizar o vínculo genético, tem contradições como: (1) o liame genético na doação de gametas é tido como irrelevante, não gerando parentalidade entre doador e a futura criança; (2) as mulheres recorrem à doação de esperma para ter uma relação genética com o seu filho; (3) na sub-rogação gestacional, o vínculo biológico entre a gestante e a criança é menos importante; e (4) os casais que recorrem à gestação de substituição visam a ligação genética com seu filho. Acresce que tais contradições são toleradas no afã da obtenção de um filho geneticamente relacionado aos pais, mas “isto não dá garantias de felicidade nem à criança nem aos pais” (CALLAHAN, 2009, 29-30).⁸⁶²

A doutrina francesa salienta que a parentalidade é uma “noção suave”, que desempenha uma função mais simbólica do que técnica, de instrumentalização das instituições civis a serviço de causas políticas que, nem sempre, integram o objeto principal do direito das famílias, que consiste em: (1) prevenção de abusos e delitos; (2) promoção da igualdade ampla (entre pai e mãe, pais e filhos, pais-filhos e terceiros); e (3) a legitimação da liberdade individual dos adultos como pais e cônjuges. Entende que os direitos à liberdade e à igualdade dos pais devem ser protegidos ao máximo, porém o abuso exige vigilância, o que torna necessária e legítima a intervenção estatal nas famílias, posto que a criança, por si mesma, não dispõe de mecanismos defensivos, justificando-se a primazia do interesse do menor (FENOUILLET, 2014, 122).⁸⁶³ A jurista rechaça a tese de que o pluralismo na permissão do casamento, da união civil e da adoção por casais do mesmo sexo impõe a coerência geral do sistema e, daí, o seu acesso ao estabelecimento do vínculo de filiação genética através de PMA. Aduz que são questões distintas: de um lado, a liberdade de um casal adulto organizar um vínculo apenas entre si; de outro, chamar à vida uma criança, que não está em condição de se proteger. Aduz que a filiação se inspira no modelo de geração carnal, que não desapareceu na adoção, onde a criança, em regra, resulta de reprodução coital, e, para afastar a exposição a risco, necessita de uma estrutura familiar que atenda ao seu melhor interesse. Entende que esse fenômeno se difere de dar vida a uma criança. Destaca que a exigência da alteridade sexual é incompatível com o artifício procriativo, pois é do interesse superior da criança a afirmação de sua inscrição genealógica (FENOUILLET, 2014, 275-276)⁸⁶⁴.

A Professora Doutora Stéphane Gerry-Vernières sustenta que a permissão para a adoção por casais do mesmo sexo implica no reconhecimento de uma forma de

⁸⁶² CALLAHAN, Daniel. O Bem Social e o Bem Individual: Aborto e Reprodução Assistida. **A Condição Humana: Ética, Saúde e Interesse Público**. pp. 29-30.

⁸⁶³ FENOUILLET, Dominique. La Parentalité, Nouveau Paradigme de la Famille Contemporaine. **La Famille en Mutation**. p. 122.

⁸⁶⁴ FENOUILLET, Dominique. Propos Introductifs. **La Famille en Mutation**. pp. 275-276.

homoparentalidade, porém, entende que não há articulação entre a filiação biológica e outros tipos de filiação, rejeitando a ideia de que o direito à adoção implicaria, em continuidade lógica, na abertura da assistência médica à procriação. Afirmar que o franqueamento do acesso dos casais do mesmo sexo à PMA significa uma ruptura no corpo de regras do direito da bioética e do direito da família, por duas razões principais: (1) nem sempre as leis que autorizam a homoparentalidade por adoção apresentam bom acabamento, prevendo as medidas cabíveis na hipótese de risco de ineficácia e/ou uso indevido do instituto; e (2) os diferentes meios de acesso à parentalidade (biológica, genética ou social) não apresentam unidade, devendo cada um receber tratamento adequado e específico (GERRY-VERNIÈRES, 2014, 324-328).⁸⁶⁵

Por seu turno, Vera Lúcia Raposo, interpretando a Lei n. 32/2006, diz que a intervenção estatal sobre os direitos reprodutivos dos indivíduos solteiros ou com orientação isossexual depende da forma de reprodução a ser adotada – coital ou não coital, não havendo restrições à primeira, mas dependendo a segunda das escolhas públicas, as quais buscam refletir os valores e a moral da maioria (RAPOSO, 2007, 47-48).⁸⁶⁶ Identifica como principais argumentos de exclusão das pessoas solteiras e dos casais do mesmo sexo: (1) a “preservação da sociedade”, (2) o “melhor interesse da criança” e (3) a “subsidiariedade das técnicas reprodutivas”. Aduz que a preservação de um “determinado protótipo de família” visa manter a estrutura e o modelo de organização familiar que sustenta uma sociedade, que se sente ameaçada pelo novo, pelas “modernidades familiares, potenciadas, diz-se, pela tecnologia, pela promiscuidade e pela queda de valores”. No entanto, a estudiosa afirma que, atualmente, uma sociedade representada por uma única formatação familiar representa uma “construção ultrapassada” e que o modelo nuclear de família não está ameaçado de extinção diante dos

⁸⁶⁵ GERRY-VERNIÈRES, Stéphane. Continué ou Rupture?. **La Famille en Mutation**. pp. 324-328.

⁸⁶⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Em Nome do Pai (... Da Mãe, dos Dois Pais, e das Duas Mães) – Análise do art. 6º da Lei nº 32/2006. **Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. pp. 47-48: “Quando a reprodução resulte de relação sexual qualquer dos sujeitos proscritos pelo art. 6º pode procriar. Então, qual a razão desta diferença de regimes, consoante a reprodução seja natural ou, digamos assim, artificial? A resposta mais óbvia que nos ocorre é a seguinte: entende o Estado que (a reprodução nestas condições, quer a reprodução singular quer a reprodução no seio de um casal do mesmo sexo), em si mesma, não representa um mal, no sentido de conduta que deva ser proibida em termos gerais e absolutos. Todavia, constituiu uma prática desaconselhável para a comunidade no seu todo (quicá invocando aqui argumentos de moral e bons costumes) e particularmente nociva para as crianças assim nascidas, pelo que deve ser reprimida ou, pelo menos, desaconselhada. [...] Por conseguinte, embora o Estado esteja impedido de se imiscuir nas opções reprodutivas dos seus cidadãos quando eles o façam pelas suas próprias vias e recorrendo apenas ao seu corpo (caso contrário teríamos uma clamorosa ingerência na reserva da vida privada das pessoas), esse impedimento já não se aplica quando o Estado seja chamado a auxiliar, de alguma forma, o processo reprodutivo (seja fornecendo meios técnicos de *know-how*, seja disponibilizando recursos económicos) ou simplesmente porque se trata de uma questão que cabe na regulamentação do Estado e para a qual se elaborou uma lei (sendo que hoje em dia o Estado se encontra constitucionalmente obrigado a regulamentar a procriação medicamente assistida, por força do art. 67º/2º e CRP). Neste segundo leque de hipóteses – que configuram situações de recurso às técnicas médico-reprodutivas – já o Estado poderá impedir a concretização de opções que considere de alguma forma perniciosas”.

demais, e, se fosse tão perfeito e acabado, não teriam surgido outras conformações familiares (RAPOSO, 2007, 48).⁸⁶⁷ Para a doutrinadora, a utilização do superior interesse da criança para justificar a negativa de reconhecimento do direito fundamental de ter filhos às pessoas solteiras e aos pares homoafetivos é um contrassenso, pois o bem-estar da criança não poderia justificar a sua própria inexistência (RAPOSO, 2007, 48-50).⁸⁶⁸ A subsidiariedade implica que o acesso à PMA seja autorizado apenas àqueles que apresentem quadro de infertilidade ou risco de transmissão de doenças genéticas, não contemplando a alternatividade das técnicas. Todavia, pondera a autora que a alternatividade do método somente se verifica quando a pessoa interessada possa concretizar a reprodução coital na teoria e na prática, ou seja, quando a procriação natural lhe for possível sem exposição a perigo e sem repulsa. Para as pessoas solteiras, há exposição ao risco de contágio de doenças sexualmente transmissíveis, posto que a gravidez só poderá ser obtida mediante sexo desprotegido, omitindo ao parceiro a intenção reprodutiva, ou, revelando-lhe o motivo, e, assim, podendo solicitar documentos médicos sobre o estado de saúde do parceiro, caso em que o ato dependerá da concordância deste, e, ainda, possibilitará o compartilhamento dos direitos e deveres parentais, e demais reflexos civis. Em

⁸⁶⁷ *Idem.* p. 48.

⁸⁶⁸ *Idem.* pp. 48-50: “O valor usualmente invocado para impedir que determinados sujeitos exerçam o seu direito fundamental a ter filhos é o ‘bem-estar da criança’, com base no argumento de que certas pessoas não estariam aptas para ser bons progenitores. Este raciocínio defronta-se com três ordens de aporias: primeiro, funda-se em motivações mais moralistas do que empíricas, porquanto a ciência ainda não foi capaz de demonstrar que estes sujeitos (os excluídos pelo art. 6º) são incapazes de desempenhar cabalmente o papel parental; depois, porque se assim fosse, e na expectativa de sermos congruentes com o suposto princípio básico da sua incompetência, teríamos igualmente que os impedir de procriar por via natural; finalmente, e obedecendo ainda à regra da congruência, teríamos que avaliar a capacidade de cada potencial progenitor e impedir concomitantemente todos aqueles outros considerados inadequados (alcoólicos, toxicodependentes, psicóticos... e porque não os deficientes?), o que é demasiado aberrante para ser levado a sério. Segundo a doutrina tradicional, o interesse da criança reclama que ela seja gerada e educada numa composição familiar que se arrasta desde tempos remotos: um pai (masculino), uma mãe (feminina), eventualmente irmãos. [...] Deixemos já claro que não partilhamos semelhante conclusão, pela simples razão que ainda não nos foi demonstrado que a paternidade e maternidade singulares ou homossexuais acarretam prejuízos para a sociedade como um todo ou para a concreta criança em particular. Escondido atrás de semelhante restrição encontra-se um preconceito moralista quanto a modos de vida tradicionalmente desviantes. Temos muitas dúvidas quanto ao suposto benefício acrescido que a referida ‘família clássica’ aporta para uma criança. Quando muito, e a existir algum benefício, ele deriva de uma maior aceitação social, argumento este que, conquanto não despidendo, não nos parece suficientemente relevante para denegar um direito. Em contrapartida, em termos de prejuízos psicológicos de afirmação pessoal, nada foi ainda provado quanto a eventuais danos. Pelo menos, não mais do que no que respeita às crianças que derivam de uma família disfuncional, onde as drogas, o álcool ou os maus-tratos abundem. Segundo cremos, aquilo que a criança necessita é de estar rodeada de modelos masculinos e femininos, ainda quando não sejam considerados pela criança como ‘pai’ e ‘mãe’ e, por maioria de razão, ainda que não sejam juridicamente classificados como tal. Até porque este critério do melhor interesse da criança é susceptível de fundamentar um arrazoado inverso: pois qual é o interesse primordial de qualquer pessoa senão a sua vida? Neste sentido, respeitar o melhor interesse da criança seria precisamente dar-lhe vida e, por conseguinte, permitir genericamente qualquer situação onde fosse concedida vida a um novo ser. Este raciocínio suscita-nos alguma perplexidade, pois todo ele se funda num ser meramente hipotético, a criança ainda não nascida e que, porventura, nunca nascerá. [...] Mesmo considerando a vida humana de forma objectiva, enquanto valor objetivo desprovido de vinculação a uma pessoa, cremos que a consideração da vida humana neste particular contexto, para servir de motivação a um comportamento de terceiros, demanda que pelo menos aquela tenha sido já concebida, mesmo que não nascida”.

relação às pessoas com orientação sexual voltada para outras do mesmo sexo, a reprodução coital pode caracterizar violação de um dos elementos básicos de sua livre personalidade: a orientação sexual. Assim, a futura criança nascerá de um ato sexual que é repugnante ao seu genitor. Essas reflexões a autora desenvolve no contexto das pessoas férteis e saudáveis, salientando que, no caso de pessoas solteiras e de homossexuais inférteis, ou que sejam possíveis transmissores de anomalias genéticas, a PMA torna-se necessária, caracterizando a subsidiariedade do método, tanto quanto para os demais beneficiários legais (RAPOSO, 2007, 50)⁸⁶⁹. Por fim, acrescenta a professora que, embora inexista direito absoluto, ilimitado e aberto a qualquer pessoa, tais justificações não são suficientemente persuasivas e consistentes, dos pontos de vista jurídico, científico e ético, para ensejar a limitação de um direito fundamental (à procriação) de uma parcela dos cidadãos (RAPOSO, 2007, 50-51)⁸⁷⁰.

Outros doutrinadores corroboram a ideia de que a alternatividade da procriação medicamente assistida só se caracteriza quando for possível à pessoa interessada reproduzir-se mediante conjunção sexual “sem riscos clínicos ou sem comprometer drasticamente opções básicas de vida”. Submeter alguém à via única da reprodução coital para realizar o seu projeto parental, quando sua orientação sexual é voltada para os iguais, “viola o seu direito fundamental à orientação sexual e, conseqüentemente, vilipendia a sua liberdade e a sua dignidade”. Entendem que inexistente motivação lógica e sólida para excluir os homens solteiros e os casais de homens do elenco de beneficiários da procriação medicamente assistida e da gestação de substituição, restrição a direito fundamental que sempre deve estar fulcrada no interesse público a ela intrinsecamente vinculado (DANTAS e CHAVES, 2017, 142)⁸⁷¹.

O Professor Doutor Stephen Macedo acrescenta que o não reconhecimento dos direitos procriativos e de constituição de família aos casais do mesmo sexo não altera a possibilidade fática de que venham a ter filhos por método reprodutivo coital, o que acarreta graves consequências a todos os membros do grupo familiar (MACEDO, 2015, 68)⁸⁷².

⁸⁶⁹ *Idem.* p. 50.

⁸⁷⁰ *Idem.* pp. 50-51.

⁸⁷¹ *Idem.* p. 142.

⁸⁷² MACEDO, Stephen. **Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy & the Future of Marriage.** p. 68. Texto original: “[...] *Denying rights to same-sex persons will not stop them from having children but will likely degrade their children’s life prospects. Moving speedily toward greater acceptance of same-sex persons and their relationships seems like to decrease the number of people encouraged by circumstances to enter unhappy heterosexual marriages and relationships, in which unplanned for children are one possible consequence. Based on its extensive survey of relevant data, the American Academy of Pediatrics has just concluded that ‘lack of opportunity for same-gender couples to marry adds to families’ stress, which affects the health and welfare of all household members. Because marriage strengthens families and, in so doing, benefits children’s development, children should not be deprived of the opportunity for their parents to be married. [...] Regnerus suggests one inherent disadvantage of gay parenting: because the combined gametes of same-sex couples cannot produce an off-spring, children born to such unions are bound to confront ‘a diminished context of kin altruism’. Studies of*

Conforme doutrina, a intenção de procriar e de constituir família não é exclusiva dos casais de sexos opostos, sendo ínsita ao exercício de direitos de índole fundamental e plural, que não podem ser cerceados em razão da orientação sexual ou do estado civil, caracterizando “a mais cruel das discriminações”, por inviabilizar a realização do projeto pessoal de ter família e filhos a quem dedicar afeto e transmitir ensinamentos (ROSA e CARDIN, 2017, 158)⁸⁷³.

A proibição legal do acesso às técnicas de PMA pelas pessoas solteiras e por casais do mesmo sexo não tem obstado, todavia, que eles busquem outros meios para concretizar sua parentalidade, inclusive através da burla da lei. Podem reproduzir-se de forma não coital através do auxílio de terceiros (doadores de gametas e/ou gestante substituta) com quem não tenham uma união estável, nem pretendam estabelecê-la, mas declarando a existência de uma convivência marital (SILVA e COSTA, 2011, 33)⁸⁷⁴. A lei não evitará essas atitudes, que, desprovidas de transparência e verdade, são perniciosas, não apenas aos envolvidos no processo reprodutivo, como, consequencialmente, a toda a sociedade, pois as vicissitudes enfrentadas no âmbito da célula familiar, repercutem no organismo social como um todo.

Corrente doutrinária argumenta que toda limitação imposta aos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, inclusive em matéria de procriação medicamente assistida, só se legitima diante da necessidade de tutela de outros direitos fundamentais igualmente relevantes e que em face daqueles apresentem conflitos (SILVA e COSTA, 2011, 35)⁸⁷⁵.

adoption, stepfamilies, and cohabitation suggest that this kinship deficit has ‘typically proven to be a risk setting, on average, for raising children when compared with married, biological parenting’. As Saletan points out in response, ‘homosexuals who want to have kids could emulate the biological model by using eggs or sperm from a sibling of the non-biological parent, though the effects of this practice on family dynamics are unknown’. He also points out that same-sex couples have an inherent advantage over straight couples: their sexual acts cannot lead to unplanned pregnancies, so their families must be planned, and planned families are more successful”.

Texto original: “[...] Denegar direitos às pessoas do mesmo sexo não impedirá que elas tenham filhos, mas provavelmente degradará as perspectivas de vida de seus filhos. Mover-se rapidamente para uma maior aceitação de pessoas do mesmo sexo e seus relacionamentos parece diminuir o número de pessoas encorajadas pelas circunstâncias a entrar em casamentos e relacionamentos heterossexuais infelizes, nos quais filhos não planejados são uma consequência possível. Com base em sua extensa pesquisa de dados relevantes, a Academia Americana de Pediatria acaba de concluir que ‘a falta de oportunidade para casais do mesmo gênero se casarem aumenta o estresse das famílias’, o que afeta a saúde e o bem-estar de todos os seus membros. Porque o casamento fortalece as famílias e, assim fazendo-o, beneficia o desenvolvimento das crianças, crianças não devem ser privadas da oportunidade de seus pais serem casados. [...] Regnerus sugere uma desvantagem inerente à homoparentalidade: uma vez que os gametas combinados de casais do mesmo sexo não podem produzir um embrião, as crianças nascidas destas uniões são sujeitas a confrontar ‘um contexto diminuído de altruísmo de parentesco’. Estudos de adoção, famílias recombinadas e coabitação sugerem que esse déficit de parentesco ‘tipicamente provou ser um cenário de risco, em média, para a criação de filhos quando comparados aos pais biológicos casados’. Como Saletan aponta em resposta, ‘homossexuais que querem ter filhos podem imitar o modelo biológico usando óvulos ou esperma de um irmão do pai não biológico, embora os efeitos dessa prática na dinâmica familiar sejam desconhecidos’. Ele também aponta que os casais do mesmo sexo têm uma vantagem inerente aos casais de sexos opostos: seus atos sexuais não podem levar a gravidezes não planejadas; portanto, suas famílias devem ser planejadas e as famílias planejadas têm mais sucesso”.

⁸⁷³ *Idem.* p. 158.

⁸⁷⁴ *Idem.* p. 33.

⁸⁷⁵ *Idem.* p. 35.

Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira sustentam que a subsidiariedade da procriação medicamente assistida, ao exigir diagnóstico de infertilidade, considera esta como patologia tratável através do recurso àquelas técnicas, o que não se coaduna com as hipóteses legalmente admitidas de reprodução artificial heteróloga, onde inexistente tratamento curativo, mas cria-se uma ficção jurídica “assente em última instância num escopo de conotação para-biologista da parentalidade”. À vista disso, entendem que tolher as pessoas solteiras e os casais do mesmo sexo do recurso à PMA e da gestação de substituição implica violação aos princípios da igualdade, da não discriminação e da liberdade pessoal (CORTE-REAL e PEREIRA, 2011, 237).⁸⁷⁶ Para os citados estudiosos, uma vez que a reprodução heteróloga já se caracteriza como construção de uma ficção médico-jurídica em favor das pessoas expressamente referidas em lei como beneficiárias, seria incoerente impedir a extensão do acesso às tecnologias de PMA às pessoas singulares e aos casais do mesmo sexo “sem que o legislador esboce sequer a tentativa de nelas poder vislumbrar a solução para o respectivo exercício do direito a procriar, no respeito pela orientação sexual própria” (CORTE-REAL e PEREIRA, 2011, 258-259)⁸⁷⁷.

Outra teoria defende a abertura da filiação para a paternidade unissexuada como corolária da contratualização dos vínculos familiares, fenômeno resultante do rompimento com o naturalismo, que possibilitou a democratização das famílias, como meio para preservar melhor os direitos e obrigações de cada um dos seus membros (BORRILLO, 2018, 237-241)⁸⁷⁸.

Em Portugal, antes do advento da Lei n. 32/2006, o estabelecimento da filiação decorrente da aplicação das técnicas de PMA, estava regulado pelo art. 1.839º, n. 3, do Código Civil (“não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”). Após a edição daquela lei especial, a constituição da filiação proveniente do recurso à PMA passou a se submeter a regras próprias, distintas das normas gerais dos artigos 1796º e seguintes do referido *codex* (PINHEIRO, 2016, 198)⁸⁷⁹. Atualmente, o estado de filiação proveniente da aplicação das técnicas de PMA deflui do disposto no art. 8º, n. 7; art. 14º, da Lei n. 32/2006; ambos alterados pela Lei n. 25/2016⁸⁸⁰; e art. 20º da mesma

⁸⁷⁶ *Idem.* p. 237.

⁸⁷⁷ *Idem.* pp. 258-259.

⁸⁷⁸ BORRILLO, Daniel. **Direitos Sexuais e Direito de Família em Perspectiva Queer.** pp. 237-241: “A contratualização dos vínculos familiares possibilita deixar nas mãos dos principais interessados a organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural. As novas formas de intimidade – essas novas formas de relação tão apreciadas por Foucault – podem encontrar no marco do contrato uma concretização política. Assim, a vida a dois deixa de se limitar à relação heterossexual, e a filiação abre-se para a paternidade unissexuada. Daí em diante, o que conta é o indivíduo e a sua capacidade de compromisso na vida conjugal e no projeto parental”.

⁸⁷⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo.** p. 198.

⁸⁸⁰ “Artigo 14.º - Consentimento - 1 - Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, devem

Lei n. 32/2006, na redação dada pela Lei n. 17/2016⁸⁸¹; derivando do consentimento livre, esclarecido, expresso e escrito dos beneficiários e da gestante substituta, quando for o caso.

Para Jorge Duarte Pinheiro, sob as luzes da Lei n. 32/2006, tanto na reprodução homóloga, quanto na heteróloga, o ato procriativo, a parentalidade e a correspondente filiação derivam da intenção exteriorizada através do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários. Entende insuficiente a regulação do consentimento na Lei de PMA portuguesa, de modo que sua apreciação deve se socorrer dos princípios informativos de outros negócios jurídicos inerentes às relações familiares, a exemplo do casamento, ou de atos jurídicos não negociais constitutivos da relação de filiação, onde o elemento volitivo tenha relevância, *ex vi* a perfilhação e a adoção (PINHEIRO, 2016, 198)⁸⁸². Considera inequívoco o modo de constituição da filiação na PMA, mas ressalta que tal filiação não possui natureza única, conforme se trate de procriação homóloga ou heteróloga. Na homóloga, a filiação entre a criança e o beneficiário que tenha fornecido as células germinativas é uma relação familiar de parentesco genético. Na reprodução heteróloga, a filiação da criança em relação ao beneficiário que não tenha contribuído com seus gametas consiste numa relação familiar inominada, estabelecida por exclusão, posto não ser uma relação de parentesco biológico ou por adoção, respectivamente, pela ausência de vínculo de consanguinidade e por não se constituir mediante sentença, embora exista uma manifestação de vontade em exercer a parentalidade (PINHEIRO, 2016, 199-200)⁸⁸³. Afirmar ser indiscutível o interesse público na filiação, notadamente em relação à criança, cujos direitos têm primazia, o que justifica até mesmo a abdicação legal do

os beneficiários ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas. 3 - As informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento. 4 - O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA. 5 - O disposto nos números anteriores é aplicável à gestante de substituição nas situações previstas no artigo 8.º. 6 - Nas situações previstas no artigo 8.º, devem os beneficiários e a gestante de substituição ser ainda informados, por escrito, do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal”.

⁸⁸¹ “Artigo 20.º - Determinação da parentalidade - 1 - Se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida previstas na presente lei vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, e no caso de ausência no ato de registo de quem prestou o consentimento, pode ser exibido nesse mesmo ato documento comprovativo de que foi prestado o consentimento nos termos do artigo 14.º, sendo estabelecida a respetiva parentalidade. 3 - Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação. 4 - O estabelecimento da parentalidade pode ser impugnado pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida a técnica de PMA, se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado”.

⁸⁸² *Idem.* p. 198.

⁸⁸³ *Idem.* pp. 199-200.

critério biológico da parentalidade, como nos casos de adoção e de procriação heteróloga. Neste último caso, o autor fala em vínculo de filiação alternativo, pois o beneficiário não forneceu os seus gametas, mas contribuiu para a instauração e realização do processo reprodutivo, através de sua manifestação válida de vontade, culminando na existência e nascimento da criança. Por fim, frisa que é o livre consentimento informado que faz nascer o estado de filiação da criança em relação ao beneficiário em sede de procriação humana assistida (PINHEIRO, 2016, 201)⁸⁸⁴.

Em consequência do exposto, presente o consentimento livre e informado dos envolvidos, a parentalidade e a filiação serão estabelecidas em favor da pessoa ou do casal beneficiário, inclusive em relação ao membro do par que não concorreu com seus gametas, mas que tenha expressado sua anuência ao procedimento. A doutrina pontua que a rejeição, por parte da pessoa beneficiária, da parentalidade e da filiação neste caso, mesmo diante do seu consentimento válido para a instauração do processo procriativo, pode ser caracterizada como abuso de direito, do tipo *venire contra factum proprium* (SILVA e COSTA, 2011, 111)⁸⁸⁵.

Impende mencionar que o fato de uma criança nascer em país estrangeiro, mediante emprego de tecnologias de procriação medicamente assistida e/ou de gestação de substituição, pode repercutir no seu estado de filiação e na sua nacionalidade. O reconhecimento da filiação nessas circunstâncias envolve questão de soberania dos Estados envolvidos, sendo, em regra, definido à luz do direito interno. Países que proíbem a reprodução heteróloga, a gestação de substituição e a homogenitorialidade tendem a não reconhecer o estado de filiação das crianças assim nascidas no exterior, mesmo em se tratando de projetos procriativos dos seus nacionais, o que obsta a aquisição da nacionalidade parental pelos infantes. Caso o nascimento tenha ocorrido em país onde prevaleça o critério do *jus solis*, o infante será considerado seu nacional, independentemente da origem da pessoa ou casal beneficiário. Ao contrário, se a criança nascer em país no qual prepondere o *jus sanguinis*, sendo o(s) beneficiário(s) estrangeiro(s) não residente(s), o neonato poderá não ter a nacionalidade do país de seu nascimento. Nessa segunda hipótese, se o país de origem da pessoa ou casal beneficiário não reconhecer a filiação/parentalidade, recusando à criança a concessão da nacionalidade, a mesma estará sujeita à apatridia, situação combatida pelo já citado art. 7º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Essa questão tem ganhado relevo diante da característica transfronteiriça da PMA e da gestação de substituição no mundo contemporâneo, recomendando-se solução mediante análise casuística e aplicação do princípio do superior interesse da criança.

⁸⁸⁴ *Idem.* p. 201.

⁸⁸⁵ *Idem.* p. 111.

Sobre o registro de nascimento de criança nascida no estrangeiro, o retromencionado Parecer n. 44/CC/2018, do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal⁸⁸⁶, no seu item VII, posicionou-se no sentido de que “os contratos de gestação de substituição validamente celebrados no estrangeiro produzem efeitos em Portugal, no âmbito do estabelecimento da parentalidade no respetivo registro de nascimento”, contanto “que respeitem os princípios estruturantes que presidem à admissibilidade da gestação de substituição no território nacional – artigos 41º e 22º do Código Civil e 8º da Lei n. 32/2006”.

Acerca dos doadores de células germinativas e da gestante substituta, posto que a manifestação de vontade destes se dá apenas no intuito de auxiliar o processo procriativo de terceiros, não havendo intenção de realizar projeto parental próprio, à primeira vista, não há falar em parentalidade e filiação, inexistindo qualquer vínculo civil que imponha obrigações ou direitos afetos à criança, ressalvada eventual comprovação de vício da vontade.

Por fim, como desdobramentos do reconhecimento da parentalidade e da filiação em relação aos beneficiários, além de terem assumido os poderes e deveres decorrentes do vínculo parental com a criança nascida através de procriação medicamente assistida, vislumbramos repercussões nas esferas laboral e securitária, tais como as atinentes ao gozo de licença parental e à percepção de prestações de maternidade ou paternidade. Em se tratando de projeto parental de pessoa solteira, não há maiores questionamentos, pois, se o ordenamento jurídico a que estiver subordinada previr aqueles benefícios, tal pessoa figurará como única titular. No caso de casais do mesmo sexo, entendemos que referidos benefícios devem seguir as regras impostas aos demais casais. Assim, se a legislação de seguridade social estabelecer que a licença e o salário, bônus ou acréscimo parental sejam usufruídos e partilhados entre ambos os membros do casal, pelos períodos definidos em lei ou acordados pelos envolvidos, o mesmo deverá ser observado quanto aos casais do mesmo sexo, mulheres e homens. Na hipótese de a legislação previdenciária aplicável estipular a licença-maternidade e o salário-maternidade apenas para a mulher, seja parturiente ou adotante, em se tratando de casais de mulheres, ambos os benefícios serão concedidos àquela que gestou a criança, ou, na hipótese de recurso à gestação de substituição, o casal deverá indicar quem fruirá a licença e auferirá o salário-gestante, que costuma ser aquela que atuará como principal cuidadora da criança, critério também indicado no caso de pares masculinos.

⁸⁸⁶ Parecer exarado no processo P.º CC.8/2017-STJSR-CC, referente a consultas formuladas pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE) e pelo Gabinete da Secretária de Estado da Justiça, a pedido da Comissão Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). Disponível em https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2018/pareceres-18-32-2018/downloadFile/attachedFile_4_f0/44_CC_2018-CC8_2017_STJSR-CC.pdf?nocache=1546873427.56.

5.5 Pesquisas Científicas sobre o Desenvolvimento Psicossocial dos Filhos e a Dinâmica dos Diversos Tipos Familiares

A partir das transformações culturais, sociais e jurídicas que culminaram na ampliação do reconhecimento do pluralismo em matéria de direitos sexuais, reprodutivos e familiares, a comunidade científica passou a realizar sólidos estudos concernentes à dinâmica das diversificadas estruturas familiares e ao desenvolvimento psicológico e social dos seus filhos.

A evitação de danos psicossociais para o infante criado por pessoa ou casal com orientação sexual voltada para outra do mesmo sexo consiste no principal argumento dos opositores da homoparentalidade, ou seja, a análise da questão está mais sujeita aos domínios da Psicologia do que do Direito. Os oponentes da procriação inclusiva entendem que o fato de ser criada numa família cuja aceitação é controversa na sociedade poderia causar danos à criança, a qual, “independentemente de sua vontade, terá que enfrentar um problema que originariamente não era seu, qual seja, lutar contra os dogmas da sociedade quanto à relação sexual que existe entre os seus pais” (ABREU, 2007, 142).⁸⁸⁷ Cabe comentar, a respeito de tal posicionamento, que a causa de um possível mal à criança, aqui temida, tem origem atitudinal nos membros da sociedade, e não na pessoa ou casal que pretende realizar seu projeto parental, o que demonstra a injustiça da restrição de acesso, pois não figuram os pretensos pais necessariamente como causadores de eventual lesão aos direitos e interesses da criança, no caso.

Já a doutrina de tendência procriativo-pluralista apresenta as seguintes observações quanto à parentalidade em famílias compostas por casais do mesmo sexo: (1) os principais desafios a serem enfrentados decorrem mais da discriminação experienciada do que de fatores internos ao grupo; (2) a melhor formação e desenvolvimento psíquico dos filhos pode demandar apoio profissional para o enfrentamento de experiências sociais desfavoráveis; (3) a habilidade parental isossexual depende mais da aceitação da identidade sexual pelos pais e da forma como lidam com o estresse decorrente do contato com situações discriminatórias; (4) as habilidades parentais e os esforços para proporcionar um desenvolvimento saudável aos filhos independem da orientação sexual dos pais; (5) a manutenção de relações no formato heteronormativo por conveniência, sem assunção da orientação sexual, provoca o distanciamento emocional do pai em relação ao filho; (6) os índices de psicopatologia e desajustes psicológicos são semelhantes entre pais do mesmo sexo e de sexos distintos; (7) mães homossexuais apresentaram maior nível de consciência das necessidades dos filhos, quando comparadas com mães heterossexuais;

⁸⁸⁷ ABREU, Laura Dutra de. Transexualismo: Um Olhar sobre a Cirurgia de Redesignação de Sexo e seus Reflexos Jurídicos. **Estudos sobre o Direito das Pessoas**. p. 142.

(8) não foi detectado menor grau de estabilidade entre os casais masculinos; (9) distribuição igualitária das tarefas de cuidado com a prole foi verificada mais intensamente nos casais de mulheres, tendo elas apresentado maiores recursos psíquicos e atitude maternal; e (10) os casais de pais masculinos demonstraram maior capacidade de solução de problemas, demonstrando preocupação com limites e com a socialização dos filhos (ROSA e CARDIN, 2017, 270-276)⁸⁸⁸. A doutrina faz menção a um conjunto de medidas de suporte ao exercício da parentalidade por casais do mesmo sexo: (1) assumir suas relações conjugais para auxiliar os filhos a não sentirem vergonha em tema de sexualidade, de modo que se refiram à orientação sexual dos pais sem constrangimento ou vergonha; (2) inserir socialmente a criança através de redes de relacionamento com outras crianças também criadas em famílias homoafetivas, com vistas a despertar-lhes maior segurança quanto à orientação sexual dos pais; (3) matricular os filhos em escolas com valores plurais, onde seja aceita a diversidade familiar ou seja comum a presença de pais do mesmo sexo; e (4) promover a formalização do vínculo jurídico paterno-filial em relação a ambos os pais, de modo a assegurar os direitos do infante (ROSA e CARDIN, 2017, 274-276)⁸⁸⁹. A mesma doutrina tece relevantes considerações acerca do desenvolvimento psíquico da criança criada numa família homogenitorial (ROSA e CARDIN, 2017, 258-276)⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ *Idem.* pp. 270-276.

⁸⁸⁹ *Idem.* pp. 274-276.

⁸⁹⁰ *Idem.* pp. 258-276: “Essa resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa ideia de que são relações promíscuas e que não oferecem um ambiente saudável para o bom desenvolvimento de uma criança, alegando-se também, a falta de referências comportamentais que pode acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho. [...] O papel materno é identificado socioculturalmente, possuindo resquícios do patriarcalismo, sendo assim, mãe é a responsável exclusiva por dar luz, alimentar, educar e criar os filhos, há nela a figura de guardiã e provedora dos filhos. No entanto, segundo uma orientação lacaniana, o exercício da função materna não precisa necessariamente da presença da mãe biológica, visto que, apesar da mãe biológica ser única e insubstituível, o exercício da função materna poderá ser realizado por outrem. Em geral há a junção do papel materno com a função materna, mas caso haja a falta da mãe biológica para o exercício da função materna, outra pessoa poderá exercê-la preservando-a. [...] A função paterna oferece o valor que dimensiona e estabiliza o desenvolvimento da criança, é ela que possibilita a instalação do complexo de Édipo e de castração, estabelecida no lugar do pai como representante do desejo da mãe. É isso que permitirá que a criança entre no seu primeiro laço de convívio social, que é a família. O convívio da criança com o pai, tios, avós, primos, estabelece uma rede de relações necessária à constituição do Édipo, que compõe a base para a referência identificatória na formação de uma pessoa. Nessa rede de relações a pessoa encontra elementos que orientarão a sua posição referente ao próprio sexo biológico e sua relação com o outro e com a sociedade. Caso isso não ocorra, pode levá-la a alienação isolacionista, fruto da marginalidade. Por outro lado, apesar de estar em declínio, a função paterna ainda hoje está relacionada à ideia de provedor, disciplinador e de autoridade, mesmo que de forma menos exclusiva e intensa. Há, atualmente na sociedade, uma subversão dos papéis sociais exercidos tanto pelos homens quanto pelas mulheres, o pai passa a ter um papel de suporte e apoio na educação da criança, uma maior responsabilidade nos cuidados do dia a dia, mas não é dele o papel principal na formação da prole. Outrossim, tem-se na função materna a imprescindibilidade para o bom desenvolvimento da criança, visto que é nela que estão os cuidados básicos e a alimentação, bem como, a função de investimento libidinal e simbólico e de humanização. Assim, tanto um casal homoafetivo masculino quanto feminino sempre deverá existir aquele que realizará essa função materna, ou seja, o papel de ‘outro primordial’. [...] Ademais, no exercício da função materna psicanalistas franceses e o próprio Lacan afirmaram que o sexo e o gênero do sujeito que a exerce não é preponderante, pois as funções parentais, para a psicanálise, não referem-se diretamente à pessoa, mas a uma operacionalização e efetividade relacionados a lugares simbólicos que o sujeito pode ocupar diante da criança. Destaca-se também, algumas teorias trazidas

O Professor Doutor Robert. J. Edelman, da Escola de Psicologia e Estudos Terapêuticos da Universidade de Surrey, Roehampton, Londres, divulgou no *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, em 2004, a pesquisa denominada “*Surrogacy: the*

pela psicanálise para explicar a relação existente entre pais e filhos. A teoria do apego é uma que tem relevância, pois visa a estabelecer a importância para o desenvolvimento da criança por meio do vínculo que criará com a figura do apego. Para John Bowlby o apego é o vínculo no qual o senso de segurança de alguém está estreitamente ligado à figura de apego, ou seja, no relacionamento com a figura de apego, a segurança e o conforto são experimentados na sua presença, permitindo uma ‘base segura’, a partir da qual poderá se explorar o resto do mundo. Já o apego-cuidado é um tipo de vínculo social baseado no relacionamento complementar entre pais e filhos, pois o apego tem sua própria motivação interna, distinta da alimentação e do sexo, como já postulado pela teoria freudiana, e de igual importância para a sobrevivência. [...] Há uma diferença importante entre apego e comportamento de apego, pois, enquanto esse pode ser demonstrado a vários indivíduos, aquele é duradouro e restrito a poucos. [...] É oportuno esclarecer que esse desenvolvimento adequado da psique e da personalidade da criança está relacionado à figura da mãe, não se referindo ao sexo ou à orientação sexual dela, simplesmente demonstrando a importância do papel materno no desenvolvimento do infante, ou seja, da função exercida por ela. [...] Do ponto de vista analítico, na constituição do psiquismo do sujeito é necessária uma disposição psíquica do cuidador, podendo esse ser de qualquer sexo ou orientação sexual, desde que possa identificar as necessidades e demandas da criança dando-lhe recursos para que acesse momentos de angústia e desamparo. [...] Essa criança não faz a diferenciação das funções parentais pelo sexo, mas sim na relação intersubjetiva que tem com cada pessoa que forma o casal, realizando uma distinção das funções simbólicas. Desse modo, com relação a dupla maternidade ou paternidade o principal argumento contrário é que as crianças necessitam de um ‘ambiente propício ao desenvolvimento de suas potencialidades enquanto seres humanos, o que somente poderia ser garantido numa família biparental. Em sentido contrário, Daniel Borillo explica que o importante para o desenvolvimento da criança é o exercício da função paterna e materna, independente de um referencial tradicionalista de um pai e uma mãe que esteja relacionado ao sexo dos mesmos. Nessa acepção, ainda que a criança venha a necessitar de uma figura de um pai ou de uma mãe, ela poderá encontrar em outros parentes que poderão exercer esse papel. O importante é o exercício da função parental, independente dos papéis maternos ou paternos que são predefinidos, mesmo porque essas funções independem da orientação sexual dos pais. Da mesma forma que existem mães que são pai e mãe, existem pais que são mãe e pai, portanto, não se deve diferenciar, mas sim buscar o sentido do que é pai e mãe para as crianças, valoriza-se a função paternal, desprivilegiando a designação sexual dos papéis familiares. Busca-se, nesse sentido, uma hermafroditização de um direito em que haverá a substituição de expressões como ‘marido e mulher’ e ‘pai e mãe’ por ‘cônjuges’ e ‘pais’, apoiando a construção de que a conjugalidade e a parentalidade constituem juridicamente uma função, no sentido de ser uma imputação normativa que abrange direitos e deveres. [...] Sobretudo, não se pode afirmar que um casal homoafetivo anula a diferença entre os sexos, visto que ela existe tanto na cultura como na sociedade. Ademais, essa criança realizará uma interação com outros sexos, portanto, pais homossexuais não influenciam os filhos em relação a sua orientação sexual. O medo de que casais homoafetivos tendem a influenciar na identidade sexual do filho em decorrência de que os seus modelos de inspiração não apresentam diferença de sexo, pois há somente um tipo de identificação sexual, não pode proceder, pois representam uma mentalidade cercada de preconceito, visto que as identidades não são formadas somente dessa forma, mas também por meio do contato com diversos e distintos aspectos socioculturais, como a relação com os demais familiares, com os professores, com os pares, com a mídia, dentre outros. Não obstante, se assim fosse, os homossexuais não adviriam de um relacionamento heterossexual. [...] Quanto ao desenvolvimento da prole, pesquisas indicam que os filhos criados por casais homoafetivos possuem o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo dos advindos de famílias heterossexuais. Deve-se observar se esse casal proporciona à criança um ambiente familiar adequado ou se é capaz de oferecer amor, possibilitando assim um desenvolvimento saudável e feliz. [...] Já com relação ao desenvolvimento psicossocial da identidade de gênero e identidade sexual, a filiação homossexual não apresentou nenhuma alteração com relação aos padrões heterossexuais. [...] Lídia Weber trata em sua obra de várias pesquisas americanas e retrata que não há evidência de que há diferença no tratamento e desenvolvimento de crianças oriundas de famílias homoparentais, muito pelo contrário, a maioria ressalta a importância da qualidade de atenção destinada à criança e do ambiente familiar favorável, esses aspectos independem do sexo dos membros familiares. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não tem registrado a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos dessa criança. São dados que dispõem de confiabilidade e a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica repleta de preconceito”.

Psychological Issues”⁸⁹¹, que discutiu os fatores de estresse associados à gestação de substituição, atitudes em relação à prática, os motivos do casal de beneficiários e questões atinentes ao seu relacionamento, a abdicação da gestante substituta e a entrega da criança aos beneficiários, o desenvolvimento subsequente da criança e o que é informado à criança acerca de sua origem. A pesquisa constatou que, a despeito da experiência de infertilidade causar angústia na pessoa ou casal interessado, geralmente aqueles que buscam o tratamento são bem ajustados psicologicamente, e, quanto maior o período de tempo na busca de resolução dos seus problemas procriativos, mais se fortalece seu relacionamento marital. Para os beneficiários consiste em fator estressante a busca de uma gestante substituta compatível. Quanto às reações atitudinais sobre a prática de sub-rogação, as mulheres que figuraram como gestantes substitutas se referiram à ambivalência e potencial hostilidade que outras pessoas demonstram sobre os contratos de gestação de substituição. A pesquisa ilustra que precedentes estudos demonstraram uma visão negativa de tal recurso: (1) um levantamento realizado no Canadá, envolvendo mais de 5.000 (cinco mil) mulheres em idade fértil, aferiu que três quartos delas reprovavam a gestação de substituição onerosa (Krishnan, 1994); (2) outro estudo com mais de 400 (quatrocentas) pessoas selecionadas aleatoriamente nos Estados Unidos da América verificou que a maioria também reprovou a gestação de aluguel (Wiess, 1992). Edelman constatou que o altruísmo consiste no primeiro fator de motivação reportado pela maioria das mulheres que atuam como gestantes substitutas e muitas também percebem no ato uma forma de obter um senso de valor e reconhecimento. Para os beneficiários, a motivação mais forte é o desejo de continuidade da família com vínculo genético. O estudo apurou que alguns contratos de gestação de substituição são engendrados entre amigos ou membros da família, mas a maioria envolve pessoas estranhas entre si. O relacionamento entre os beneficiários e a gestante não costuma ser de amizade comum, mas uma conexão intrinsecamente estabelecida em função das suas opiniões sobre o bem-estar da criança gestada. A investigação encontrou evidências de que as gestantes substitutas exibem menor vinculação ao feto do que as gestantes do próprio filho, sendo verificado aproximadamente 4 (quatro) a 5% (cinco por cento) de casos de desistência de entregar a criança (Brazier *et al*, 1998). Salienta, contudo, que, dada a remota época de tal pesquisa e o baixo número de gestações de substituição aferidos, tais dados devem ser tomados com temperança, sendo desconhecido o quantitativo de mudanças de opinião e recusa por parte das gestantes em entregar as crianças, ao tempo da pesquisa de Edelman.

⁸⁹¹ EDELMANN, R.J. Surrogacy: the psychological issues. **Journal of Reproductive and Infant Psychology**. pp. 123-136. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0264683042000205981?src=recsys>.

Algumas gestantes substitutas informam seus próprios filhos dos seus planos em atuar na sub-rogação, quando os consideram com idade suficiente para entender, sendo sugerido que a gestação de substituição pode engendrar ansiedades nessas crianças, embora não haja dados pertinentes a esta possibilidade. Quanto às crianças nascidas através de gestação de substituição, a pesquisa observou tendência positiva em termos de ajuste e desenvolvimento, não havendo dados que deem sustentação à preocupação científica de que tais crianças apresentem sentimento de inadequação. O estudo revelou preocupação com a manutenção de sigilo à criança sobre a forma como se deu seu nascimento, considerando que os segredos consistem nas forças mais perniciosas e destrutivas de uma família. Em relação à adoção, a verdade exposta ao adotado se mostrou benéfica, tudo dependendo da forma e do momento da revelação, sendo útil o aconselhamento profissional adequado (EDELMANN, 2000).

Estudos apontam que, enquanto na década de 1970 o número de famílias monoparentais nos Estados Unidos e no Reino Unido totalizava menos de 10% (dez por cento), nos últimos anos esse número evoluiu para cerca de 30% (trinta por cento) de famílias compostas por pais ou mães singulares, sendo a larga maioria de mulheres. Pesquisa realizada em Londres, publicada no ano de 2016, avaliou o relacionamento materno-filial e o ajuste psicológico das denominadas “mães solteiras por escolha” ou “mães-solo”, assim consideradas as mulheres solteiras heterossexuais, na faixa etária entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos, com elevado grau de escolaridade e bem posicionadas profissionalmente, que decidiram ter filhos sozinhas, mediante inseminação e doação de gametas masculinos. Segundo o estudo, (1) os filhos de mães solteiras por opção não são expostos aos conflitos conjugais, dificuldades financeiras e problemas psicológicos maternos provenientes da separação/divórcio e de uma gravidez não planejada; (2) tais filhos experimentam os mesmos níveis de qualidade parental, em comparação às crianças nascidas no tradicional modelo de família nuclear; (3) não há diferença entre os dois modelos familiares comparados, ambos apresentando os mesmos níveis de afeto e interação; (4) constatada reduzida frequência de conflitos entre filhos e mães solteiras por opção do que em famílias compostas por pai e mãe; (5) os dois tipos familiares apresentam níveis semelhantes de ansiedade, depressão e estresse associado à parentalidade; (6) não foram apontadas distinções quanto aos problemas de ordem emocional e comportamental nos relatórios preenchidos pelas mães e professores das crianças; (7) os dados referentes a desordens psiquiátricas foram aproximados entre as duas estruturas familiares analisadas; e (8) as dificuldades financeiras, estresse parental e problemas de ajuste infantil operam de forma similar nos dois tipos de famílias. O estudo concluiu que a monoparentalidade materna não apresenta consequências negativas para o desenvolvimento psicológico da criança, posto que

esta foi planejada e extremamente desejada. De outra parte, a referida pesquisa ponderou que o filho gerado a partir de doação de gametas tende a, quando atingir maior maturidade, desejar descobrir sua genitorialidade paterna (GOLOMBOK *et al*, 2016)⁸⁹².

Uma das pioneiras nas pesquisas sobre o impacto das uniões entre pessoas do mesmo sexo no desenvolvimento da prole, realizadas desde a década de 1980, Charlotte J. Patterson, do Departamento de Psicologia da Universidade da Virgínia, Estados Unidos, pondera que não há evidências de que a orientação sexual dos pais tenha um relevante papel no desenvolvimento da criança ou do adolescente. Considera que a orientação sexual dos pais é menos importante que a qualidade das relações familiares, que se estabelecem na interação diária e na força dos relacionamentos. Nesse estudo, realizado em 2006, não se constatou diferenças significativas entre adolescentes criados por casal do mesmo sexo e aqueles criados numa família de modelo heteronormativo, no que tange à autorreferência de bem-estar psicológico (autoestima e ansiedade), resultados escolares (médias das notas e problemas na escola) e suporte familiar (afeto e cuidados dos pais, adultos e colegas). Também não identificou distinções relevantes na autodeclaração de uso de substâncias, delinquência ou vitimização (PATTERSON, 2006)⁸⁹³.

Um estudo realizado por Mark Regnerus, do Departamento de Sociologia da Universidade do Texas, ouviu adultos que chegaram à maioridade de 18 anos entre 1990 e 2011, em amostra aleatória nacional, oriundos de famílias onde o pai, ou mãe, ou ambos, tiveram relacionamentos com pessoas do mesmo sexo. As pessoas pesquisadas relataram altos níveis de instabilidade familiar durante o seu crescimento, e, na vida adulta, foi aferida a ocorrência de fenômeno semelhante, com elevado grau de desemprego, instabilidade dos seus relacionamentos pessoais e problemas de ordem psiquiátrica ou psicológica. A pesquisa referiu ter sido o tipo familiar alvo de discriminação pela orientação sexual dos pais, mais por força de outros membros da família, e menos da sociedade em geral. Regnerus observou que essas pessoas foram originadas de famílias nucleares falidas, de minorias raciais, e não de famílias isossexuais planejadas, residentes em locais mais conservadores do país, onde é incomum a ostentação de comportamento homossexual, pertencendo, portanto, a grupos familiares expostos a uma conjuntura adversa e com escasso suporte social. O estudo concluiu que, seja qual for a formatação familiar, os desafios são os mesmos, sendo a harmonia e a estabilidade

⁸⁹² GOLOMBOK, Susan; ZADEH, Sophie; IMRIE, Susan; SMITH, Venessa; e FREEMAN, Tabitha. Single Mothers by Choice: Mother-Child Relationships and Children's Psychological Adjustment. **Journal of Family Psychology**. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4886836/>.

⁸⁹³ PATTERSON, Charlotte J. Children of Lesbian and Gay Parents. **Current Directions in Psychological Science**. Disponível em <http://web.missouri.edu/~segerti/2210/gayparents.pdf>.

nas relações familiares elementos indispensáveis ao bem-estar e ao integral desenvolvimento da prole (MACEDO, 2015, 67-68)⁸⁹⁴.

Em outra pesquisa, envolvendo casais femininos, efetuada em 2016, relatada em artigo publicado no *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, dos Estados Unidos, foi constatado que as crianças criadas em famílias de pais do mesmo sexo apresentavam nível de bem-estar e de comportamento problemático equivalente às criadas em famílias heterossexuais, destacando que o ajuste psicossocial das crianças está associado mais à qualidade dos pais do que à orientação sexual dos mesmos. Referida pesquisa, utilizando-se de dados do *National Survey of Children's Health (NSCH)* – Pesquisa de Dados de Saúde da Criança, avaliou que não foram observadas diferenças significativas entre o tipo de família e as relações familiares, ou o tipo de família e o estresse parental para os resultados da criança. Entretanto, salientou que os agregados familiares de pais do mesmo sexo tiveram uma pontuação mais elevada no nível de exposição ao estresse dos pais, necessitando de mais pesquisas para apurar a fonte do estresse constatado. Concluiu que não houve diferença nos resultados dos filhos de casais do mesmo sexo, no tocante à saúde em geral, ajuste emocional, habilidades de enfrentamento e resultados educacionais, comparativamente aos filhos de casais de sexos distintos, mesmo com o maior grau de estresse que afeta os pais do mesmo sexo (BOS *et al*, 2016)⁸⁹⁵.

Pesquisadores sugerem que o grau de estresse verificado nos casais femininos, quando comparados com casais de sexos diferentes, nos Estados Unidos, pode ser consequência da preocupação em criar filho numa sociedade homofóbica, notadamente levando-se em consideração que, apenas a partir de 26.06.2015, a Suprema Corte Americana reconheceu, no âmbito federal, o direito de casamento aos casais do mesmo sexo, posto que, previamente, as leis que admitiam a conjugalidade e a parentalidade envolvendo pessoas do mesmo sexo tinham tratamento diferenciado no âmbito dos estados da federação. Uma vez que a pesquisa comentada foi elaborada em 2016, com base em dados coletados antes de prolatada a decisão pela Suprema Corte, é esperado que os futuros estudos apresentem em menor grau as consequências da estigmatização experimentada pelos pais do mesmo sexo. Assim, há recomendação de que devam ser examinadas todas as possíveis fontes de estresse, tais como divisão de tarefas entre pares do mesmo sexo e os casais heterossexuais, o reconhecimento marital, condição de emprego e renda. A análise aponta que parcela significativa dos casais de

⁸⁹⁴ MACEDO, Stephen. **Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy & the Future of Marriage**. pp. 67-68.

⁸⁹⁵ BOS, H. M.; KNOX, J.; GELDEREN, L. van Rijn-van; e GARTRELL, N. K. Same-Sex and Different-Sex Parent Households and Child Health Outcomes: Findings from the National Survey of Children's Health. **Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics**. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6309949/pdf/nihms-996163.pdf>.

lésbicas possuem dupla renda, enquanto que, dentre os casais heterossexuais, 60% (sessenta por cento) têm duas rendas e em 31% (trinta e um por cento) apenas o homem é empregado. Acrescenta que as mulheres lésbicas trabalham mais horas por dia do que as mulheres heterossexuais, pois não contam com o salário masculino, tendo dupla jornada, no trabalho e nas lides domésticas. Com isso, segundo a análise, os pares femininos encontram maiores dificuldades em conciliar as tarefas profissionais e os cuidados com a prole, conforme o modelo tradicional, aumentando o estresse ao cumular os papéis de provedoras e de mães. Ao final, pontua que os fatores estressantes que afetam os casais de mulheres vão além da estigmatização homossexual, devendo ser objeto de futuros estudos conjunturais, o que é relevante para a proposição das políticas públicas adequadas e pertinentes (ROSSI, 2018)⁸⁹⁶.

Uma outra pesquisa científica, realizada na Itália, pelo Departamento de Desenvolvimento e Psicologia Social da Faculdade de Medicina e Psicologia da Universidade Sapienza de Roma, investigou grupos de 70 (setenta) pais *gays* que tiveram filhos biológicos através de gestação de substituição, 125 (cento e vinte e cinco) mães lésbicas que procriaram mediante doação de sêmen e 195 (cento e noventa e cinco) pais heterossexuais com filhos espontaneamente concebidos, todos com crianças entre 3 (três) e 11 (onze) anos de idade. Foi procedida a análise comparativa das crianças de cada grupo em relação a fatores como ajuste psicológico e sociabilidade, bem como a autoeficácia dos pais, o ajustamento diádico e a coesão familiar. Também foi investigada a ligação entre estruturas familiares, processos familiares e resultados de saúde infantil. O estudo em comento destacou que, na Itália, em 2006, cerca de 100.000 (cem mil) crianças tinham, ao menos, um pai *gay* ou mãe lésbica, embora naquele país a legislação vede o acesso de homossexuais masculinos e femininos à PMA, situação na qual eles realizam o seu projeto parental internacionalmente. Referida pesquisa constatou que os casais homoafetivos masculinos apresentaram maior idade e mais elevados graus de escolaridade e posição socioeconômica, com relacionamentos mais duradouros, quando comparados às mães lésbicas e aos casais heterossexuais, o que revela tendência a melhores resultados para pais e filhos e se explica pelo alto custo e complexo procedimento para a concretização do projeto parental mediante gestação de substituição. A pesquisa apurou que, nas famílias com pais heterossexuais, a mãe, em regra, figurou como a pessoa mais envolvida nos cuidados com as crianças. Evidenciou níveis mais elevados de auto-organização e de ajuste

⁸⁹⁶ ROSSI, Nicole E. Commentary on Same-Sex and Different-Sex Parent Households and Child Health Outcomes: Additional Sources of Same-Sex Parenting Stress to Consider. **Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics**. Disponível em https://journals.lww.com/jrnldb/Citation/2018/02000/Commentary_on_Same_Sex_and_Different_Sex_Parent.12.aspx.

diádico entre casais do mesmo sexo, igualmente entre pares masculinos e femininos. Os casais masculinos apresentaram maior grau de flexibilidade que os pares femininos, não havendo diferença entre estes e os casais de sexo diferente. Em termos de coesão familiar, os três grupos apresentaram diferentes resultados, em ordem decrescente, para pais *gays*, mães lésbicas e pais heterossexuais. Maiores dificuldades experimentadas pelas crianças foram reportadas pelos pais heterossexuais, do que pelos pais do mesmo sexo. Por outro lado, a pesquisa referiu que as crianças pertencentes a cada um dos grupos apresentaram diferentes experiências de vida, uma vez que os filhos de casais do mesmo sexo podem enfrentar *bullying*, agressões diretas e explícitas, mas também indiretas, decorrentes de sua composição familiar, sendo os desafios mais gravosos enfrentados pelos filhos de casais homoafetivos masculinos, em razão da gestação de substituição, tida como a mais controvertida das técnicas de PMA, bem como por ainda ser a paternidade uma escolha incomum para homens com orientação voltada a pessoas do mesmo sexo, por alguns considerados como inaptos à constituição de família. Os resultados apontaram que as crianças oriundas de pais de mesmo sexo apresentaram bons índices de ajuste psicológico e sociabilidade, o que, segundo os pesquisadores, serve como advertência aos formuladores de políticas públicas, para que evitem suposições fundadas na orientação sexual quando da definição das pessoas adequadas à parentalidade e dos beneficiários dos tratamentos de PMA, posto que a homoparentalidade não se demonstrou como um fator de risco, por si mesma, à saúde dos filhos. Os cientistas voltaram a mesma observação aos profissionais de saúde, para que, ao se depararem com problemas envolvendo filhos havidos em famílias do mesmo sexo, não cedam à tendência de relacioná-los à orientação sexual dos pais. Diante da forte rejeição social e política ao reconhecimento do direito à homogenitorialidade na Itália, os pesquisadores sugeriram a prestação de apoio psicológico aos pais *gays* e mães lésbicas que realizaram os procedimentos de PMA no estrangeiro e a oferta de programas educacionais e de conscientização da sociedade sobre os desafios e especificidades das formatações familiares emergentes, visando proporcionar-lhes maior bem-estar (BAIOCCO *et al*, 2018)⁸⁹⁷.

Os mesmos pesquisadores sinalizaram que os futuros estudos deverão ser baseados em: (1) coleta de dados junto aos filhos nascidos em estruturas familiares não tradicionais e aqueles nascidos em casais heterossexuais a partir de gestação de substituição ou doação de gametas, para avaliar a sua experiência, sentimentos e percepção de sua origem, com a

⁸⁹⁷ BAIOSCO, Roberto; CARONE, Nicola; IOVERNO, Salvatore; LINGIARDI, Vittorio. Same-Sex and Different-Sex Parent Families in Italy: Is Parents' Sexual Orientation Associated with Child Health Outcomes and Parental Dimensions? **Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics**. Disponível em https://web.uniroma1.it/neuroscienzeapienza/article_detail/6936.

correlação entre o seu método de concepção e a orientação sexual de seus pais; e (2) informações fornecidas por avaliadores de ajustes de crianças, a exemplo de profissionais da educação, de modo a evitar as limitações dos questionários na forma de autorrelatos dos pais, que podem não ser dotados de ferramentas suficientes para a compreensão de todos os aspectos da saúde e do comportamento dos filhos, e, ainda, ser afetados pela eventualidade de respostas socialmente almejadas (BAIOCCO *et al*, 2018)⁸⁹⁸.

Pesquisa efetuada no Reino Unido, Holanda e França, publicada em 2017, comparou o total de 38 (trinta e oito) famílias formadas por casais homoparentais masculinos, que tiveram filhos mediante sub-rogação de gestação; 61 (sessenta e um) pares femininos, que recorreram à doação de gametas; e 41 (quarenta e um) casais heterossexuais, beneficiários de técnicas de procriação medicamente assistida (modalidade FIV). No Reino Unido, o pluralismo amplo permite a todas as pessoas solteiras e casais o acesso às técnicas de PMA e à gestação de substituição gratuita. Na Holanda, tal faculdade é conferida aos casais de lésbicas. Já na França, a gestação por sub-rogação é ilegal e os casais de lésbicas não figuram dentre os beneficiários da PMA. Os achados da pesquisa foram reportados de modo a encorajar os legisladores de Holanda e França a mudar suas leis e afastar as barreiras impeditivas dos casais isossexuais realizarem o seu projeto parental, inclusive através da gestação de substituição. Os pais consultados na pesquisa narraram baixos níveis de estresse parental, ansiedade e depressão, independentemente do tipo familiar ou do exercício do papel de cuidador. Todos referiram satisfação com seus relacionamentos íntimos. Não foram identificados efeitos significativos relacionados ao modelo familiar ou ao papel de cuidador. Menor incidência de depressão foi encontrada nos casais masculinos. Em virtude de que todos os casais encontraram dificuldades na concretização do seu projeto parental, relataram que, com a remoção do obstáculo, experimentaram alto grau de bem-estar, inclusive não estabeleceram diferença entre cuidadores primários e secundários, estando ambos os membros envolvidos nos cuidados com a prole. Conforme a pesquisa, tornar realidade o projeto parental representa, para os casais do mesmo sexo, um triunfo sobre a ideia de que não são capazes de se tornar pais e mães, o que influencia positivamente o seu ajuste psicológico, e, para alguns deles, significa a adequação aos padrões heteronormativos, com reforço do senso de pertencimento, aceitação social e suporte de amigos e familiares, o que promove a melhoria da sua autoestima e bem-estar. Foi constatado que os casais homoafetivos masculinos que têm filhos mediante gestação por sub-rogação dividem as tarefas domésticas e cuidados com a criança mais que os casais heterossexuais. Ao final, foi

⁸⁹⁸ *Idem*.

sugerido que os países envolvidos no estudo fomentem as organizações profissionais de obstetras e ginecologistas a recomendar que os pedidos de acesso à PMA sejam admitidos, independentemente da orientação sexual dos interessados, assim como dispuseram a Lei de Fertilização Humana e Embriologia do Reino Unido e o Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva, no ano de 2008 (GELDEREN, 2017)⁸⁹⁹.

E, por outro lado, em 2019, no Congresso Científico e Exposição da Sociedade Americana para Medicina Reprodutiva, foi apresentado estudo sobre as famílias das gestantes de substituição, onde constatou-se que a maioria dos seus filhos narra emoções positivas sobre a experiência de sub-rogação gestacional de suas mães, revelando sentimentos como excitação, curiosidade, surpresa e orgulho, sendo que 74% (setenta e quatro por cento) de um total de 23 (vinte e três) crianças ouvidas disseram que a experiência teve em suas vidas um impacto positivo. As crianças acompanhadas apresentaram pontuação dentro dos valores normais para ajuste comportamental, liberdade de ansiedade e felicidade em geral. As famílias das gestantes substitutas objeto do estudo mostraram como ponto forte o envolvimento e o apoio entre os membros do grupo familiar e congruência de valores, e, como ponto fraco, a indefinição de papéis familiares e dificuldade nas estratégias de resolução de problemas⁹⁰⁰.

Com amparo nas pesquisas científicas acima esboçadas, podemos asseverar que o pluralismo no acesso à procriação medicamente assistida e à gestação de substituição, para promover a inclusão, no rol de beneficiários legais, das pessoas singulares e dos casais do mesmo sexo, não representa, por suas peculiaridades biológicas, culturais e sociais, risco abstrato ou concreto de dano ao infante nascido através do recurso àquelas técnicas, em grau superior ao aferido quanto às crianças do modelo nuclear de família. Também foi demonstrada a inexistência de prejuízos à interação do grupo familiar das gestantes substitutas e ao desenvolvimento e estado psíquico dos seus filhos. Logo, é primordial a adoção de políticas públicas voltadas ao reconhecimento e à concretização dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, independentemente de sexo, orientação sexual e estado civil, bem como urge a implementação de medidas eficazes de conscientização e de eliminação de barreiras atitudinais discriminatórias, com o escopo de garantir a segurança, a estabilidade e a paz das variadas estruturas familiares, e, especialmente, o bem-estar e o pleno desenvolvimento de suas crianças.

⁸⁹⁹ GELDEREN, L. Van Rijn-van; BOS, H. W. M.; JORGENSEN, T. D.; ELLIS-DAVIES, K.; WINSTANLEY, A.; GOLOMBOK, S.; RUBIO, B.; GROSS, M.; VECHO, O.; LAMB, M. E. Wellbeing of *Gay Fathers with Children Born Through Surrogacy: A Comparison with Lesbian-Mother Families and Heterosexual IVF Parent Families*. **Human Reproduction**. pp. 101-108. Disponível em <https://doi.org/10.1093/humrep/dex339>.

⁹⁰⁰ Disponível em <https://www.reproductivefacts.org/news-and-publications/news-and-research/press-releases-and-bulletins/children-of-gestational-carriers-express-positive-feelings-about-the-experience-pride-in-their-mothers-efforts-to-help-others/>.

CONCLUSÃO

Esta dissertação teve como objetivo investigar a possibilidade de incidência do pluralismo, enquanto doutrina ou postulado que acolhe a coexistência de múltiplas realidades, na seleção dos beneficiários legais do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, bem como no direito comparado – Reino Unido, Canadá, Espanha e Itália, notadamente quanto à admissão da monopaternidade (monoparentalidade paterna) e da bipaternidade (biparentalidade paterna).

Conforme verificado ao longo deste estudo, a ideia de pluralismo na procriação medicamente assistida está transversalmente conectada à expressão da sexualidade, à busca de perpetuidade da espécie humana, ao vínculo da conjugalidade, ao estabelecimento da parentalidade e à socioafetividade nas relações familiares. No curso da história da humanidade, tais questões têm passado por constantes modificações, oscilações e reconstruções. As formas de expressão da sexualidade, desde os primórdios, já apresentavam suas variantes quanto à orientação sexual e identidade de sexo e/ou de gênero. O acolhimento ou a rejeição de manifestações diferenciadas de sexualidade sofre oscilação em conformidade com os interesses políticos, econômicos, sociais e religiosos vigentes em determinado espaço e tempo. A busca pela perpetuidade, através da reprodução da espécie, antes sujeita às limitações impostas pela natureza, vem passando por profundas transformações, com o aprimoramento das ciências da vida e o avanço das tecnologias de procriação medicamente assistida, que ampliaram as possibilidades de acesso à filiação biológica, permitindo às pessoas solteiras, aos casais heterossexuais e aos casais do mesmo sexo, acometidos ou não de infertilidade ou de esterilidade clínicas, a concepção e o nascimento de um ou mais filhos. A conjugalidade, da mesma forma, após reivindicações dos movimentos sociais igualitários, tem sido transmutada na maioria dos países ocidentais, tornando-se mais plural, propiciando a formalização de relacionamentos antes relegados à marginalidade – parcerias, uniões civis e casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Assim, vimos que, nessa tessitura, acrescida a relevância da afetividade nas relações interpessoais, como elemento componente da noção de família, esta se tornou um centro de confluência, passando por um processo de resignificação, pautado pelo pluralismo, de modo que novas estruturas familiares hauridas da realidade social vêm reivindicando e conquistando reconhecimento e amparo pelo poder público e pela sociedade.

Na sequência, procedemos a análise pluri e interdisciplinar da procriação medicamente assistida e das questões a ela conectadas, o que revelou quão palpitante e dinâmico é este tema.

Através de dados estatísticos do *World Population Prospects 2019*, elaborado pela Organização das Nações Unidas, foi observada a variação para baixo da taxa de fecundidade mundial, reduzida para 2,47 filhos por mulher, sendo que os países com os menores índices de desenvolvimento humano, social e econômico, ou maior desigualdade de gênero, ainda apresentam elevadas taxas de fecundidade. Resultados estatísticos apontaram aumento no número de famílias unipessoais e monoparentais materna e paterna na União Europeia. Igualmente, também tem majorado o índice de casamentos, parcerias civis e de uniões estáveis entre casais do mesmo sexo nos países que o permitem, o que é resultado do reconhecimento legal dessas relações. Entretanto, essa nuance mais pluralista não se irradia por todo o mundo. Pesquisas demonstraram que a orientação sexual e a expressão de gênero ainda têm sido objeto de discriminação em diversos países, notadamente a perpetrada pela estrutura estatal. Ainda há países que punem as relações sexuais consentidas entre pessoas maiores de idade do mesmo sexo, com pena de morte, prisão perpétua ou sanções indeterminadas. Até a última pesquisa divulgada, apenas 09 (nove) países do mundo tinham estabelecido expressa previsão constitucional antidiscriminatória com base na orientação sexual, sendo eles, África do Sul, Bolívia, Equador, México, Nepal, Malta, Portugal, Suécia e Fiji. De outra banda, constatamos que as ciências da vida articularam a despatologização da homossexualidade e acolheram a incapacidade procriativa das pessoas solteiras e dos casais com orientação sexual voltada para o mesmo sexo como infertilidade social hábil a ser suprida mediante acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, cujas principais modalidades foram apresentadas no curso deste trabalho, assim como as pesquisas em andamento sobre o tema. Abordamos, também, a evolução da Bioética, enquanto disciplina informativa das pesquisas científicas e práticas clínicas, defendendo-se uma visão antropocósmica para a apreciação dos dilemas éticos pertinentes ao acesso às técnicas de reprodução assistida, uma vez que tal linha busca reunir e equilibrar aspectos simbólicos e científicos envolvidos. Na perspectiva da sociologia jurídica, depreendemos que a discriminação por orientação sexual tem natureza mais cultural que estrutural, sendo passível de solução jurídica eficaz, ainda que não a elimine definitivamente. Ainda para a sociologia, a procriação deixou de ser, tão somente, o resultado da ação da natureza, assumindo contornos de construção social, moldada pelo pluralismo biológico e pela ação da sociedade, por meio da lei, da política, da socialização, da cultura e das tradições, estando em processo constante de reformulação. E, na perspectiva da filosofia política, restou salientado que o processo deliberativo e propositivo da regulamentação do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, tendo como base o pluralismo, faz-se imprescindível e demanda seja o tema submetido a um democrático escrutínio público, envolvendo todos os

interessados, de modo a coibir a exclusão com base em critérios de sexo, orientação sexual e estado civil. A tomada das decisões públicas deve ter como atributos a pluralidade, a diversidade, a igualdade e a participação democrática, para que atenda aos fins expectados, o que só se efetiva quando contemplado o maior número possível de interesses em jogo.

Vimos que o pluralismo procriativo tem sua base nos mesmos princípios que informam os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, nomeadamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, do livre desenvolvimento da personalidade, do superior interesse da criança e da parentalidade responsável. Aqueles direitos, nesse prisma, são considerados direitos humanos fundamentais, extensíveis a todo e cada ser humano, só pelo fato de sê-lo. No tocante às regras de direito internacional estabelecidas pelos sistemas europeu e interamericano e as pertinentes ao direito comunitário europeu, constatamos um avanço crescente e significativo no reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, demonstrando tendência à universalização dos postulados do pluralismo, podendo-se afirmar que aquelas normas não se opõem, mas subsidiam, a incidência deste, inclusive em se tratando de procriação medicamente assistida. Impende salientar que, nos sistemas protetivos de direitos humanos estudados, além da proposição plural dos diplomas de direito internacional, foi verificada uma atuação forte dos órgãos jurisdicionais internacionais encarregados da defesa daqueles direitos, notadamente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo a integrar e aplicar o arcabouço jurídico, conferindo-lhe eficácia através da (re)interpretação dinâmica ou evolutiva, sem se descuidar da soberania dos Estados-Membros na produção da legislação interna, mas traçando diretrizes para a harmonização dos sistemas internacional e doméstico.

Efetuamos o estudo do tratamento que é conferido ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, segundo os modelos dos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, e, no direito comparado, foram analisados os sistemas normativos do Reino Unido, Canadá, Espanha e Itália. Apurou-se que o modelo português regulamentou por lei os procedimentos de procriação medicamente assistida – Lei n. 32/2006, que, após as alterações dadas pelas Leis n. 17/2016 e n. 48/2018, no seu art. 6º, passou a permitir o acesso às mulheres solteiras, aos casais de mulheres e aos casais de sexos diferentes, casados ou em condições análogas às de cônjuges. Os beneficiários são sujeitos, ainda, aos requisitos da maioridade de 18 (dezoito) anos de idade e da inexistência de sentença de acompanhamento que vede o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida. Esse sistema, embora confira segurança jurídica aos envolvidos, por estar respaldado na lei em sentido estrito (produto da atividade do legislador), não reflete integral acolhimento do pluralismo procriativo, posto que recusa o acesso à

procriação medicamente assistida aos homens solteiros e aos casais de homens. Com o advento da Lei n. 25/2016, o art. 8º, da Lei n. 32/2006, passou a admitir o recurso à gestação de substituição gratuita apenas às mulheres que não tenham útero ou que apresentem condições uterinas patológicas que inviabilizem, de forma absoluta e definitiva, uma concepção e/ou gestação. Apesar da restrição de acesso à parentalidade unissexual masculina em Portugal, ao longo da pesquisa, não identificamos casos concretos de conflitos jurídicos envolvendo a suspensão ou exclusão da responsabilidade parental de pais em relação aos filhos nascidos no exterior, por meio de gestação de substituição, o que, no nosso entender, revela o respeito estatal às relações familiares estabelecidas no contexto legal de países estrangeiros. Como visto, seguindo lógica oposta, o modelo brasileiro pode afirmar-se como norteado pelo pluralismo no acesso à procriação medicamente assistida, cujos procedimentos vêm sendo realizados em favor de pessoas solteiras (homens e mulheres), casais de sexos opostos e casais do mesmo sexo, admitindo a gestação de substituição altruísta. No entanto, por inexistir lei que regule as técnicas de procriação medicamente assistida, a atuação da classe médica dá-se com base em resoluções do Conselho Federal de Medicina, cujo suporte jurídico advém das decisões do Poder Judiciário que reconhecem aos casais do mesmo sexo os idênticos direitos conferidos aos pares de sexos opostos. O modelo adotado pelo Brasil não confere padrões razoáveis de segurança jurídica aos envolvidos (beneficiários, gestante substituta, doadores e criança), que, no caso de conflito de interesses, devem invocar a tutela jurisdicional. Em termos de direito comparado, verificamos que, no Reino Unido, existe legislação em sentido estrito que regulamenta a procriação medicamente assistida, permitindo o acesso de pessoas solteiras e de casais do mesmo sexo (homens e mulheres) às suas técnicas, bem como o recurso à gestação de substituição não onerosa, mas que admite reembolso das despesas da gestante por conta da gravidez. A gestante substituta é tida como a mãe da criança, cabendo-lhe manifestar seu consentimento para firmar a parentalidade dos beneficiários. Vimos também que o Canadá veda expressamente a discriminação no acesso à procriação medicamente assistida em razão de orientação sexual ou de estado civil, ou seja, toda pessoa maior e capaz pode aderir às técnicas. Admite a gestação de substituição altruísta, permitindo ressarcimento dos gastos experimentados pela gestante, relacionados ao cumprimento do contrato de gestação de substituição. A anuência da gestante é manifestada de forma livre e informada no início do procedimento. Nesse contexto, visualizamos que os modelos adotados no Reino Unido e Canadá atendem aos postulados e ao escopo da justiça reprodutiva, pois, além de assegurarem o pluralismo em relação aos beneficiários das técnicas, garantem a segurança jurídica dos intervenientes. Por sua vez, Espanha e Itália não admitem a gestação de substituição, seja na

modalidade gratuita, seja na onerosa, o que obsta, em definitivo, nos territórios de tais países, a implementação de projeto parental por parte dos homens solteiros e dos casais masculinos, bem como das mulheres impossibilitadas de gestar uma criança em seu útero. Ademais, na Itália, a Lei n. 40/2004 veda também técnicas do tipo heterólogo e a procriação *post mortem*, permitindo o acesso à procriação medicamente assistida somente aos casais adultos de sexos opostos, casados ou conviventes em união estável, vivos e em idade potencialmente fértil.

Ao final, refletimos especificamente sobre as consequências da concretização do pluralismo procriativo no que tange à monopaternidade (monoparentalidade paterna) e à bipaternidade (biparentalidade paterna). Na trajetória reivindicativa dos homens solteiros e dos casais do mesmo sexo (masculino), constatamos que, por força do pluralismo, lastreado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação e do livre desenvolvimento da personalidade, o desejo, paulatinamente, vem se afirmando e consolidando como direito à procriação. Uma vez que a gestação de substituição é essencial à realização de tal direito, foram analisadas as suas implicações éticas e jurídicas, envolvendo a expressão do consentimento da gestante substituta, a preservação dos seus direitos e os direitos inerentes à criança nascida através de gestação de substituição. Em síntese, verificamos que as questões jurídicas pertinentes à gestação por conta de outrem, ao menos nos aspectos acima abordados, não se distinguem significativamente dos conflitos de interesses havidos na esfera do direito civil e do direito de família que lhes sejam correlatos, em virtude do que não se justificaria uma vedação ou distinção severa de tratamento, salvo quando demonstrada peculiaridade fática e concreta que o justifique. Na abordagem da nulidade do contrato de gestação de substituição ilícito, observamos que Espanha e Itália possuem regras impositivas nesse sentido, e, em Portugal, a Lei n. 32/2006, no seu art. 8º, n. 12, com a redação da Lei n. 25/2016, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional de Portugal, por arrastamento. De fato, a norma impugnada não estabelece condições e prazo para a decretação de nulidade do ato. Assim, poderia ser invocada a qualquer tempo, por qualquer interessado, posto que o negócio jurídico nulo não se convalida nem se consolida pelo tempo. De tal sorte, poderia qualquer interessado sustentar que a gestação de substituição desobedeceu aos pressupostos legais, invocando sua nulidade, cujo reconhecimento geraria a instabilidade e a insegurança das relações familiares e dos intervenientes no contrato, afetando a esfera de interesses de todos os envolvidos – pessoa nascida, beneficiários e gestante substituta, contrariando o princípio da segurança jurídica. Por sua vez, a fixação da maternidade na pessoa da gestante, mas apenas em razão da declaração de nulidade, com base na regra geral *mater semper certa est*, que estabelece a filiação materna como resultante do fato do parto, no nosso entender, não havendo a anuência da gestante,

caracterizaria maternidade sancionatória, o que é incompatível com o regime protetivo da criança e da mulher que a gestou, e, além disso, representaria uma sanção civil cruel e perpétua para todos os envolvidos no processo reprodutivo, posto que acarretaria a perda de um filho para os pais intencionais, a imposição da obrigação de ser mãe sem a anuência da gestante e na existência de um filho indesejado, o qual poderia sofrer as piores consequências de um ato para o qual não concorreu. Diante disso, ainda que se trate de negócio jurídico de gestação de substituição ao arrepio da lei, convém seja a filiação estabelecida em favor do pai, mãe, mães ou pais intencionais, posto que, mesmo com a decretação de nulidade do ato, não é possível o restabelecimento da ordem jurídica precedente. Inexistindo outra especificidade no caso concreto, essa solução mostra-se como a mais viável na hipótese em que a gestante substituta manifestamente não tenha interesse no estabelecimento da filiação em seu favor, e, caso invoque seu direito à maternidade, a parentalidade poderá ser fixada mediante análise casuística, considerando o superior interesse da criança, atentando-se para as condições efetivas e peculiaridades de cada um dos envolvidos. Em se tratando de criança nascida por meio de procriação medicamente assistida com recurso à gestação de substituição mediante contrato regular, a filiação não comportaria maiores dúvidas, sendo salutar a sua fixação em relação à pessoa ou casal beneficiário, independentemente do estado civil, do sexo ou da orientação sexual. E, por fim, as pesquisas científicas sobre o desenvolvimento psicossocial dos filhos nascidos ou criados por pai ou mãe singular ou por casais do mesmo sexo têm apresentado resultados semelhantes ou próximos aos dos filhos dos casais de sexos distintos, o que demonstra a impropriedade da preocupação de que o pluralismo nos direitos reprodutivos, especificamente no que tange ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, de modo a contemplar as pessoas solteiras ou os casais do mesmo sexo, poderia implicar em prejuízo ao superior interesse do infante. De igual modo, pesquisas não demonstraram comprometimento do desenvolvimento psicossocial dos filhos das mulheres que atuam como gestantes substitutas, tampouco impacto negativo aos seus grupos familiares. Tecidas essas considerações, finalizamos com a firme convicção de que as novas estruturas familiares são igualmente dotadas das ferramentas essenciais para o desenvolvimento saudável e a integração plena de suas crianças no seio da sociedade, cabendo ao Estado, pautado pelo pluralismo, promover ampla conscientização social para a não discriminação, bem como proporcionar o acolhimento e a proteção de todos os grupos familiares presentes na realidade contemporânea.

FONTES

FONTES DOCUMENTAIS

ACT 2004: Assisted Human Reproduction. **Canadian Government Publishing**. [Em linha]. Aprovada pela 3ª Sessão, do 37º Parlamento, com consentimento real, 52-52, (29.03.2004). [Consul. 24 Jun. 2018] Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>. [sp]

ACT 2008: Human Fertilisation and Embryology. [Em linha]. **Londres: Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts Of Parliament**, 2008. [Consul. 07 Out. 2019]. Disponível em www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22.

Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos (ILGA): ITABORAHY, Lucas Paoli; BIANCHI, Fabiano; GALVÃO, Priscila; GUIMARÃES, Paulo Roberto Celestino; e RAMIRES, Lula. **Homofobia de Estado** [em linha] Genebra; ILGA, Maio 2009. [Consul. 09 Out. 2018]. Disponível em https://ilga.org/sites/default/files/ILGA_Homofobia_de_Estado_2009%20%282%29.pdf.

Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (ILGA): CARROLL, A.; y MENDOS, L.R. **Homofobia de Estado 2017: Estudio Jurídico Mundial sobre La Orientación Sexual en el Derecho: Criminalización, Protección y Reconocimiento**. [em linha] Genebra; ILGA, Maio 2017 [Consul. 09 Out. 2018] Disponível em https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_Homofobia_de_Estado_2017_WEB.pdf.

BASE DE DADOS de Políticas Globais de Aborto. [em linha] Organização Mundial da Saúde. Programa de Reprodução Humana: Pesquisa de Impacto. 2015. Atualização em 11 Abr. 2018. [Consul. 06 Out. 2018] Disponível em <http://srhr.org/abortion-policies/country/portugal/>.

CANADA HEALTH ACT 1985. **Canadian Government Publishing**. Consolidação em 01.06.2009 [Em linha]. Última modificação em 12.12.2017 [Consul. 08 Out. 2019] Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-6.pdf>.

CARTA da Organização dos Estados Americanos. Série sobre Tratados. 1-C Y 61 [em linha] 30.04.1948 [Consul. 03 Out. 2019] Disponível em www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A41_carta_OEA_firmas.asp.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, C-364, (18.12.2000), pp. 1-22.

CARTA Social Europeia. Resolução da Assembleia da República n. 64-A/2001, de 17/10, ratificadas pelo Decreto do Presidente da República n. 54-A/2001, de 17/10. **Diário da República** I-A, n. 241, 1º Suplemento, de 17.10.2001.

CÓDIGO CIVIL: Real Decreto de 24.07.1889. **Gaceta de Madrid**. Nº. 206. [em linha] 25/07/1889. [Consul. 08 Out. 2019] Disponível em [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con).

CÓDIGO CIVIL: Decreto-Lei n. 47.344/1966, de 25 de novembro. **Diário do Governo**, n. 274/1966, Série I. (25.11.1966)

CÓDIGO CIVIL: Lei n. 10.406/2002, de 10 de janeiro. **Diário Oficial da União**, Seção 1. (11.01.2002), p-1.

CÓDIGO INTERNACIONAL DE ÉTICA MÉDICA. Associação Médica Mundial. [em linha] outubro de 1949. [Consul. 28 Set. 2019] Disponível em <https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>.

CÓDIGO DE NUREMBERG. Tribunal de Nuremberg. [em linha] 1946 [Consul. 14 set. 2019]. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Lei Constitucional n. 1/2005. Diário da República, n. 155 – I Série - A, de 12 de agosto de 2005 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6427-7.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Série sobre Tratados, N. 69 [em linha] San Salvador/El Salvador, 17.11.1988 [Consul. 01 Out. 2019]. Documento disponível em www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Proclamada pelo Conselho da Europa em 04.11.1950. Aprovada para ratificação por Portugal através da Lei n. 65/1978, **Diário da República** n. 236/1978, Série I, (13.10.1978), pp. 2119 – 2145.

CONVENÇÃO de Haia relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Protecção das Crianças. Proclamada na 18ª Sessão da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado. [em linha] Haia, 19.10.1996 [Consul. 28 Set. 2019] Documento disponível em <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>.

CONVENÇÃO Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância. Aprovada no 43º Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. [em linha] La Antigua/Guatemala, 05.06.2013 [Consul. 01 Out. 2019]. Documento disponível em www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

CONVENÇÃO para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Proclamada pelo Conselho da Europa em 04.04.1997, através do Tratado n. 164. Aprovada para ratificação através da Lei n. 65/1978, **In Diário da República, n. 01/2001, Série I-A**, (03.01.2001), p. 14 - 36.

CONVENÇÃO Sobre os Direitos da Criança. Proclamada pela Resolução n. 44/25, na 61ª sessão plenária da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em 20.11.1989. Ratificada através da **Decreto do Presidente da República n.º 49/90, Diário da República** n. 211/1990, Série I, 1º Suplemento, (12.09.1990), pp. 3738-(2) a 3738-(2).

CRIMINAL CODE 1985. **Canadian Government Publishing**. [Em linha]. 1985 [Consul. 08 Out. 2019] Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada na Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana. [Em linha] 1948 [Consul. 28 Set. 2019]. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.

DECLARAÇÃO CONJUNTA do Papa Francisco e do Patriarca Kirill de Moscou e de toda a Rússia. [em linha] Santa Sé, Vaticano, 12.02.2016 [Consul. 10 Out. 2018] Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2016/february/documents/papa-francesco_20160212_dichiarazione-comune-kirill.html#Declara%C3%A7%C3%A3o_comum.

DECLARAÇÃO DE HELSINQUE, Proclamada pela Associação Médica Mundial, em 18ª Assembleia Médica Mundial. [em linha] Helsinque/Finlândia, junho de 1964 [Consul. 14 Set. 2019] Disponível em https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf.

DECLARAÇÃO dos Direitos Sexuais. Editada pela Assembleia Geral da *World Association for Sexology* [em linha] 1997 [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO de Viena. Adotados em 25.06.1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. [Em linha] 14 a 25.06.1993 [Consul. 29 set. 2019]. Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_e_programa_acao_viena.pdf.

DECLARAÇÃO sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. Adotada pela 29ª sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (*UNESCO*). [Em linha] 12.11.1997 [Consul. 29 set. 2019]. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827_por/PDF/110827por.pdf.multi.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Proclamada pela Resolução n. 217 (III), na 183ª sessão plenária da Assembleia-Geral da ONU, em 10.12.1948. Publicada em Portugal através de Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, **Diário da República** n. 57/1978, Série I, (09.03.1978), pp. 488 - 493.

DECLARAÇÃO Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos. Proclamada *UNESCO*, em Conferência Geral realizada em 19.11.2005. [Em linha]. Paris, 2005. [Consul. 24 jun. 2018]. Disponível em http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTIO=201.html.

DECLARAÇÃO Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Proclamada *UNESCO*, em Conferência Geral realizada em 11.11.1997. Acolhida pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em sessão plenária realizada em 09.12.1998, através da Resolução A 53/152, de 10.03.1999. [Em linha]. Paris, 1997. [Consul. 24 jun. 2018]. Disponível em http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTIO=201.html.

DECRETO REGULAMENTAR n. 6/2017, promulgado pelo Presidente da República, publicado no **Diário da República**, 1ª Série, n. 146 (31.07.2017), pp. 4366-4368.

DECRETO n. 383/XIII, aprovado pela Assembleia da República, publicado no **Diário da República**, II Série A, n. 140 (09.08.2019), pp. 92-95.

DELIBERAÇÃO N. 5-III/2019 do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida de Portugal [em linha] 11.10.2019 [Consul. 22 Nov. 2019]. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/destaques/Documents/Deliberacao05-III.pdf>.

ENCÍCLICA *EVANGELIUM VITAE* sobre o Valor e a Inviolabilidade da Vida Humana. [em linha] Santa Sé, Vaticano, 25.03.1995. [Consul. 10 out. 2018]. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.

EQUALITY ACT 2010 [Em linha]. **Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament**, 2010 [Consul. 07 out. 2019]. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/2019-08-01#commentary-key-cda066018cb70a7506ed83d67b311d5a>.

GENDER RECOGNITION ACT 2004. [Em linha]. **Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament**, 2004 [Consul. 07 out. 2019]. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/crossheading/applications-for-gender-recognition-certificate>

GLOBAL HEALTH OBSERVATORY DATA REPOSITORY, 20.05.2019. [Consul. 30 Ago. 2019] Disponível em <http://apps.who.int/gho/data/view.main.947450>.

HUMAN RIGHTS ACT 1998 [Em linha]. **Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament**, 1998. [Consul. 07 out. 2019]. ISBN 0-10-544298-4. Disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/pdfs/ukpga_1998_0042_en.pdf.

Índice Sintético de Fecundidade em Portugal 2018. [Consul. 30 ago. 2019]. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0008849&contexto=bd&selTab=tab2

INSTRUÇÃO *DONUM VITAE* sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação. [em linha] Santa Sé, Vaticano, 22.02.1987. I, 1: AAS 80 (1988), 78-79 [Consul. 10 Out. 2018] Disponível em http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html.

LEGGE n. 40/2004. **Gazzetta Ufficiale**, n. 45 (24.02.2004), [sp].

LEI de Biossegurança n. 11.105/2005. **Diário Oficial da União**, Seção 1. (28.03.2005). p-1.

LEI de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) n. 13.146/2015. **Diário Oficial da União**, Seção 1. (07.07.2015). p-2.

LEI n. 32/2006. **Diário da República**, Série I, n. 143 (26.07.2006), pp. 5425-5250.

LEI n. 59/2007. **Diário da República**, Série I, n. 170/2007, (04.09.2007), pp. 6181–6258.

LEI n. 9/2010. **Diário da República**, Série I, n. 105 (31.05.2010), pp. 634-635.

LEI n. 2/2016. **Diário da República**, Série I, n. 41 (29.02.2016), p. 1853.

LEI n. 17/2016. **Diário da República**, Série I, n. 116/2016, (20.06.2016), pp. 1903 - 1904.

LEI n. 25/2016. **Diário da República**, Série I, n. 160/2016 (22.08. 2016), pp. 2775 – 2777.

LEI n. 58/2017. **Diário da República**, Série I, n. 142/2017, (25.07.2017), pp. 3915 – 3922.

LEY n. 14/2006. **Boletín Oficial del Estado**, n. 126 (27.05.2006), [sp].

MARRIAGE (SAME SEX COUPLES) ACT 2013 [Em linha]. **Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament**, 2013. [Consul. 07 out. 2019]. Disponível em www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/body.

MENSAGEM de veto ao Decreto n. 415/VII. **Diário da Assembleia da República**. II. Série A. [em linha] N. 82/VII/4. p-2316. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/082/1999-08-03/2316?pgs=2316&org=PLC&plcdf=true>.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. [em linha]. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l5pg53.htm> [Consul. 03 out. 2018]

ORDENAÇÕES FILIPINAS. [em linha] Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1162.htm> [Consul. 03 out. 2018].

ORDENAÇÕES MANUELINAS. [em linha] 1521 Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p47.htm> [Consul. 03 out. 2018]

PACTO Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos. Proclamado pela Resolução n. 2.200A (XXI), na 1496ª sessão plenária da Assembleia-Geral da ONU, realizada em 16.12.1966. Aprovada para ratificação por Portugal através da Lei n. 29/1978, **Diário da República** n. 153/1978, Série I, (06.07.1978), pp. 1053(2) – 1054(18).

PACTO Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Proclamado pela Resolução n. 2.200 (XXI), na 1496ª sessão plenária da Assembleia-Geral da ONU, realizada em 16.12.1966. Aprovada para ratificação por Portugal através da Lei n. 45/1978, **Diário da República** n. 157/1978, Série I, (17.07.1978), pp. 1280 - 1290.

PARECER CONSULTIVO OC-24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [em linha] San José da Costa Rica, 24.11.2017. [Consul. 28 Set. 2019] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf.

PARECER N. 35/CC/2016 do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal [em linha] Lisboa, 29.07.2016 [Consul. 20 Nov. 2019] Disponível em https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2016/pareceres-civil/downloadFile/attachedFile_5_f0/35_CC_2016_CC73_2016_STJ-CC.pdf?nocache=1474623665.13.

PARECER N. 44/CC/2018 do Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado de Portugal [em linha] Lisboa, 23.03.2018 [Consul. 20 Nov. 2019] Disponível em https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2018/pareceres-18-32-2018/downloadFile/attachedFile_4_f0/44_CC_2018-CC8_2017_STJSR-CC.pdf?nocache=1546873427.56.

PARECER N. 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição. [em linha] Lisboa, março de 2012. [Consul. 20 Nov. 2019] Disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf>.

PARECER N. 87 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição. [em linha] Lisboa, março de 2016. [Consul. 20 Nov. 2019] Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf.

PARECER N. 90 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição. [em linha] Lisboa, dezembro de 2016. [Consul. 20 Nov. 2019] Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1483441465_Relatorio%20e%20Parecer%2090%20PMA%20aprovado.pdf.

PARECER N. 92 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição. [em linha] Lisboa, janeiro de 2017. [Consul. 20 Nov. 2019] Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf.

PLATAFORMA de Cairo. Programa de Ação constante de Relatório da Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento (A/CONF.171/13/Rev.1), realizada em Cairo/Egito, no período de 05 a 14 de setembro de 1994. Acolhida na 92ª sessão plenária da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 19.12.1995. Proclamada pela Resolução n. 49/128, de 08.02.1995. [Em linha]. Cairo, 1994. [Consul. 24 jun. 2018] Disponível em https://digitallibrary.un.org/record/206701/files/A_CONF.171_13_Rev.1-ES.pdf.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Adotados no Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, realizado na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, no período de 06 e 09 de novembro de 2006. [Em linha]. Yogyakarta, 2006. [Consul. 24 jun. 2018]. Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf.

PROCLAMAÇÃO de Teerã. Adotada na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Teerã, realizada de 22.04 a 13.05.1968. [Em linha]. Teerã, Irã. [Consul. 29 Set. 2019] Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/proclamacao_de_teerao.pdf.

RECOMENDAÇÃO n. 1.915 (2010) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 29.04.2010 [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17854&lang=en>.

RECOMENDAÇÃO n. R (94) 1 Adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa [em linha] 14.03.1994 [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em https://www.edqm.eu/medias/fichiers/Recommendation_No_94_1_of_the_Committee_of_Ministers_to_member_states_on_human_tissue_banks.pdf.

Recomendação CM/Rec (2010) 005 Adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa [em linha] 31.03.2010 [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d0f6d.

RELATÓRIO A/HRC/19/41 - Leis e Práticas Discriminatórias e Atos de Violência contra Indivíduos com Base em sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero – Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. [em linha] 17.11.2011 [Consul. 27 set. 2019]. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/4ef092022.html>.

RELATÓRIO E/CN.4/2004/49 Adotado pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU [em linha] 16.02.2004 [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/109/33/PDF/G0410933.pdf?OpenElement>.

RELATÓRIO E/CN.4/2004/49/Add.1 Adotada pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU [em linha] 1º.03.2004 [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/113/90/PDF/G0411390.pdf?OpenElement>.

RELATÓRIO do Comitê de Inquérito sobre Fertilização e Embriologia Humana - [Em linha]. **Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts Of Parliament**, 1988. [Consul. 07 Out. 2019]. ISBN 0101931409. Disponível em https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf.

RELATÓRIO Homofobia de Estado 2019. [Consul. 06 Set. 2019] Disponível em https://ilga.org/downloads/ILGA_Homofobia_de_Estado_2019.pdf.

RESOLUÇÃO CFM n. 2.168/2017. Editada pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil. **Diário Oficial da União**, Seção I (10.11.2017), p. 73.

RESOLUÇÃO A/HRC/RES/32/2 Adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da Assembleia-Geral da ONU. [em linha] 15.07.2016 [Consul. 01 Mai. 2019] Disponível em <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/PDF/G1615418.pdf?OpenElement>.

RESOLUÇÃO A/RES/70/1 Adotada pela Assembleia Geral da ONU. [em linha] 25.09.2015 [Consul. 29 Set. 2019] Disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

RESOLUÇÃO AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), de 2013 Aprovada pela Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). [em linha] 06.06.2013 [Consul. 29 set. 2019] Disponível em http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf.

RESOLUÇÃO do Conselho de Direitos Humanos da ONU. **Informe do Conselho**. 2011 [em linha]. Genebra. 17º período de sessões. GE.11-14879 (S) 28.07.2011 [Consul. 11 out. 2018]. Disponível em <https://arc-international.net/wp-content/uploads/2011/09/HRC-Res-17-19.pdf>.

RESOLUÇÃO A/RES/60/251 Adotada pela Assembleia-Geral ONU [em linha] 15.03.2006 [Consul. 27 set. 2019]. Disponível em https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf.

RESOLUÇÃO 756 (1981) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 01.10.1981 [Consul. 01 mai. 2019]. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16167&lang>.

RESOLUÇÃO 1728 (2010) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 29.04.2010 [Consul. 01 mai. 2019]. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853&lang=en>.

RESOLUÇÃO 2239 (2018) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 10.10.2018 [Consul. 01 mai. 2019]. Disponível em assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25166&lang=en.

Sexual Health, Human Rights and the Law REPORT. In **WHO Library Cataloguing-in-Publication Data**. 2015. [Em linha]. Geneva, Switzerland. WHO Press. World Health Organization. [Consul. 05 Out. 2018] Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf?sequence=1.

SURROGACY ARRANGEMENTS ACT 1985 [Em linha]. **Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament**, 1985. [Consul. 08 out. 2019]. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/2009-10-01>.

TRATADO de Amsterdam. [Em linha] 02.10.1997. [Consul. 28 set. 2019]. Disponível em https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_t.pdf. ISBN 92-828-1656-7.

TRATADO de Lisboa. **Jornal Oficial da União Europeia**. C/306/1 [em linha] 13.12.2007. [Consul. 02 out. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>.

TRATADO sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). **Jornal Oficial da União Europeia**. C/202/1. [Em linha] 07.06.2016. [Consul. 28 Set. 2019] Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=PT>.

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2019). World Population Prospects 2019: Data Booklet. ST/ESA/SER.A/424. [Consul. 29 Ago. 2019] Disponível em <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Fertility/>.

FONTES JURISPRUDENCIAIS

CORTE Constitucional da Itália – Sentença n. 162/2014, de 09.04.2014, publicada em 18.06.2014. ECLI:IT:COST:2014:162. Presidente Gaetano Silvestre e Relator Giuseppe Tesauro.

CORTE Constitucional da Itália – Sentença n. 272/2017, de 22.11.2017, publicada em 20.12.2017. ECLI:IT:COST:2017:272. Presidente Paolo Grossi e Relator Giuliano Amato.

CORTE Constitucional da Itália – Sentença n. 221/2019, de 18.06.2019, publicada em 30.10.2019. ECLI:IT:COST:2019:221. Presidente Giorgio Lattanzi e Relator Franco Modugno.

CORTE Constitucional da Itália – Sentença n. 237/2019, de 21.10.2019, publicada em 15.11.2019. ECLI:IT:COST:2019:237. Presidente Giorgio Lattanzi e Relator Mario Rosario Morelli.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos – Acórdão de 17.09.2010. Caso n. 12.502. Karen Atala e Filhas *versus* Estado do Chile. Delegados Luz Patricia Mejía e Santiago A. Canton.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos – Acórdão de 29.07.2011. Caso n. 12.361. Gretel Artavia Murillo e Outros *versus* Costa Rica. Delegados Rodrigo Escobar Gil e Santiago A. Canton.

CORTE Suprema da Índia – Acórdão n. 14691, de 06 de Setembro de 2018. Writ Petition (Criminal) n. 76 of 2016. Relator Dipak Misra.

CORTE Suprema de Cassação da Itália - Sentença n. 14007, de 11.11.2014, (ECLI:IT:CASS:2014:24001CIV). Presidente Maria Gabriella Luccioli e Relator Carlos de Chiara.

CORTE Suprema de Nova Jersey/EUA – Acórdão 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J. LEXIS 1, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988). Relator Robert Wilentz.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL do Brasil – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/RJ, de 28 de outubro de 2015. Relator Ministro Roberto Barroso.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL do Brasil – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 291/DF, de 28 de outubro de 2015. Relator Ministro Roberto Barroso.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL do Brasil – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de 16 de junho de 2019. Relator Ministro Celso de Mello.

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – Acórdão com o número 357/2009, de 17 de agosto de 2009. Relator Conselheiro Benjamin Rodrigues.

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – Acórdão com o número 225/2018, de 24 de abril de 2018. Relator Conselheiro Pedro Machete.

TRIBUNAL Constitucional de Portugal – Acórdão com o número 465/2019, de 18 de setembro de 2019. Relator Conselheiro Pedro Machete.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos – Acórdão de 19.02.2013 - Demanda n. 19010/07 – X e Outros *versus* Áustria. Presidente Dean Spielmann e Secretário Adjunto Johan Callewaert.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos – Acórdão de 26.09.2014 - Demanda n. 65941/11 – Labassee *versus* França. Presidente Mark Villiger e Secretária Adjunta Claudia Westerdiek.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos – Acórdão de 26.09.2014 - Demanda n. 65192/11 – Mennesson *versus* França. Presidente Mark Villiger e Secretária Adjunta Claudia Westerdiek.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos – Acórdão de 21.10.2016 - Demandas n. 9063/14 e n. 10410/14 – Foulon e Bouvet *versus* França. Presidente Angelika Nußberger e Secretária Adjunta Claudia Westerdiek.

TRIBUNAL Europeu de Direitos Humanos – Acórdão de 24.01.2017 - Demanda n. 25358/12 - Paradiso e Campanelli *versus* Itália. Presidente Luis López Guerra e Secretário Roderick Liddell.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de (2000) – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Determinação da Filiação em Sede de Procriação Medicamente Assistida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Volume XLI. N. 2. Coimbra: Coimbra Editora.

ALEXY, Robert (2011) - **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 3ª reimp. São Paulo: Malheiros. Título original: Theorie der Grundrechte. p.234. ISBN 978-85-392-0073-3.

____ (2014) - Princípios Formais. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; e LOPES, Mônica Sette, org. **Princípios Formais: E Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Título original: Formal Principles. p.5. ISBN 978-85-309-5632-5.

ALMEIDA, Susana (2008) - **O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família**. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-97232-1596-0.

ALVES, José Carlos Moreira (2000). **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense.

ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel (2009) - Autonomia, Vulnerabilidade, Reconhecimento e Justiça. Trad. Nathalie Bressiani. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**. São Paulo: Departamento de Filosofia – FFLCH-USP, jan.-jun. 2011. Título original: Autonomy, Vulnerability, Recognition and Justice. In CHRISTMAN, John; ANDERSON, Joel, eds., *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*. New York: Cambridge University Press, pp.127-149. ISSN 1413-7860.

AQUINO, São Tomás de. Suma Teológica. [em linha]. [Consul. 07 Out. 2018]. Disponível em <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>.

ARCHER, Luís (1992) - Ética da Reprodução Medicamente Assistida. **Brotéria: Cultura e Informação**. Vol. 135, n. 5, Lisboa, Novembro. ISSN 0870-7618.

____ (1995) - **Tecnologias da Reprodução e Família do Futuro**. Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo. ISBN 972-22-1663-5.

____ (1997) - Para uma Ética da Reprodução Humana. **Brotéria: Cultura e Informação**. Vol. 145, Lisboa, Agosto/Setembro. ISSN 0870-7618.

ARENDT, Hannah (2010) - **A Condição Humana**. 11ª edição. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Título original: The Human Condition. ISBN 978-85-218-0456-7.

ARISTÓTELES (2017) - **Ética a Nicômaco**. 2ª edição. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Forense. Título original: Hoika Nikoaxeia. ISBN 978-85-309-7637-8.

ASCENSÃO, José de Oliveira (1998) - A Lei n. 32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: Edição da Ordem dos Advogados. Depósito Legal 124011/98.

____ (2008) - O Início da Vida. In ASCENSÃO, José de Oliveira, coord. **Estudos de Direito de Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3141-5.

____ (2009) - A Lei n. 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. In ASCENSÃO, José de Oliveira, coord. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume III. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3786-8.

BALERA, Wagner (2018) - **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento Anotada**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá. pp.57-58. ISBN 978-85-362-8195-7.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2005) - Testes Genéticos, Terapia Génica, Clonagem. In ASCENSÃO, José de Oliveira, coord. **Estudos de Direito de Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina. ISBN 972-40-2189-0.

____ (2006) - **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina. ISBN 972-40-1113-5.

____ (2008) - Investigação da Filiação. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de Direito de Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3141-5.

____ (2011) - **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Almedina. ISBN 9789724032504.

BARDELEBEN, Emilia von (2013) - Filiation et Couples de Personnes de Même Sexe: Et si une Réponse était donnée par le Droit de l'Union Européenne? **Droit et Société**. N. 84. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. ISBN. 978-2-275-02878-1.

BATISTA, Juliana dos Santos (2015) - Olhar o Outro: O mais Importante dos Princípios da Bioética. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito**. São Paulo: Editora Atheneu. ISBN 978-85-388-0660-8.

BONAVIDES, Paulo (1993) - **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.

BONFANTE, Pedro (1929) - **Institutiones de Derecho Romano**. Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma. Madri: Editorial Reus. Título original: Istituzioni di Diritto Romano.

BORGES, Satine Rodrigues; BECKER, Simone; e LEMES, Hisadora Beatriz Gonçalves (2011) - (In)Humanas e/ou (Prot)Agonistas? Notas sobre as Travestis e as Transexuais em suas Interfaces com os Discursos Dominantes. In FAISTING, André Luiz; FARIAS, Marisa de Fátima Lomba de, org. **Direitos Humanos, Diversidade e Movimentos Sociais: Um Diálogo Necessário**. Dourados: Editora UFGD. ISBN 978-85-8147-012-2.

BORRILLO, Daniel (2018) – **Direitos Sexuais e Direito de Família em Perspectiva Queer** [recurso eletrônico] SEFFNER, Fernando e RIOS, Roger Raupp (org.) – Porto Alegre: Editora da UFCSPA. Disponível em <http://www.ufcspa.edu.br/index.php/editora/obras-publicadas>. ISBN 978-85-92652-07-4.

BOTTEGA, Clarissa (2007) - Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In CAMPOS, Diogo Leite de. **Estudos sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3147-7.

BRACKEN, Lydia (2016) - In the Best Interests of the Child? The Regulation of DAHR in Ireland. **European Journal of Health Law**. V. 23. N. 4. Leiden: Brill Nijhoff. ISSN 0929-0273.

BRANDÃO, Junito de Souza (2018) - **Mitologia Grega**. Volume I. 26ª Ed. 3ª reimpressão. Petrópolis/RJ: Vozes, 2015. ISBN 978-85-326-0407-1.

_____ (2015) - **Mitologia Grega**. Volume II. 23ª Ed. 2ª reimpressão 2018. Petrópolis/RJ: Vozes. ISBN 978-85-326-0072-1.

_____ (2015) - **Mitologia Grega**. Volume III. 21ª Ed. 1ª reimpressão 2016. Petrópolis/RJ: Vozes. ISBN 978-85-326-0450-7.

BRITO, Miguel Nogueira de (2010) – O Conceito Constitucional de Dignidade Humana entre o Absoluto e a Ponderação: O Caso da Reprodução Humana. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, Vol. III. pp. 158, 164, 169-170, 176-177. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-2053-7.

_____ (2018) - Dignidade Humana e Igualdade: Considerações a Propósito do Acórdão do Tribunal Constitucional n. 101/2009. In NOVAIS, Jorge Reis *et al* (org). **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina. p. 285. ISBN 9789724074153.

CAIRE, Anne-Blandine (2015) - La Procréation Médicalement Assistée et les Couples Homosexuels. **Journal International de Bioéthique et D'Éthique des Sciences**. Volume 26, Julho de 2015, Número Especial. Paris: Éditions Eska. ISSN. 1287-7352.

CALDERÓN, Ricardo (2017) - **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 978-85-309-7710-8.

CALLAHAN, Daniel (2009) - O Bem Social e o Bem Individual: Aborto e Reprodução Assistida. **A Condição Humana: Ética, Saúde e Interesse Público**. Alfragide: Publicações Dom Quixote. ISBN 978-972-20-3200-1.

CAMPOS, Diogo Leite de (1998) - A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Onnipotência do Sujeito. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. Depósito legal 124011/98.

_____ (2007) - **Estudos Sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina.

_____ (2016) - CAMPOS, Mônica Martinez de - **Lições de Direito de Família**. 3ª ed. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-6493-2.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota de; PEREIRA, António Pinto. **Manual de Direito Europeu: O Sistema Institucional, a Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia**. 7ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora. p. 405. ISBN 978-972-32-2209-8.

CANOTILHO, J.J. Gomes (2003) - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 8ª reimp. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-2106-5.

_____ (2014) - MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. pp. 198-199, 200, 340, 337-338, 382-383. ISBN 978-972-32-2286-9.

_____ (2018) - MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; e STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 2230. ISBN 978-85-53172-64-1.

CANOTILHO, Mariana (2013) - Não Discriminação. In SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana, coord. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-5120-8.

CAPPELLETTI, Mauro (1993) - **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Título original: Giudici Legislatori? ISBN 978-85-8827-828-8.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa; e LAMM, Eleonora (2012) - L'Homoparentalité en Amérique Latine: Les Vents qui Soufflent du Sud. **Homoparentalité? Approche Comparative.** Collection Colloques, Volume 18. Paris: Société de Législation Comparée. ISBN 978-2-36517-010-9.

CASSETTARI, Christiano (2017) - **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos.** 3ª ed. 2ª reimp. São Paulo: Atlas. ISBN 978-85-97-00371-0.

CASTRO, J. L. Cascajo; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez; CID, B. Castro; TORRES, C. Gómez (1979) - **Los Derechos Humanos: Significación, Estatuto Jurídico y Sistema.** Sevilla: Universidad de Sevilla. p.43. ISBN 8474051428.

CHAVES, Mariana (2017) - Parentalidade Homoafetiva: A Procriação Natural e Medicamente Assistida por Homossexuais. In DIAS, Maria Berenice, coord. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7112-1.

CHAZAUD, Jacques (1978) - **Perversões Sexuais: Enfoque Psicanalítico.** Trad. Beatriz-Sylvia Romero Porchat. São Paulo: IBRASA. Título original: Les Perversions Sexuelles.

CLARK, R. T. Rundle (2004) - **Símbolos e Mitos do Antigo Egito.** Trad. Norberto de Paula Lima e Atílio Cancian. São Paulo: Hemos. Título original: Myth and Symbol in Ancient Egypt. ISBN 8528902803.

COMMELIN, P. (2011) - **Mitologia Grega e Romana.** Trad. Eduardo Branco. 4ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. Título original: Mythologie Grecque et Romaine. ISBN 978-85-7827-362-0.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona (2005) - Os Efeitos Jurídicos e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida. In ASCENSÃO, José de Oliveira, coord. **Estudos de Direito de Bioética.** Vol. I. Coimbra: Almedina. ISBN 972-40-2189-0.

_____ (2011) - PEREIRA, José Silva - **Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica.** 2ª ed. Lisboa: AAFDL.

_____ (2013) - PEREIRA, José Silva - Direito de Contrair Casamento e de Constituir Família. In SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana, coord. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada.** Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-5120-8.

COSTA, Frei Alcindo (1971-1972) - **Bíblia Sagrada. Nova Edição Papal.** In COSTA, Pe. Alcindo; TAVARES, Pe. António Augusto; NEVES, Pe. Joaquim Correia das; LIMA, Pe. Joaquim Macedo; CARREIRA, Pe. José Nunes; RODRIGUES, Pe. Manuel Augusto; DIAS, Pe. Geraldo Coelho Dias, rev. atual. e notas. Trad. Missionários Capuchinhos. Lisboa: C.D. Stampley Enterprises Inc.

CRETELLA JÚNIOR, J (1994) - **Curso de Direito Romano: O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

CUNHA, Antônio Geraldo da (2010) - **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa.** 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lexikon. ISBN 978-85-86368-63-9.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna (2017) - **Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 CFM.** Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. ISBN 978-85-9524-024-7.

DEPADT, Valérie (2015) - La GPA: Vers La Légalisation? **Journal International de Bioéthique et D'Éthique des Sciences**. Volume 26, Julho de 2015, Número Especial. Paris: Éditions Eska. ISSN. 1287-7352.

DEPADT-SEBAG, Valérie (2012) - **Direito e Bioética**. Trad. Sandra Campos. Lisboa: Edições Piaget. Título Original: Droit et Bioéthique. ISBN 978-989-759-009-2.

DIAS, Augusto Silva (2016) - **Crimes Culturalmente Motivados: O Direito Penal ante a 'Estranha Multiplicidade' das Sociedades Contemporâneas**. Coimbra: Almedina. p.102. ISBN 978-972-40-6792-6.

DIAS, Maria Berenice (2016) - **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7027-8.

_____ (2017) - **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7095-7.

DINIZ, Maria Helena (2017) – **O Estado Atual do Biodireito**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva. ISBN 978-85-472-1577-4.

D'ORS, J. A. (1991) - **Derecho Privado Romano**. 8ª Ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. ISBN 84-313-0296-8.

DRUMMOND, Susan G. (2017) - Fruitful Diversity: Revisiting the Enforceability of Gestational Carriage Contracts. In LEMMENS, Trudo; MARTIN, Andrew Flavelle; MILNE, Cheryl; e LEE, Ian B. **Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction**. Toronto: University of Toronto Press. ISBN 978-1-4426-4669-8.

DUARTE, Maria Luísa (2005) - O Estatuto de Cidadão da União e a (não) Discriminação em Razão da Orientação Sexual. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Vol. II. Coimbra: Almedina.

DÜRIG, Günther (2016) - O Princípio da Igualdade como Princípio Constitucional. **Escritos Reunidos: 1952-1983**. São Paulo: Saraiva. p.92. ISBN 978-85-02-63169-4.

DWORKIN, Ronald (2010) - **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. Título original: Taking Rights Seriously. ISBN. 978-85-7827-251-7.

ENGELS, Friedrich (2010) - **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 2ª ed. Trad. Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular. Título original: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. ISBN. 978-85-7743-133-5.

FACHIN, Melina Girardi (2017) - O Direito Humano a não Sofrer Discriminação por Orientação Sexual. In DIAS, Maria Berenice, coord. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 9788520371121.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen (2016) - SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. p. 120. ISBN 978-85-89379-96-0.

FARIA, Adalberto (2012) - **As Novas Família do Século XXI**. Lisboa: Coisas de Ler. ISBN 978-989-8218-72-8.

FENOUILLET, Dominique (2014) - Du Mythe de L'Engendrement au Mythe de la Volonté. Adoption, Procréation et Filiation à L'Épreuve de la Toute-Puissance du Sujet. **La Famille en Mutation**. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0.

_____ (2014) - La Parentalité, Nouveau Paradigme de la Famille Contemporaine - **La Famille en Mutation**. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0.

_____ (2014) - Propos Introductifs - **La Famille en Mutation**. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (2005) – **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 395. ISBN 85-02-05173-3.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá Figueiredo (2005) - **A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras**. Coimbra: Gráfica de Coimbra. ISBN 972-603-340-3.

FORST, Rainer (2010) - **Contextos da Justiça: Filosofia Política para Além de Liberalismo e Comunitarismo**. Trad. Denílson Luís Werle. São Paulo: Boitempo. Título original: Kontexte der Gerechtigkeit, Politische Philosophie Jenseits Von Liberalismus und Kommunitarismus. ISBN 978-85-7559-148-2.

FOUCAULT, Michel (1979) - **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado (org.). Rio de Janeiro: Edições Graal. ISBN 978-85-7038-074-6.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2014) - Une Famille à as Main. **La Famille en Mutation**. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0.

GERRY-VERNIÈRES, Stéphane (2014) - Continué ou Rupture?. **La Famille en Mutation**. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0.

GOMES, Renata Raupp (2016) - Os Novos Direitos na Perspectiva Feminina: a Constitucionalização dos Direitos das Mulheres. In WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato – org. **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva. pp. 74-75. ISBN 978-85-02-63722-1.

GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013) - **Manual de Direito Constitucional**. 5ª ed., 2º v. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-5394-3.

GROSS, Jacson (2017) - **A Construção da Cidadania e a Sexualidade: Uma Análise de Casos de Adoção Homoparental Masculina**. Florianópolis, SC: Empório do Direito. ISBN 978-85-9477-069-1.

GUIMARÃES, Ana Paula (1999) - **Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida**. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN. 972-32-0868-7.

HAAB, Tuiskon Bejarano (2018) - **Filiação e Reprodução Humana Artificial: À Luz da Constituição e das Leis Civis**. Curitiba: Juruá. ISBN 978-85-362-7976-3.

HABERMAS, Jürgen (1994) - Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In TAYLOR, Charles; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. **Multiculturalismo**. Trad. Marta Machado. Lisboa: Princeton University Press. Título original: Multiculturalism. ISBN 972-771-016-6.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1997) - **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes. Título original: Grundlinien der Philosophie der Rechts. ISBN 85-336-0630-3.

HESPANHA, António Manuel (2019) - **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. pp. 99-100. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-7950-9.

HESSE, Konrad (1991) - **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Título original: Die Normative Kraft der Verfassung. ISBN 85-88278-18-9.

HORTAL, Pe. Jesús (notas, comentários e índice analítico) (1995) - **Código Canônico**. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 7ª Edição. São Paulo: Edições Loyola. Título original: Codex Iuris Canonici. ISBN 85-15-00927-7.

HUDSON, Sarah (2017) - Great Expectations: Access to Assisted Reproductive Services and Rights. In LEMMENS, Trudo; MARTIN, Andrew Flavelle; MILNE, Cheryl; e LEE, Ian B., org. **Regulating Creation: The Law, Ethics, and Policy of Assisted Human Reproduction**. Toronto: University of Toronto Press. ISBN 978-1-4426-4669-8.

JAUREGUI, Izaskun Petralanda (2016) – In SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. pp. 63-64. ISBN 978-85-89379-96-0.

KANT, Immanuel (2005) - **The Moral Law: Groundwork of the Metaphysic of Morals**. New York: Routledge. ISBN 0-415-34547-2.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto (2009) - **Crítica da Igualdade Jurídica: Contribuição ao Pensamento Jurídico Marxista**. São Paulo: Quartier Latin. ISBN 85-7674-389-2.

KERÉNYI, Karl (2015) - **A Mitologia dos Gregos**. Volume I: A História dos Deuses e dos Homens. Trad. Octavio Mendes Cajado. Petrópolis/RJ: Vozes. Título original: Die Mythologie der Griechen: Teil I, Die Götter-und Menschheitsgeschichten. ISBN 978853264785-6.

_____ (2015) - **A Mitologia dos Gregos**. Volume II: A História dos Heróis. Trad. Octavio Mendes Cajado. Petrópolis/RJ: Vozes. Título original: Die Mythologie der Griechen: Teil II, Die Heroen-geschichten. ISBN 978-85-326-4786-3.

LOUREIRO, João Carlos (2013) - Adoção, Procriação, Movimento Lgbt e Leituras (Pós-) Queer em ‘Tempos Líquidos’. **Lex Familia: Revista Portuguesa de Direito da Família**. Ano 10, n. 20, Julho/Dezembro 2013. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1645-9660.

MAC CRORIE, Benedita (2018) - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida: Comentário ao Acórdão n. 101/2009 do Tribunal Constitucional. In NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de, org. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina. pp.244-246. ISBN 978-972-40-7415-3.

MACEDO, Stephen (2015) - **Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy & the Future of Marriage**. Princeton: Princeton University Press. ISBN 978-0-691-16648-3.

MÁRQUEZ-FERNÁNDES, Álvaro B. (2016) – In SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. p. 391. ISBN 978-85-89379-96-0.

MARTINS, João Zenha (2005) - O Novo Regime jurídico da adoção na encruzilhada reformista do Direito de Família. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Vol. I. Coimbra: Almedina. pp.724, 743.

MARTINS, Leonardo (2010) - Igualdade e Liberdade na Justiça Constitucional. In TAVARES, André Ramos; LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang, org. **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva. pp. 464-466. ISBN 978-85-02-09529-8.

MARTINS, Sandra Regina Carvalho (2017) - **Uniões Homoafetivas: da Invisibilidade à Entidade Familiar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. ISBN 978-85-8425-722-5.

MARTINS-COSTA, Judith (2008) - Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: Ramo à Construção do Biodireito. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.) - **Estudos de Direito de Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina. pp. 94-97. ISBN 978-972-40-3141-5.

MASI, Maurizio di (2014) - Maternità Surrogata: Dal Contratto allo «Status». **Rivista Critica del Diritto Privato**. Ano XXXII, n. 4, Dezembro/2014. Napoli: Jovene Editore.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (2018) - **Curso de Direitos Humanos**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 978-85-309-8023-8.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas (2018) - **Código Civil Comentado: com Súmulas, Julgados Seleccionados e Enunciados das Jornadas do CJF**. 2ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. ISBN 978-85-549-4709-5.

MELO, Rúrion - Teorias Contemporâneas da Democracia. In RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; e FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política: Para os Cursos de Teoria do Estado e Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais**. ISBN. 9788502154070.

MELO, Helena Pereira de (2013) - Direito à Integridade do Ser Humano. In SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana, coord. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-5120-8.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2007) - **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. ISBN 978-85-02-06468-3.

MIRANDA, Jorge (2010) - O Tribunal Constitucional em 2009. **O Direito**. Ano 142º, II. Coimbra: Almedina. pp.436-437.

_____ (2010) - MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. pp. 86-87, 222-223, 230-231. ISBN 978.972-32-1822-0

_____ (2016) - **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina. pp. 226-227, 236-237. ISBN 978-972-40-6870-1.

MORAES, Alexandre de (2011) - **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas. ISBN 978-85-224-6252-0.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo (2017) - Homoparentalidade: Dupla Maternidade/Paternidade e a Teoria do Reconhecimento a Partir do Provimento 52 do Conselho Nacional de Justiça. In DIAS, Maria Berenice, coord. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 9788520371121.

NASÃO, Públio Ovídio (2003) - **A Arte de Amar**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Claret.

NEVES, Maria do Céu Patrão (2009) - Mudam-se os Tempos, Manda a Vontade. O Desejo e o Direito a ter um Filho. In ASCENSÃO, José de Oliveira, coord. **Estudos de Direito da Bioética**. Volume III. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3786-8.

NETO, Abílio (2016) - **Código Civil Anotado**. 19ª Edição. Coimbra: Almedina. p. 1459. ISBN 978-989-8438-14-0.

NETO, Luísa (2018) - A Igualdade como Concretização da Dignidade? Considerações a Propósito do Acórdão n. 346/2015 do Tribunal Constitucional. In NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de, org. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-7415-3.

NIPPERDEY, Hans Carl (2011) - Livre Desenvolvimento da Personalidade. *In* HECK, Luís Afonso, org. DÜRIG, Günther; *et al.* **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Título Original: Freizügigkeit. p.72. ISBN. 978-85-7525-570-4.

NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto (2015) - Reprodução Humana: Reprodução Assistida, Fertilização *in Vitro*, Inseminação Artificial, Direitos Reprodutivos. **Dilemas Acerca da Vida Humana: Interfaces entre a Bioética e o Biodireito**. São Paulo: Editora Atheneu. ISBN 978-85-388-0660-8.

NOVAIS, Jorge Reis (2010) - **As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1833-6.

_____ (2011) - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora. p.59-60, 110. ISBN 972-32-1254-4.

_____ (2016) - **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. I: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-6157-3.

_____ (2016) - **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. II: Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina. p.134. ISBN 978-972-40-6346-1.

OLIVEIRA, Guilherme de (2013) - Restrições de acesso à parentalidade. **Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família**. Ano 10, n. 20, Julho/Dezembro 2013. p.7. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1645-9660.

EGÍDIO, Mariana Melo (2018) - O Argumento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Paternalismo Jurídico e Restrições a Direitos Fundamentais. *In* NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo de, org. **A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina. p. 399. ISBN 978-972-40-7415-3.

PADILHA, Elizângela (2017) - **Novas Estruturas Familiares: Por uma Intervenção Mínima do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. ISBN 978-85-519-0165-6.

PASTEUR, Claude (1997) - **Dois Mil Anos de Segredos de Alcova: de Nero a Hitler**. Trad. Lidia da Mota Amaral. Rio de Janeiro: Record – Rosa dos Tempos. Título Original: Deux Mille Ans de Secrets d’Alcôve. ISBN 85-01-04948-4.

PATEMAN, Carole (1992) - **Participação e Teoria Democrática**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra. Título Original: Participation and Democratic Theory. ISBN. 85-219-0604-8.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz (2013) - A Coadoção em Uniões Homossexuais. **Brotéria: Cristianismo e Cultura**. Vol. 176. Lisboa, Maio/Junho de 2013. ISSN 0870-7618.

PEREIRA, Margarida Silva (2013) - **Direito da Família: Elementos de Estudo**. Lisboa: AAFDL.

_____ (2017) - Uma Gestação Inconstitucional: o Caminho da Lei da Gestação de Substituição. **Julgar Online**. p. 23. Disponível em <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2017) - Princípio da Afetividade. *In* DIAS, Maria Berenice, coord. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7112-1.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (2002) - **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola. ISBN 85-15-00321-X.

PINHEIRO, Jorge Duarte (2005) - Procriação Medicamente Assistida. **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Vol. I. Coimbra: Almedina.

_____ (2015) - A Problemática da Maternidade de Substituição. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL.

_____ (2015) - O Estatuto do Cidadão Homossexual no Direito da Família – O Lugar de Portugal no Movimento Internacional. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL.

_____ (2015) - Novos Pais e Novos Filhos – Sobre a Multiplicidade no Direito da Família e das Crianças. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa AAFDL.

_____ (2016) - **O Direito da Família Contemporâneo**. 5ª ed. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-6763-6.

PINTO, Paulo Mota (2018) - **Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais**. Coimbra: GESTLEGAL. pp. 1623-1624. ISBN 978-989-54076-3-7.

PIOVESAN, Flávia (2011) - **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano**. 2º ed. São Paulo: Saraiva. ISBN 978-85-02-06613-7.

_____ (2011) - Igualdade, Diferença e Direitos Humanos – Perspectivas Global e Regional. In MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina; VALIM, Rafael, coord. **Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas**. Belo Horizonte-MG: Fórum. ISBN 978-85-7700-411-9.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (2016) – In SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. p. 55. ISBN 978-85-89379-96-0.

RAMOS, H. Vilaça (2012) - Maternidade de Substituição – Perspectiva Bioética. **Brotéria: Cultura e Informação**. Vol. 175. Lisboa, agosto/setembro de 2012. ISSN 0870-7618.

RAPOSO, Vera Lúcia (2007) - Em Nome do Pai (... Da Mãe, dos Dois Pais, e das Duas Mães) – Análise do art. 6º da Lei nº 32/2006. **Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 4, n. 7. Coimbra, Janeiro/Junho 2007. ISSN 1646-0359.

_____ (2010) - Biodireitos: The New Kids on the Juridical Playground. **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos; coord. - **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-2053-7.

REALE, Miguel (2002) - **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva. pp. 126-127. ISBN 978-85-02-04126-4.

RIOS, Roger Raupp (2016) – In SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). **Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. pp. 439-440 e 447. ISBN 978-85-89379-96-0.

ROSA, Letícia Carla Batista; CARDIN, Valéria Silva Galdino (2017) - **Homoparentalidade na Reprodução Assistida**. Curitiba: Editora Prismas. ISBN 978-85-5507-448-6.

ROSS, Derek B. M.; MIX-ROSS, Sarah E. (2019) - **Canadian Pluralism and The Charter: Moral Diversity in a Free and Democratic Society**. Toronto: Lexis Nexis Canada. pp. xl e 60. ISBN 9780433502470.

SANDEL, Michael J. Justiça (2012) - **O que é Fazer a Coisa Certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Título original: Justice. ISBN 978-85-200-1030-3.

SARDINHA, Antonio Carlos; FAISTING, André Luiz (2013) - A Consolidação do Campo de Luta por Direitos Sexuais no Mato Grosso do Sul: Estudo do Percorso Histórico do Movimento LGBTT. In GUIMARÃES, Verônica Maria Bezerra. **Direitos Humanos e Relações Internacionais: Debates Contemporâneos**. Dourados-MS: UFGD. ISBN 9788581470085.

SARLET, Ingo Wolfgang (2011) - **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. pp.84-85 ISBN 978-85-7348-730-5.

SCHMIDT, Joël (1937) - **Dicionário de Mitologia Grega e Romana**. Trad. João Domingos. Lisboa: Edições 70 (reimp. 2015). Título original: Dictionnaire de la Mythologie Grecque et Romaine. ISBN 978-972-44-1654-0.

SCHMITT, Carl (1932) - **O Conceito do Político**. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70 (reimp. 2018). Título original: Der Begriff des Politischen. ISBN 9789724418247.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo (2010) - **As pessoas em Primeiro Lugar: a Ética do Desenvolvimento e os Problemas do Mundo Globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras. Título original: Primero la Gente – Uma Mirada Desde la Ética del Desarrollo a los Principales Problemas del Mundo Globalizado. ISBN 978-85-359-1664-5.

_____ (2011) - **A Ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. Título Original: The Idea of Justice. ISBN 9788535919271.

_____ (2011) - **Peace and Democratic Society**. Cambridge: Open Book Publishers. ISBN 978-1-906924-39-3

_____ (2012) - **Desigualdade Reexaminada**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record. Título original: Inequality Reexamined. ISBN 978-85-01-05705-1.

SILVA, De Plácido e (2016) - **Vocabulário Jurídico**. In SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques, (atual.) 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 9788530960605.

SILVA, José Afonso da (2007) – **Comentário Contextual à Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. ISBN 978-85-7420-816-9.

SILVA, Paula Martinho da (1997) - **Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada**. Lisboa: Cosmos. ISBN 972-762-050-7.

_____ e COSTA, Marta (2011) - **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)**. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1905-0.

SILVA, Reinaldo Pereira e (2016) - Biodireito: o Novo Direito da Vida. In WOLKMER, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato – org. **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas – Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas**. São Paulo: Saraiva. ISBN 978-85-02-63722-1.

SILVA, Susana (2014) – **Procriação Medicamente Assistida: Práticas e Desafios** - Lisboa: ICS - Imprensa de Ciências Sociais. ISBN 978-972-671-326-5.

SIMÕES, Bruno Costa - A Soberania Revisitada: Carl Schmitt, Foucault e a Questão do Poder. In RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúion; e FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política: Para os Cursos de Teoria do Estado e Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais**. ISBN. 978-85-02-15407-0.

SOUSA, Filipa Cabral de Andrade Duarte Ribeiro Vicente de (2008) - A Procriação Medicamente Assistida na União Europeia: Harmonizar ou Reagir? **O Direito**. Volume IV. Ano 140. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3625-0.

THE ECONOMIST. Volume 422. Número 9028. 18 de Fevereiro de 2017. London.

THOMSON, Oliver (2002) - **A Assustadora História da Maldade**. Trad. Mauro Silva. São Paulo: Ediouro. Título Original: A History of Sin. ISBN 85-00-00985-3.

ULPIANO (2002) **Regras de Ulpiano: Ulpiani Liber Singularis Regularum**. Edição Bilingue: latim-português. In SCIASCIA, Gaetano, trad., introd. e notas. Bauru-SP: EDIPRO. ISBN 85-7283-369-2.

VIEIRA, Jair Lot (supervisão editorial) (2011) - **Código de Hamurabi: Código de Manu (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas**. 3ª Edição. São Paulo: EDIPRO. ISBN 978-85-7283-755-2.

WOLKMER, Antonio Carlos (2015) - **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. p. 253. ISBN 978-85-02-22835-1.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2009) - **El Derecho Dúctil**. 9ª Edição. Trad. Marina Gascón. Madri: Editora Trotta. Título Original: Il Diritto Mitte: Legge, diritti, Giustizia. p.84. ISBN 978-84-8164-071-7.

ZIPPELIUS, Reinhold (2016) - **Teoria Geral do Estado: Ciência Política**. Trad. António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva. Título Original: Allgemeine Staatslehre Politikwissenschaft. ISBN 978-85-02-61797-1.

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS VIRTUAIS

AGOSTA, Stefano (2019) - La Maternità Surrogata e la Corte Costituzionale (a Propósito di Obiter Dicta da Prendere sul Serio). **Osservatorio Sulle Fonti**. Ano XI - Fascículo 2/2018. [em linha] Firenze, 2018. [Consul. 15 Nov. 2019]. ISSN 2038-5633. pp. 13-14. Disponível em https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29935_2017_272.pdf.

ANGELINI, Francesca (2018) - Bilanciare Insieme Verità di Parto e Interesse del Minore La Corte Costituzionale in Materia di Maternità Surrogata Mostra al Giudice come non Buttare il Bambino con l'Acqua Sporca. **Costituzionalismo.it**. Fascículo 1/2018. [em linha] Roma, 2018. [Consul. 15 Nov. 2019]. ISSN: 2036-6744. pp.174-175. Disponível em https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29301_2017_272.pdf.

BADALOTTI, Mariangela (2010)– **Aspectos Bioéticos da Reprodução Assistida no Tratamento da Infertilidade Conjugal**. [em linha]. Porto Alegre: AMRIGS, 2010. [Consul. 14 Mar. 2016]. Disponível em http://www.amrigs.com.br/revista/54-04/022732_bioetica_aspectos.pdf.

BAIOCCO, Roberto; CARONE, Nicola; IOVERNO, Salvatore; LINGIARDI, Vittorio. Same-Sex and Different-Sex Parent Families in Italy: Is Parents' Sexual Orientation Associated with Child Health Outcomes and Parental Dimensions? **Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics**. 0:1-9 [em linha] 2018 [Consul. 13 Set. 2019] doi: 10.1097/DBP.0000000000000583. Disponível em https://web.uniroma1.it/neuroscienze/sapienza/article_detail/6936.

BOS, H. M.; KNOX, J.; GELDEREN, L. van Rijn-van; e GARTRELL, N. K. (2016) - Same-sex and Different-sex Parent Households and Child Health Outcomes: Findings from the

National Survey of Children's Health. **Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics**. [em linha] Abril de 2016 [Consul. 13 Set. 2019] 37(3): 179–187. doi:10.1097/DBP.0000000000000288. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6309949/pdf/nihms-996163.pdf>.

BOTEV, Nikolai (2006) - Is Europe Trapped in/by Low Fertility? **Entre Nous: The European Magazine for Sexual and Reproductive Health**. [em linha] N. 63. pp.4-7. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2006. ISSN. 1014-8485 [Consul. 06 Out. 2018] Disponível em http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/73954/EN63.pdf.

BUTLER, Judith (2003). O Parentesco é Sempre Tido como Heterossexual? **Cadernos Pagu**. (21) [em linha] pp. 259-260 DOI: 10.1590/S0104-83332003000200010. [Consul. 09 Set. 2019] Disponível em <https://pt.scribd.com/document/75558106/BUTLER-Judith-O-parentesco-e-sempre-tido-como-heterossexual>.

CHEMALY, Soraya (2012) - What do Artificial Wombs Mean for Women? **R H Reality Check** [em linha] 23.02.2012 [Consul. 07 Set. 2019] Disponível em <https://rewire.news/article/2012/02/23/what-do-artificial-wombs-mean-women/>.

EDELMANN, R.J. (2004) - Surrogacy: the psychological issues. **Journal of Reproductive and Infant Psychology**. [em linha] 22:2, 123-136, DOI: 10.1080/0264683042000205981 [Consul. 02 Nov. 2019]. pp-123-136. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0264683042000205981?src=recsys>.

EJZENBERG, Dani; ANDRAUS, Wellington; MENDES, Luana Regina Baratelli Carelli; DUCATTI, Liliana; SONG, Alice; TANIGAWA, Ryan; *et al* (2018) - Livebirth after Uterus Transplantation from a Deceased Donor in a Recipient with Uterine Infertility. **The Lancet**. [em linha] 04.12.2018 [Consul. 07 Set. 2019] Disponível em [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(18\)31766-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)31766-5).

FIGO (Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia) (2018) - **Population Decline on The Horizon in Europe as Fertility Rates Stay Below Replenishment Level**. [em linha] 30.03.2018 [Consul. 10 Out. 2018] Disponível em <https://www.figo.org/news/population-decline-horizon-europe-fertility-rates-stay-below-replenishment-level-0015898>.

GELDEREN, L. Van Rijn-van; BOS, H. W. M.; JORGENSEN, T. D.; ELLIS-DAVIES, K.; WINSTANLEY, A.; GOLOMBOK, S.; RUBIO, B.; GROSS, M.; VECHO, O.; LAMB, M. E. (2018) - Wellbeing of Gay Fathers with Children Born Through Surrogacy: A Comparison with Lesbian-Mother Families and Heterosexual IVF Parent Families. **Human Reproduction**. Vol. 33. I:1. pp. 101-108. [em linha] Julho de 2018 [Consul. 13 Set. 2019] Disponível em <https://doi.org/10.1093/humrep/dex339>.

GOLDBERG, Shoshana K.; CONRON, Kerith J. (2018) - How Many Same-sex Couples in the U.S. are Raising Children? [em linha] Julho de 2018 [Consul. 13 Set. 2019] Disponível em <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wpcontent/uploads/ParentingAmongSameSexCouples.pdf>.

GOLOMBOK, Susan; ZADEH, Sophie; IMRIE, Susan; SMITH, Venessa; e FREEMAN, Tabitha (2016) - Single Mothers by Choice: Mother-Child Relationships and Children's Psychological Adjustment. **Journal of Family Psychology**. 30(4): 409–418. [em linha] 2016 Junho. [Consul. 13 Set. 2019] doi: 10.1037/fam000188. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4886836/>.

HOCHSCHILD, Fernando Zegers; *Et al.* (2018) – **Glossário de Terminologia em Técnicas de Reprodução Assistida** [em linha]. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 2010. [Consul.

14 Mar. 2016]. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1.

JONES, B. P.; WILLIAMS, N. J.; SASO, S.; THUM, M-Y; QUIROGA, I.; YAZBEK, J.; WILKINSON, S.; GHAEM-MAGHAMI, S.; THOMAS, P.; e SMITH, J.R. (2018) - Uterine Transplantation in Transgender Women. **BJOG An International Journal of Obstetrics and Gynaecology**. [em linha] 20.08.2018 [Consulta em 07.09.2019]. Disponível em <https://doi.org/10.1111/1471-0528.15438>.

MATUCCI, Giuditta (2017) - **La Dissoluzione del Paradigma della Verità della Filiazione Innanzi all'Interesse Concreto del Minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)**. [em linha] Pavia, 2018. [Consul. 15 Nov. 2019] pp. 10 e 14. Disponível em https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29248_2017_272.pdf.

MUTCHERSON, Kimberly M. (2014) - Procreative Pluralism. **Berkeley Journal of Gender, Law & Justice**. Vol. 30, No. 22, 2015. [em linha] 21.06.2014 [Consul. 12 Jun. 2018] Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2621223>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais (2017) - The end of High Fertility is near. **Population Facts**. [em linha]. N. 2017/3. Outubro 2017. [Consul. 06 Out. 2018] Disponível em https://population.un.org/wpp/Publications/Files/PopFacts2017-3_The-endofhighfertility.pdf.

PATTERSON, Charlotte J (2006) - Children of Lesbian and Gay Parents. **Current Directions in Psychological Science**. Vol. 15. N. 5. [em linha] 2006 [Consul. 13 Set. 2019] Disponível em <http://web.missouri.edu/~segerti/2210/gayparents.pdf>.

RAO, Kamini (2010) - Nobel Prize for Scientist Professor Robert G. Edwards. **Journal of Human Reproductive Sciences**. [em linha] 3(3):120. doi:10.4103/0974-1208.74151. [Consul. 14 ago. 2018]. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3017325/?report=classic>.

RAPOSO, Vera Lúcia (2019) - Dá-me Licença que Tenha Filhos? Restrições Legais no Acesso às Técnicas de Reprodução Assistida. **Revista Direito GV**. V. 15. N. 2. [em linha] Maio/Ago. 2019 doi: <http://dx.doi.org/10.1590/23176172201915>. [Consul. 01 nov. 2019] Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n2/2317-6172-rdgv-15-02-e1915.pdf>.

RAZZANO, Elvira (2019) - Artificial Rights: Potential Implications of Compelled Fetal Extraction and Artificial Gestation for Reproductive Autonomy in the Wake of Whole Women's Health V. Hellerstedt. **Review of Law and Social Justice**. Vol. 28:2. [em linha] 2019 [Consul. 07 Set. 2019] Disponível em <https://gould.usc.edu/students/journals/rlsj/issues/assets/docs/volume28/Spring2019/2-5razzano.pdf>.

RIOS, Roger Raupp (2006) - Para um Direito Democrático da Sexualidade. **Horizontes Antropológicos**. [em linha] Ano 12, N. 26. p.84. [Consul. 22 nov. 2019] Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226.pdf>.

_____ (2013) - As Uniões Homossexuais e a “Família Homoafetiva”: O Direito de Família como Instrumento de Adaptação e Conservadorismo ou a Possibilidade de sua Transformação e Inovação. **Civilistica.com** [em linha] Ano 2. N. 2. pp. 15-16 [Consul. 22 nov. 2019] Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Rios-civilistica.coma.2.n.2.2013.pdf>.

ROCK, John; MENKIN, Miriam Friedman (1944) - *In Vitro* Fertilization and Cleavage of Human Ovarian Eggs. **Science**. [em linha] 100: 105–07. [Consul. 14 ago. 2018] Disponível

em https://oncofertility.northwestern.edu/sites/oncofertility/files/legacy_files/uploadedfilecontent/rock_and_menkin_1944_ivf_paper.pdf.

ROSSI, Nicole E. (2018) - Commentary on Same-sex and Different-sex Parent Households and Child Health Outcomes: Additional Sources of Same-Sex Parenting Stress to Consider. **Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics**. Volume 39. 1-2. p.180 [em linha] Fevereiro/Março 2018 [Consul. 13 Set. 2019] doi: 10.1097/DBP.0000000000000542. Disponível em https://journals.lww.com/jrnldb/Citation/2018/02000/CommentaryonSameSexandDifferentSex_Parent.12.aspx.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1997) - Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. N. 48 [em linha] Junho 1997 [Consul. 26 Set. 2019] pp. 11-32. http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcaomulticulturaldireitoshumanos_RCCS48.PDF

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G.D.; MOUZON, J. de; ISHIHARA, O.; MANSOUR, R.; NYGREN, K.; SULLIVAN, E.; VAN DER POEL, S. (2009) - The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. **Human Reproduction**. [em linha] Vol. 24, N. 11, pp.2683-2687. Oxford University Press. [Consul. 14 Ago. 2018] Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology.pdf.

_____- ADAMSON, G. David; DYER, Silke; RACOWSKY, Catherine; MOUZON, Jacques de; SOKOL, Rebecca; RIENZI, Laura; SUNDE, Arne; SCHMIDT, Lone; COOKE, Ian D.; SIMPSON, Joe Leigh; VAN DER POEL, Sheryl (2017) - The International Glossary on Infertility and Fertility Care 2017. **Fertility and Sterility**. [em linha] Vol. 108, n. 3, Setembro 2017. [Consul. 10 Out. 2018]. Disponível em [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(17\)30429-6/pdf](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(17)30429-6/pdf).

ARTIGOS JORNALÍSTICOS VIRTUAIS

Austrian Women Become Country's First Same-Sex Couple to Get Married: Gay Rights Groups Have Spent Years Fighting for Equality. [em linha] 01.01.2019 [Consulta em 09.09.2019]. Disponível em <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/same-sex-gay-marriage-australia-nicole-kopaunik-daniela-paier-lgbt-new-years-day-a8706606.html>.

JIMENEZ, Gabriele. VEJA. **Casais Homossexuais Brasileiros Tendem a Ter Filhos.** [em linha] 24.11.2012 [Consulta em 05.07.2019]. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/casais-homossexuais-brasileiros-tendem-a-ter-filhos/>.

MEDIAVILLA, Daniel. A Técnica para os Homens Produzirem Óvulos e Mulheres, Espermatozoides: Reprogramação Celular em Camundongos Permitiu Produzir Descendentes a Partir de Duas Fêmeas ou Dois Machos, mas em Seres Humanos o Processo é Complicado. **El País**. [em linha] 08.07.2019 [Consulta em 07.09.2019]. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/07/ciencia/1562532394_457066.html.

RITSCHER, Chelsea. Baby Girl Born after Mother Receives Transplanted Womb from Dead Donor in US First: Birth is the Second Time Worldwide a Baby Has Been Born from a Dead Donor's Transplanted Womb. **The Independent**. [em linha] 10.07.2019 [Consulta em 07.09.2019]. Disponível em <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/womb-transplant-baby-born-us-cleveland-uterus-donor-dead-a8999121.html>.