



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

**DIREITOS REPRODUTIVOS NAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO
MESMO SEXO: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PROIBIÇÃO DA
DISCRIMINAÇÃO**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Barbara Bortoluzzi Emmerich

Orientadores: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário e Professora
Doutora Patrícia Cardoso Dias

Número do candidato: 30003854

Agosto de 2024

Lisboa

RESUMO

O modelo clássico de família, fundado no casamento entre um homem e uma mulher, com o objetivo de procriar, cedeu espaço aos novos arranjos familiares e pluralizou o conceito tradicional de família. O direito à diferença enquanto manifestação do princípio da igualdade, cujo alcance de uma sociedade justa se dá pelo aspecto diferenciativo da igualdade, reconhece a igual dignidade dos grupos que sempre foram marginalizados por não corresponderem aos ideais sociais majoritários, como as famílias monoparentais e aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo. O aprofundamento no estudo demonstrou que o direito fundamental de constituir família pelos pares do mesmo sexo, incluindo-se a parentalidade e a procriação medicamente assistida, estão umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana como valor intrínseco de cada ser humano, bem como aos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e livre desenvolvimento da personalidade. A dissertação, então, tem o propósito de abordar os contornos e limites da atuação estatal acerca do tema. Em que pese a lei portuguesa estipular que a reprodução humana assistida é tratamento subsidiário, reconhece o direito a todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade. Considerando que os casais homoafetivos são “biologicamente inférteis”, posto que não se reproduzem entre si, a única possibilidade de exercerem seus direitos reprodutivos é através da procriação medicamente assistida e, em havendo essa possibilidade para as mulheres lésbicas, tal como se sucede com as mulheres solteiras e os casais heterossexuais inférteis, assim deveria ocorrer com os homens. Portanto, a escolha legislativa é incompatível com vários princípios constitucionais ao negar esse direito aos homens, em uma forma de exclusão injustificada que revela intolerância e desigualdade.

Palavras-chave: Reprodução. Família homoafetiva. Igualdade. Direito fundamental.

ABSTRACT

The classic model of family, based on marriage between a man and a woman, aimed at procreation, has given way to new family arrangements and diversified the traditional concept of family. The right to difference as a manifestation of the principle of equality, whose reach of a just society is given by the differentiating aspect of equality, recognizes the equal dignity of groups that have always been marginalized for not corresponding to the majority social ideals, such as single-parent families and those formed by people of the same sex. Further study has shown that the fundamental right to form a family for same-sex couples, including parenthood and medically assisted procreation, is closely linked to the dignity of the human person as an intrinsic value of each human being, as well as to the fundamental rights of freedom, equality, and the free development of personality. The dissertation, therefore, aims to address the contours and limits of state action on the subject. Although Portuguese law stipulates that assisted human reproduction is a subsidiary treatment, it recognizes the right of all women regardless of the diagnosis of infertility. Considering that same-sex couples are "biologically infertile," as they do not reproduce with each other, the only possibility for them to exercise their reproductive rights is through medically assisted procreation. If this possibility exists for lesbian women, as it does for single women and infertile heterosexual couples, it should also apply to men. Therefore, the legislative choice is incompatible with several constitutional principles by denying this right to men, in a form of unjustified exclusion that reveals intolerance and inequality.

Keywords: Reproduction. Same-sex family. Equality. Fundamental right.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I – O direito de constituir família.....	09
1. Breve digressão sobre a evolução do conceito de família.....	09
2. O direito de constituir família.....	11
2.1.O direito de constituir família no direito internacional dos direitos do homem	12
2.2.O direito de constituir família no ordenamento jurídico português.....	20
2.3.O direito de constituir família no ordenamento jurídico brasileiro.....	23
3. As uniões entre pessoas do mesmo sexo.....	23
3.1. Conceito e evolução histórica da homossexualidade.....	24
3.2.O direito à orientação sexual.....	28
3.3. A regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo no mundo.....	30
3.4. União de facto e casamento nas relações homoafetivas em Portugal.....	32
3.5. União estável e casamento nas relações homoafetivas no Brasil.....	39
4.O direito de constituir família como fonte do direito à reprodução.....	44
CAPÍTULO II – A constitucionalização dos direitos reprodutivos.....	47
5. O direito fundamental à reprodução humana?.....	47
6. Os direitos reprodutivos no âmbito normativo constitucional.....	51
6.1. O princípio da dignidade da pessoa humana.....	52
6.2. As dimensões de direitos fundamentais e a recepção constitucional dos novos direitos.....	55

6.3. O direito ao desenvolvimento da personalidade.....	61
6.3.1. O direito à reprodução como direito ao desenvolvimento da personalidade....	62
6.3.2. O desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.....	62
6.3.3. O desenvolvimento da personalidade e a autonomia reprodutiva.....	64
6.4. O direito à saúde reprodutiva.....	65
6.5. O direito de disposição do corpo na reprodução humana.....	67
CAPÍTULO III – A abordagem jurídica às técnicas da procriação medicamente assistida e as restrições ao acesso nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.....	71
7. Técnicas reprodutivas.....	71
7.1. A procriação medicamente assistida.....	71
7.2. Origem dos gametas: a PMA homóloga e heteróloga.....	73
7.3. Inseminação artificial.....	74
7.4. FIV.....	74
7.5. Transferência intratubária de gametas (GIFT).....	75
8. Âmbito normativo e limites.....	76
8.1. Titularidade e exercício do direito.....	76
8.2. Motivos legalmente justificados para o exercício do direito.....	79
8.3. Limitações ao exercício do direito.....	82
8.4. Fundamentos jurídicos de limitação do exercício do direito.....	83
9. Os direitos parentais e a constituição familiar.....	86
9.1. Os direitos parentais como fonte dos direitos reprodutivos.....	86
9.2. O direito ao planejamento familiar e a reprodução assistida.....	88

9.3. Analogia com a adoção.....	89
10. Os direitos reprodutivos fundados no direito à intimidade da vida privada e familiar dos casais do mesmo sexo.....	91
11. Evolução da gestação de substituição em Portugal.....	95
12. Os direitos reprodutivos nas uniões homoafetivas e a limitação de acesso aos homens em Portugal: o princípio da igualdade e a proibição de discriminação.....	101
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS.....	114

LISTA DE ABREVIATURAS

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil Português

CFB – Constituição Federal Brasileira

CRP – Constituição da República Portuguesa

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

LPMA – Lei de procriação medicamente assistida

OEA – Organization of American States

ONU – Organização das Nações Unidas

PMA – Procriação medicamente assistida

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

STF – Supremo Tribunal Federal Brasileiro

TC – Tribunal Constitucional Português

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

UAL – Universidade Autónoma de Lisboa

UE – União Europeia

UN – United Nations

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a abordar o acesso à procriação medicamente assistida aos pares do mesmo sexo sob a perspectiva de um nítido direito fundamental.

A escolha do tema centra-se no reconhecimento dos direitos reprodutivos no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, à luz do direito ao desenvolvimento da personalidade e da constituição da família em condições de plena igualdade, que devem ser interpretados com base no princípio da igualdade material e na não discriminação.

O aprofundamento no estudo abordará a forma discriminatória de exclusão dos homens e dos casais de homens no acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, prevista no art. 6º da Lei portuguesa nº 32/2006, onde o legislador concluiu que se apenas as mulheres possuem útero e a capacidade de engravidar, somente a elas é dado o direito de recorrer à reprodução humana assistida de forma individual ou aos pares femininos.

Assim, o propósito do trabalho é expor as interpretações doutrinárias, legais e jurisprudenciais sobre o direito de reprodução, como um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, buscando evidenciar que as restrições impostas ao uso das técnicas de procriação medicamente assistida, notadamente quanto ao estado civil e à orientação sexual do beneficiário, ofendem a dignidade da pessoa humana, pois o desejo de procriar traduz uma das mais ancestrais aspirações da humanidade, um misto de instinto e cultura.

O projeto parental das famílias homoafetivas por meio de técnicas de reprodução é precedido por um longo e difícil percurso marcado por inseguranças, fatores psicológicos, falhas de implantação e, acima de tudo, perseverança e uma clara consciência sobre a responsabilidade e os deveres parentais.

Reduzir todo esse processo a um "mero capricho" é paradoxal e está desconectado do amplo conjunto de direitos fundamentais relacionados à reprodução humana e aos direitos familiares, consagrados no princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à reserva da vida privada e familiar estabelece a importância de proteger a esfera íntima das pessoas contra interferências indevidas provenientes do Estado, de instituições ou de outras pessoas e resta reconhecido nas constituições democráticas e instrumentos internacionais de direitos humanos.

A metodologia a ser desenvolvida será calcada no exame de artigos científicos, legislação comparativa e revisões bibliográficas, com o estudo crítico de alguns casos concretos

quanto à forma de exclusões indevidas dessas categorias e inclusão progressiva ao longo da história.

Com efeito, os métodos de abordagem serão o dedutivo e o indutivo, com a exposição das conclusões e estudos sobre a delimitação do tema, partindo-se do pressuposto dos conceitos formulados doutrinariamente – em sua concepção contextual e histórica –, com a observância do direito comparado e defesa do posicionamento pessoal da autora a respeito da evolução e redimensionamento dos direitos reprodutivos e dos limites do poder estatal nesse aspecto.

Em conclusão, sobreleva notar que a técnica de pesquisa a ser utilizada será a documentação indireta, expondo-se as interpretações bibliográficas e revelando a contribuição investigativa para o assunto em liça, demonstrando o tratamento e disciplina do direito de constituir família em sua abrangência máxima ao pares do mesmo sexo, cuja natureza é fundamentalmente inclusiva; tudo isso reflexo do direito fundamental de reprodução.

CAPÍTULO I – O direito de constituir família.

1. Breve digressão sobre a evolução do conceito de família.

A família é considerada o principal agente de organização social e de inserção do homem na cultura, sendo o primeiro instituto que possibilitou a estruturação do ser humano em sociedade e que reprimiu os seus instintos mais primitivos¹. A base da família relaciona-se, desde o início, com a procriação humana e precede a organização política de formação do Estado.

Uma das formas de compreensão da família é reconhecê-la como uma instituição que se configura com base em determinados aspectos da sociedade, como os comportamentos sociais, as conjunturas políticas, religiosas e manifestações culturais da época².

Nesta investigação, a relevância do tratamento da evolução do conceito de família busca destacar a sua capacidade de mudança e adaptabilidade social ao longo da história.

No contexto ocidental, o termo “família”, que é derivado do latim *"famulus"*, surgiu na Roma Antiga (século VIII a.C.), onde a instituição familiar era compreendida como um conjunto que descendia de um ancestral comum, o chefe, que exercia poder sobre o restante dos membros, estabelecendo-se o modelo patriarcal hierarquizado³.

A partir do advento do cristianismo, mais precisamente no século IV d.C., durante o período constantiniano, a família fincou suas bases no sacramento matrimonial⁴.

Na idade média, em decorrência da forte influência do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito Bárbaro, o casamento religioso continuou sendo a base de formação do conjunto familiar. Nesse momento, a instituição do matrimônio era completamente controlada pela Igreja, perdurando desse modo até quase todo o século XIX.

A família era vista como um corpo social integrado pelos pais, filhos e demais parentes, cujo núcleo familiar representava uma unidade de produção rural, incentivada a procriar para perpetuar a espécie e aumentar os membros produtivos, mas que gradativamente foi perdendo espaço após a revolução industrial, que cedeu lugar à força de trabalho fora dos núcleos restritos ao ambiente familiar, abrindo-se caminho, inclusive, ao trabalho feminino⁵.

1 FREUD, Sigmund – **Totem e Tabu**, pp. 10-11.

2 PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Direito da Família**, p. 6.

3 DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, p. 59.

4 COULANGES, Numa Denys Fustel de – **A cidade antiga**, p. 328.

5 AMARO, Fausto – **Sociologia da Família**, p. 101.

Dessa forma, a estrutura inicialmente tradicional foi paulatinamente substituída por novos modelos, mais adaptados às demandas sociais, às problemáticas do Estado Liberal e às atrocidades das grandes guerras⁶.

A alteração no estilo de vida das pessoas e a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e em posições sociais antes ocupadas somente por homens, também influenciou diretamente na defasagem do modelo patriarcal pelo modelo de família nuclear, formada pelos pares e seus filhos, com mais interação e afeto entre seus membros⁷.

As perspectivas do direito de família foram significativamente renovadas⁸. Os princípios basilares e regras jurídicas da época, tais como a indissolubilidade do casamento e a inexistência de proteção jurídica ao filho natural extraconjugal, deram lugar a outros, face a perda do poder da Igreja e da concepção de uma família padronizada por regras de desigualdade, agora obedientes às ordens constitucionais consubstanciadas na dignidade da pessoa humana.

A conformação familiar tal como compreendemos hodiernamente adveio de uma concepção mais individualista surgida a partir do final do século XIX e no decorrer do século XX, fomentada por intensas transformações relacionadas ao desenvolvimento científico e ao movimento de valorização do ser humano⁹.

Os sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil seguem os modelos configurados a partir do século XX, onde a família a ser difundida tem bases na igualdade e no respeito à individualidade dos seus membros, conforme se depreende, dentre outros, do artigo 36º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, que consagra o direito de constituir família em condições iguais e do artigo 67º, nº 1, que trata da obrigação do Estado e da sociedade de darem condições para a realização pessoal do indivíduo, passando o afeto a ser um dos fundamentos principais, tal como se sucede no artigo 226 da Constituição Federal Brasileira.

Entende-se, portanto, que os ordenamentos jurídicos devem acompanhar a evolução e necessidades da época para se adequar à realidade atual¹⁰, de modo que o direito de família tem por precípua finalidade proteger esse núcleo natural e fundamental, regulando a estrutura

6 FÉLIX, Antônio Bragão – **Reflexões sobre a família no limiar do século XXI**, p. 13.

7 *Idem* – p. 14.

8 PINHEIRO, Jorge Duarte – **O ensino do Direito da Família Contemporâneo**, pp. 29-31.

9 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família: introdução, direito matrimonial**, pp. 147-149. Sobre o tema: FERRARINI, Letícia – Sociedade tecnológica e de consumo, relações líquidas e novas formas de constituir família: perspectivas inovadoras para o Direito. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. [Em linha]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Let%C3%ADcia%20Ferrarini> [Consult. em 20-07-2024].

10 PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia – Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. *In Revista Crítica de Ciências Sociais*. [Em linha], p. 68. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/rccs.619> [Consult. em 20-07-2024].

pública e privada da entidade familiar, que é o reflexo dos sentimentos, comportamentos e vida do indivíduo¹¹.

Assim, é indispensável demarcar o seu alcance e limites, a fim de não interferir indevidamente no livre desenvolvimento da personalidade e na privacidade e reserva da intimidade da vida privada e familiar das pessoas que constituem a família, por uma visão pluralista do direito de constituí-la¹².

2. O Direito de constituir família.

O modelo clássico de família, fundado no casamento entre um homem e uma mulher com o objetivo de procriar, cedeu espaço aos novos arranjos familiares e pluralizou o conceito tradicional de família.

Michelle Pierrot, ao criticar o padrão de família antes imposto, afirma que a família do século XIX era ambígua: “Ninho e nó, refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra a agressão exterior, protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar - mas também secreta, fechada, exclusiva, normativa, palco de incessantes conflitos”¹³.

Os princípios da solidariedade, pluralismo, liberdade e igualdade, bem como o fundamento da democracia voltado à proteção dos direitos humanos e ao princípio da afetividade, estenderam a noção de família e do direito de constituir família para além do modelo tradicional, que já não se condiciona à tríade casamento, sexo e procriação¹⁴.

Portanto, em que pese o casamento convencional ainda ser a regra, não se pode olvidar das famílias pós-modernas, que são mais igualitárias entre os sexos e menos sujeitas aos padrões impostos.

O direito à diferença enquanto manifestação do princípio da igualdade, cujo alcance de uma sociedade justa se dá pelo aspecto diferenciativo da igualdade, reconhece a igual dignidade dos grupos que sempre foram marginalizados por não corresponderem aos ideais sociais majoritários, como as famílias monoparentais e aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo.

11 CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martínez de – A comunidade familiar. *In* **Textos de direito da família: para Francisco Pereira Coelho**, p. 23.

12 Os direitos de personalidade e a privacidade e reserva da intimidade da vida privada e familiar serão investigados no capítulo seguinte.

13 A autora afirma que nossos contemporâneos não rejeitam a família em si, mas sim o modelo excessivamente rígido e normativo que ela assumiu no século XIX, asseverando que “eles rejeitam o nó, não o ninho”. PERROT, Michelle – O nó e o ninho. *In* **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**, p. 77.

14 CALDERÓN, Ricardo Lucas – **Princípio da afetividade no direito de família**, p. 21.

A Constituição da República Portuguesa prevê no artigo 13º, nº 2 a proibição de discriminações ilegítimas como expressão do princípio da igualdade, cujo rol é exemplificativo e dá especial relevo à proibição de discriminação por orientação sexual¹⁵.

Independente da forma como se constituir, a família permanece sendo o alicerce da sociabilização e proteção do ser humano, ainda que os vínculos familiares contemporâneos sejam remodelados e mais efêmeros.

A superação da percepção fundamentalista da família na estrutura que simplifica o “bem e o mal”, significa tratar a pessoa humana na sua pura essência, desarmando-se de preconceitos e compreendendo que o direito deve se adequar à realidade social atual e não o contrário¹⁶.

Nessa perspectiva pluralista da família como unidade integrada pela convivência, publicidade e estabilidade, cabe ao intérprete do direito analisar as relações de afeto que podem dar ensejo ao direito de constituir uma família ancorada pelos ordenamentos jurídicos supranacionais e internos de cada Estado¹⁷.

2.1. O direito de constituir família no direito internacional dos direitos humanos.

Os direitos humanos são um conjunto de direitos destinados a possibilitar a sobrevivência do ser humano em sua plenitude, expressando-se em uma série de predicados, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade, sendo a dignidade da pessoa humana a qualidade inerente a todos os seres humanos¹⁸.

As legislações internacionais que regulam os direitos humanos reconhecem o valor fundamental da família e da sua proteção, mas não estabelecem de forma objetiva os limites e alcance existentes¹⁹, de modo que apesar de o direito de constituir família estar inserido dentro dos direitos humanos universais e dos direitos fundamentais²⁰ dos Estados-membros, é necessário analisar quais os tipos de relacionamentos devem ser tratados como entidades familiares, bem como as implicações existentes dentro do âmbito familiar e fora dele.

15 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 340.

16 OLIVEIRA, Guilherme de – **Transformações do Direito da Família**, pp. 763-779.

17 DIAS, Cristina Manuela Araújo – Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar. *In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, pp. 458-459.

18 Concepção instituída por Immanuel Kant de que o ser humano é um fim em si mesmo e que não pode ser instrumentalizado ou coisificado. KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 27.

19 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**, p. 116.

20 ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 29.

Trata-se, portanto, de um dos direitos mais desafiadores da era pós-moderna²¹, tanto no plano individual, como no componente social da família, que não possui um conceito definido.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²², que foi recebida formalmente no âmbito do artigo 16.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), introduziu pela primeira vez uma proteção universal dos direitos humanos como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, e deu especial proteção à família, em seu artigo 16º, n.º 3.

Já no âmbito europeu, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu de base para a elaboração da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²³, que estabelece no artigo 8º o respeito pela vida privada e familiar e no artigo 12º o direito ao casamento, cujos conflitos no âmbito regional europeu são apreciados de forma recorrente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Tratam-se de direitos que integram a proteção da liberdade de ação da pessoa humana de acordo com o seu projeto de vida, de família e vocações próprias, através da exteriorização da sua personalidade e autodeterminação decisória, sendo decorrentes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade²⁴.

O direito de constituir família foi previsto pela primeira vez no artigo 16º, n.º 1 da DUDH, como um direito humano universal, estabelecendo que todos têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família em condições de igualdade e sem discriminação relativa à raça, nacionalidade ou religião, desde que seja na idade núbil e por livre consentimento, proibindo-se os casamentos forçados, tão comuns anteriormente.

Previu a igualdade dos cônjuges em relação ao casamento, sua duração, dissolução e a idade suficiente para consentir de forma madura e autônoma sobre a intenção de casar, ficando à cargo dos países estabelecerem a idade mínima psicológica. Os Códigos Civis português e brasileiro estabeleceram a idade núbil como sendo de 16 anos.

21 VUNDAMATI, Rajyalakshmi – Right to marry and found family: a most challenged human right in post modern era. **Indian Journal of International Law**. [Em linha], p. 229. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40901-020-00119-8> [Consult. em 21-07-2024].

22 A DUDH foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948 e serviu de base para outros dois instrumentos internacionais de direitos humanos, que são o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. UNITED Nations – **Universal Declaration of Human Rights** [Em linha]. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].

23 A CEDH foi adotada em Roma em 4 de novembro de 1950, e entrou em vigo em 3 de setembro de 1953, tendo sido ratificada por Portugal em 1978 pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro. COUNCIL of Europe – **European Convention on Human Rights**. Disponível em: https://70.coe.int/pdf/convention_eng.pdf [Consult. em 25-07-2024].

24 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 463.

Entende-se que a proibição de discriminação prevista pelo citado dispositivo não é taxativa e sim explicativa, ao interpretá-la em conjunto com a cláusula geral antidiscriminatória prevista no artigo 2º da DUDH, nela englobando a repulsa de discriminação em razão da orientação sexual e de gênero.

Já a CEDH estabelece no artigo 12º o direito de casar e de formar família, cuja inspiração veio do artigo 16º, nº 1 da DUDH, ao estabelecer que 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.

Importa registrar que o direito de casar e de constituir família nas referidas normas também é reconhecido pelos artigos 23º, nº 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²⁵; 10º, nº 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²⁶; 9º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)²⁷ e 17º, nº 2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH)²⁸.

A referência expressa na DUDH e na CEDH ao casamento, individualizando “homem” e “mulher” deve ser analisada na perspectiva do gênero e não do sexo, fazendo-se uma interpretação atual dessas normas internacionais, a partir de uma nova perspectiva do direito de família²⁹.

Analisando a diferença entre sexo e gênero, entende-se que o sexo biológico é identificado pelo médico no momento do nascimento do indivíduo, de acordo com as suas características anatômicas, sendo registrado como homem ou mulher. O gênero é o resultado de comportamentos, fatores sociais e características que a sociedade entende como o papel ou função esperada de alguém com base em seu sexo biológico, que o classifica como do gênero feminino ou masculino. Já a identificação do gênero consiste na forma como o próprio indivíduo se identifica com o seu gênero, através da sua experiência social e psicológica, de

25 UNITED Nations – **International Covenant on Civil and Politics Rights** [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> [Consult. em 25-07-2024].

26 UNITED Nations – **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> [Consult. em 25-07-2024].

27 EUROPEAN Union – **Charter of Fundamental Rights of the European Union**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. [Consult. em 01/03/2024].

28 ORGANIZATION of American States – **American Convention on Human Rights** (Pact of San José, Costa Rica). [Em linha]. Disponível em: https://www.oas.org/dil/access_to_information/American_Convention_on_Human_Rights.pdf [Consult. em 25-07-2024].

29 Sobre o tema: COSTA, Marta – **Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito de família europeu: uniões homossexuais**, p. 46.

reconhecer-se como mulher, homem, ambos ou nenhum dos gêneros, independente do sexo biológico³⁰.

No plano regional europeu, observa-se que os transexuais buscam de forma recorrente o TEDH para dirimir situações envolvendo o casamento, a fim de concretizar seus direitos que não raras vezes são relegados pelo seu país de origem, diante da ineficácia do direito interno dos Estados³¹.

De início, o Tribunal entendia que tais questões deveriam ser analisadas pelo sistema jurídico de cada país, fixando o entendimento de que o Estado possuía uma ampla margem de apreciação para a concessão ou não do direito ao casamento dessas minorias.

No processo *Rees v. Reino Unido*³² (1986), pioneiro caso envolvendo a possibilidade do direito ao casamento aos transexuais, o TEDH deu uma interpretação literal e restritiva do artigo 12º da CEDH, ao entender que a norma pressupõe a existência de um casamento tradicional baseado na união entre pessoas de sexo biológico oposto.

Porém, mais tarde, no caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*³³ (2002), onde se pleiteava a possibilidade do casamento de uma transexual feminina nascida homem, o Tribunal de Estrasburgo abandonou a ideia de que o casamento entre homem e mulher deveria pressupor critérios biológicos, para permitir pela primeira vez o casamento de uma pessoa *trans*, por entender que houve violação dos artigos 8.º e 12º da CEDH, ao estabelecer que o interesse público não poderia se sobrepor ao interesse de reatribuição do gênero.

30 NETO, Luísa; LEÃO, Anabela; ILBAÑEZ, Jorge Gracia; ; CARVALHO, Ana Sofia e PEDRO, Rute Teixeira. Coord. MARTINEZ, Fernando Rey. **Direito Antidiscriminatório**, p. 306.

31 A transsexualidade se desenvolve através da incongruência entre o sexo e o gênero pelo qual o indivíduo se identifica, de modo que a pessoa se reconhece como sendo do sexo biológico contrário ao seu. Trata-se da sensação de pertencer ao sexo oposto àquele a que física e juridicamente pertence, sendo diferente dos homossexuais, que possuem uma preferência sexual por pessoa do mesmo sexo, mas assumem a sua identidade sexual originária. Portanto, em se tratando de orientação sexual, o transexual pode ser heterossexual, homossexual, bissexual ou assexual.

32 Neste caso, o promovente nasceu e foi registrado como mulher, mas posteriormente se tornou um transexual masculino por tratamento hormonal e realizou alterações no seu nome, porém foi negado o seu casamento com uma mulher e o pronome masculino “senhor” na emissão do passaporte, apesar de se identificar como homem e possuir o nome social masculino. O TEDH entendeu que não houve violação aos citados dispositivos, pois, quanto ao artigo 8º, implicaria na reformulação das normas do Reino Unido e quanto ao artigo 12º, deu-lhe uma interpretação restritiva, entendendo que o direito a fundar uma família à luz do artigo 12º, da CEDH, não permite o casamento entre duas mulheres biológicas, ainda que uma se torne socialmente homem. EUROPEAN Court of Human Rights – **Rees v. The United Kingdom. Application n° 7525/76**. 17-10-1986. [Em linha], p 14. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564> [Consult. em 26-07-2024].

33 O tribunal entendeu que já era tendência mundial a aceitação social dos transexuais e da nova identidade sexual após a cirurgia de mudança de sexo, que, neste caso, foi custeada pelo Reino Unido. EUROPEAN Court of Human Rights – **Christine Goodwin v. The United Kingdom. Application n.º 28957/95**. 11-07-2002. [Em linha], pp. 27-30. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596> [Consult. em 26-07-2024].

Ademais, a relevância da análise do gênero incide, ainda, sobre o direito de constituir família fora do casamento e nas hipóteses de uniões entre pessoas do mesmo sexo, à luz do artigo 12º da CEDH.

Quanto às entidades familiares não constituídas pelo casamento, é preciso analisar a intenção das normas internacionais ao consagrarem no mesmo artigo o direito de casar e de constituir uma família, de modo a saber se são direitos distintos e autônomos entre si, se as normas se referem a apenas um direito ou se o direito de constituir uma família pressupõe o casamento.

Partindo-se do sistema europeu, a redação do artigo 12º da CEDH dá a impressão de que a constituição da família ocorre com o casamento, por ter estabelecido primeiro o direito ao casamento e depois o direito de constituir família³⁴.

O TEDH quando instado a se manifestar sobre outras formas de famílias, que não aquelas oriundas do casamento, teve uma interpretação relativamente restritiva do artigo 12º, ao dispor que este dispositivo não se aplica à vida familiar além do ponto de casamento, exceto no que diz respeito à constituição de uma família, que não surge ao abrigo do artigo 12º da Convenção na ausência de casamento³⁵.

Isso não quer dizer que o Tribunal não reconhece outras formas de família, mas tão somente que parece ter interpretado a noção de família não instituída pelo casamento ao abrigo do artigo 8º da CEDH, que consagra o “direito ao respeito pela vida privada e familiar”, já que a expressão “vida familiar” contida no artigo 8.º da CEDH é mais ampla, abrangendo todas as espécies de entidades familiares, tais como a união de facto e as famílias monoparentais. Assim, o TEDH adota o critério da efetividade dos laços interpessoais para aferir a existência de “vida familiar”³⁶.

Ademais, o artigo 8º, ao reconhecer o “direito ao respeito pela vida privada e familiar” e com o qual o “direito de casar e constituir família” tem estreita afinidade, dispõe que tais direitos só podem sofrer ingerência estatal se a restrição estiver prevista em lei em uma

34 RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade. O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro**, p. 294.

35 “4. The text of Article 12 of the Convention is relatively narrow and the interpretation by the Court and by the former European Commission of Human Rights (“the Commission”) has not greatly expanded its scope. Article 12 of the Convention does not apply to family life beyond the point of marriage, other than in respect of founding of a family. In addition, the right to found a family does not arise under Article 12 of the Convention in the absence of marriage”. EUROPEAN Court of Human Rights – **Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights. Right to marry**. [Em linha], p. 5. Disponível em: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_eng [Consult. em 26-07-2024].

36 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**, p. 72.

sociedade democrática e seja necessária para a segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico 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. De modo diverso é o direito de constituir família ao abrigo do artigo 12º, que deve ser exercido de acordo com o disposto pela lei do país de origem.

Consequentemente, o TEDH estabelece que em se tratando do artigo 12º, os Estados possuem uma maior margem de apreciação, posto que a interferência pode se dar independente dos requisitos do artigo 8º, desde que as restrições sejam para um propósito legítimo e no limite razoável para atingir aquele propósito, a fim de não restringir ou reduzir de tal forma que a própria essência do direito seja prejudicada.

Portanto, o art. 8º da CEDH, que consagra o direito ao respeito pela vida familiar, também previsto no art. 12ª da DUDH, art. 17º da PIDCP e art. 7º da CDFUE, possui uma verdadeira conexão com o direito a constituir família, que conjugados representam os princípios norteadores das famílias e são utilizados constantemente pelo TEDH para tratar de temas referentes às uniões entre pares do mesmo sexo ou gênero e à procriação medicamente assistida³⁷.

No que tange ao direito de constituir família aos pares do mesmo sexo, entende-se atualmente que a redação do artigo 12º, conjugada com os artigos 8º e 14º, não exclui a possibilidade do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Argumenta-se, também, que a interpretação que deve ser dada à referência “homem” e “mulher” prevista na letra do artigo 12º, é que não se exige que um homem e uma mulher se casem um com o outro, o que confere flexibilidade suficiente ao dispositivo para permitir o direito ao casamento homossexual³⁸.

Recentemente, o TEDH pronunciou-se no caso *Fedotova e outros v. Rússia* (2023), destacando a obrigação do governo russo de estabelecer um quadro legal que garanta o reconhecimento e a proteção adequada aos casais do mesmo sexo. Essa jurisprudência do Tribunal é reforçada por uma clara tendência das legislações da maioria dos Estados Partes e por posições convergentes de vários órgãos internacionais³⁹.

37 ALMEIDA, Susana – **Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos**, pp. 113-114.

38 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. 252-253.

39 Cumpre informar que a Rússia não faz mais parte, mas aplicou-se a casos anteriores. EUROPEAN Court of Human Rights – **Fedotova and others v. Russia. Application n.ºs. 40792/10, 30538/14 and 43439/14**. 17.01.2023. [Em linha]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-222750> [Consult. em 08-08-2024].

Esse também é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao dispor que o direito de constituir família e contrair matrimônio se estende aos pares do mesmo sexo, em que pese o artigo 16º da DUDH e artigo 17/2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos também utilizarem a expressão “homem” e “mulher” ao se referirem ao direito de constituir família e contrair matrimônio⁴⁰.

Quanto ao sistema europeu, antes mesmo de se pronunciar sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o TEDH já tinha numerosa jurisprudência no sentido de remover as discriminações em razão da orientação sexual, à luz do artigo 14º da CEDH, que consagra o princípio da igualdade.

A primeira vez que o Tribunal reconheceu um direito específico dos homossexuais foi no processo *Dudgeon versus Reino Unido*⁴¹ (1981), ao descriminalizar a prática de atos sexuais consentidos entre homens homossexuais na Irlanda do Norte, por afrontar o direito de liberdade sexual e a reserva da vida privada (art. 8º da CEDH), violando a margem de apreciação permitida, que nesse caso deveria ser mais restritiva, por se tratar de um dos aspectos mais íntimos da vida privada, que é a vida sexual.

Podemos citar, também, o caso *Salgueiro da Silva versus Portugal* (1999), quando o Tribunal reconheceu que houve violação ao princípio da igualdade por discriminação com base na orientação sexual e desrespeito pela vida privada e familiar, estabelecido no art.º 8º e 14.º,

40 Ademais, a CIDH entendeu que há a obrigação geral estabelecida no artigo 2º, que requer dos Estados a adaptação de sua legislação para garantir a efetividade dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção. No contexto do sistema das Nações Unidas, o Comitê de Direitos Humanos determinou que é dever dos Estados garantir que a legislação não discrimine as formas não tradicionais de união e destacou, por exemplo, que a diferenciação no tratamento ao conceder benefícios de aposentadoria a casais do mesmo sexo constitui uma violação do direito à não discriminação. Além disso, tanto o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quanto o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres instaram os Estados a permitir o reconhecimento legal de casais do mesmo sexo. Nesse sentido, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos relatou que, até o ano de 2015, 34 Estados ofereciam aos casais do mesmo sexo a possibilidade de se casar ou estabelecer uma união civil, com muitos dos mesmos benefícios e direitos do casamento. A Corte observou no caso *Duque v. Colômbia* que vários Estados da região empreenderam medidas legislativas, administrativas e judiciais para garantir os direitos dos casais do mesmo sexo, reconhecendo tanto a união civil ou de fato quanto o casamento igualitário. INTER-AMERICAN Court of Human Rights – Gender Identity, Equality, and Non-Discrimination for Same-Sex Couples. **Advisory Opinion OC-24/2017**. [Em linha], p. 75. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf [Consult. em 26-07-2024].

41 EUROPEAN Court of Human Rights – **Dudgeon v. The United Kingdom. Application nº 7525/76**. 22-10-1981. [Em linha], p. 20. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473>. Outras decisões de destaque prolatadas pelo Tribunal Europeu sobre proibição de discriminação por orientação sexual são os casos **Perkins and R. v. The United Kingdom. Applications nºs. 43208/98 and 44875/98**. 22-10-2002. [Em linha], p. 7. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60695> e **Beck, Copp and Bazeley v. The United Kingdom. Applications nºs. 48535/99, 48536/99 and 48537/99**. 22-10-2002. [Em linha], p. 11. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60697>, que são referentes à demissão de homossexuais das forças armadas britânicas, em razão das suas sexualidades. [Consult. em 26-07-2024].

ao negar o direito de custódia da filha ao pai homossexual⁴², bem como o caso *Christine Goodwin versus Reino Unido*⁴³ (2002).

Já no sistema regional americano, merece destaque o *leading case Atala Riffo and daughters versus Chile*⁴⁴ (2012), quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, recorrendo ao semelhante caso *Salgueiro da Silva versus Portugal*, reconheceu pela primeira vez uma violação por discriminação em razão de orientação sexual, à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva.

Quanto à possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi no caso *Schalk and Kopf versus Austria*⁴⁵ (2010) que o TEDH se manifestou pela primeira e concluiu que a instituição casamento sofreu grandes mudanças sociais desde a adoção da Convenção e que o direito de casar consagrado no artigo 12º não poderia ser limitado ao casamento entre duas pessoas do sexo oposto.

Por outro lado, afirmou que a norma não impôs uma obrigação aos Estados demandados de concederem aos casais do mesmo sexo o acesso ao casamento, deixando a sua regulamentação a cargo da lei nacional de cada ente. Esta abordagem também foi confirmada em casos subsequentes (*Orlandi and others v. Italy*, 2017; *Chapin and Charpentier v. France*, 2016).

Em *Orlandi and others versus Italy*⁴⁶ (2017) reiterando que o artigo 12º da Convenção não impôs a obrigação de permitir o casamento homossexual, o Tribunal considerou que a

42 EUROPEAN Court of Human Rights – **Salgueiro da Silva v. Portugal. Application nº 33290/96**. 21-12-1999. [Em linha], p. 16. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58404>. [Consult. em 26-07-2024].

43 EUROPEAN Court of Human Rights – **Christine Goodwin v. The United Kingdom. Application nº 28957/95**. 11-07-2002. [Em linha], p. 29. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596> [Consult. em 26-07-2024].

44 Enfatizou que o princípio da igualdade e a proibição da discriminação ingressou no domínio do “jus cogens” na atual etapa evolutiva do direito internacional, não sendo crível que a falta de consenso dos países sobre o respeito aos direitos de minorias sexuais poderia ser utilizado como fundamentos jurídicos para negar direitos existenciais, sob pena de violação ao artigo 1º, §1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. INTER-AMERICAN Court of Human Rights – **Atala Riffo and daughters v. Chile. Serie C-239**. 24-02-2012. [Em linha], p. 28. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf [Consult. em 26-07-2024].

45 EUROPEAN Court of Human Rights – **Schalk and Kopf v. Austria. Application nº 30141/04**. 24-06-2010. [Em linha], p. 16. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605> [Consult. em 26-07-2024].

46 Os requerentes contraíram casamento no exterior e foi-lhes negado o registro na Itália, tendo o Tribunal concluído que a recusa desmotivada do registro do casamento deixou os requerentes em um vácuo legal e que o Estado não conseguiu, assim, encontrar um equilíbrio justo nos termos do artigo 8.º entre quaisquer interesses concorrentes, na medida em que não forneceu uma estrutura legal específica para o reconhecimento e proteção das uniões entre pares do mesmo sexo. Porém, o caso foi encerrado pois a Itália estabeleceu em 2016 um arcabouço legal específico que garante o reconhecimento e a proteção, na forma de união civil, de casais do mesmo sexo que mantenham um relacionamento estável e dos casamentos contraídos no exterior por esses casais. EUROPEAN Court of Human Rights – **Orlandi and others v. Italy. Applications n.ºs. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12**. 14-12-2017. [Em linha], pp. 40-41. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179547> [Consult. em 26-07-2024].

vedação imposta violava a margem de apreciação do artigo 8º, quando o Estado italiano não garantiu aos requerentes uma situação jurídica específica para as uniões entre pares do mesmo sexo.

Em *Chapin and Charpentier versus France*⁴⁷ (2016), o Tribunal reiterou que os artigos 12º e 14º, em conjugação com o artigo 8º, que é mais geral em propósito e âmbito, não impõem uma obrigação aos Estados de permitir o casamento a casais do mesmo sexo e que não houve violação deste último, pois na França já era permitida uma união civil entre pares do mesmo sexo (PACS).

Assim, atendendo à interpretação evolutiva dos artigos 8º, 12º e 14º da CEDH, que estabelecem o direito ao respeito pela vida privada e familiar; o direito ao casamento e à constituição da família, bem como a proibição de discriminação de qualquer ordem e ponderando, ainda, o direito de liberdade de consciência e pensamento na conformação da vida pessoal, previsto no artigo 9º, entende-se que a noção de família não é um conceito rígido e dissociado da evolução da sociedade e da era pós-moderna.

2.2. O Direito de constituir família no ordenamento jurídico português.

Em se tratando do ordenamento jurídico português, é cediço que o direito de constituir família e de contrair matrimônio, é previsto, como dito, no artigo 36º, nº 1 da CRP, que prevê que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” e que sofreu influência das normas internacionais de direitos humanos acima relatadas.

A primeira interpretação que se deu, era de que esse artigo consagrava apenas um direito, que conjugado com a antiga redação do art. 1577º do Código Civil Português, previa que só o casamento seria capaz de constituir legitimamente uma família e que a ordem do enunciado foi infeliz, ao prever primeiro o efeito “constituir família” e depois a causa “contrair matrimônio”⁴⁸.

Porém, entende-se que o constituinte português inverteu a ordem de forma intencional, ao estabelecer primeiro o direito de fundar uma família e depois o direito de se casar, sendo direitos individuais distintos e sem uma relação de dependência⁴⁹.

47 EUROPEAN Court of Human Rights – **Chapin and Charpentier v. France. Application nº 40183**. 09-06-2016. [Em linha], p. 7. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163436> [Consult. em 26-07-2024].

48 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Op. cit.**, p. 134.

49 “Teria sido, inclusive, o propósito de distinguir “casamento” e “família” que levou o legislador constitucional a não utilizar formulação semelhante à dos arts. 16º, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (“direito

Portanto, o direito de constituir família, à luz do artigo 36º, nº 1, não admite a redução da família apenas à união matrimonial fundada no casamento⁵⁰.

A mesma conclusão se dá pelo artigo 36, nº 3 da CRP, que garante o direito à igualdade e não discriminação entre os filhos nascidos por relação matrimonial e extramatrimonial, o que também nos leva a compreender que o direito de constituir família vai além do direito de casar, já que todos os filhos possuem vínculos familiares com os pais, independentemente de serem casados, pois a relação que se estabelece entre eles é de uma entidade familiar, a exemplo da família monoparental.

Dessa forma, a melhor interpretação é que a Constituição não exclui outros tipos de família, que não sejam as constituídas pelo casamento⁵¹, como é o caso da união de facto entre pares de sexo diferente e do mesmo sexo, e nem tampouco o vínculo do casamento como condição necessária à procriação, tal como sucede com as famílias monoparentais, adotivas e extensas, que também devem ser protegidas e reconhecidas pelo Estado.

Na compreensão de José Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito constitucional de família não se limita à "família matrimonializada", o que implica uma abertura constitucional - ou até mesmo uma obrigação - para atribuir o devido reconhecimento jurídico às uniões familiares "de facto"⁵².

Destarte, quem não pretende se casar também tem o direito de constituir família, não sendo o primeiro requisito necessário ao segundo, por se tratarem de direitos independentes.

O artigo 36º da CRP também garante, além do direito de constituir família e de contrair casamento, o direito de igualdade entre os cônjuges (nº 3), o direito dos pais em relação aos filhos (nº 5 e 6) e o direito dos filhos (nº 4, 5 e 6). Tratam-se, portanto, dos direitos individuais

de casar e de constituir família”) e 12º da Declaração Europeia de Direitos do Homem (“direito a casar-se e de constituir família”) e 9º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“direito de contrair casamento e de constituir família”). (...) o propósito do legislador constitucional teria sido justamente o de arredar uma interpretação do preceito como a que lhe viria a ser dada por Castro Mendes”. **Idem** – p. 135.

50 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 561.

51 “O texto da norma refere-se ao direito a “constituir família e contrair matrimônio, logo, não apresenta o casamento como requisito necessário para a família, conclusão que se retira da ordem de posicionamento dos 2 direitos. (...) Esta contraposição entre “família” e “casamento” é consentânea com o abandono de um entendimento da família como instituição direccionada para a proteção de interesse superiores, em prol da sua compreensão como formação social onde o interesse individual de cada um dos respectivos membros se sobrepõe a hipotéticos valores superiores”. RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. cit**, p. 297.

52 No entanto, afirma que não há uma imposição constitucional de tratamento jurídico completamente igual entre as famílias baseadas no casamento e aquelas não matrimonializadas, desde que as distinções não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionais e levem em consideração todos os direitos e interesses envolvidos, como os direitos dos filhos. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. cit**, p. 561.

das pessoas no âmbito familiar, ao passo que os arts. 67º e 68º, que também dispõem sobre a família, o fazem no âmbito dos direitos sociais⁵³.

O artigo 67º reconhece que a família é o elemento fundamental da sociedade, que possui especial proteção e consagra o direito ao planeamento familiar através da liberdade individual, mediante a promoção de informação e acesso aos métodos e meios (nº 2, “d”) e o dever de regulamentação da procriação medicamente assistida, à luz da dignidade da pessoa humana (nº 2, “e”).

Portanto, na perspectiva constitucional do direito de família, que se deu a partir da CRP de 1976, toma-se por base a liberdade, igualdade, pluralidade e o afeto, conjugados com a dignidade da pessoa humana⁵⁴.

Sob a ótica do melhor interesse da pessoa, não é admissível proteger algumas formações familiares enquanto outras ficam desprotegidas, uma vez que tal exclusão afetaria as pessoas que fazem parte delas por escolha ou por circunstância, comprometendo o princípio da dignidade humana. Nesse mesmo sentido, José Gomes Canotilho também destaca que “a dignidade da pessoa humana representa a abertura da República à ideia de uma comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo e pela diversidade de visões religiosas e filosóficas”.⁵⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Português fixou entendimento de que o conceito de família é mais alargado do que a que resulta do casamento, de modo que a família matrimonializada é uma dentre outras espécies familiares⁵⁶.

Conclui-se, portanto, que o direito fundamental de constituir família no ordenamento português engloba, além do casamento, o direito de se estabelecer uniões de facto e o direito de parentalidade⁵⁷, através da procriação natural, da adoção e da procriação medicamente assistida, que serão analisadas no próximo capítulo.

53 MIRANDA, Jorge – **Constituição Portuguesa Anotada: preâmbulo, princípios fundamentais, direitos e deveres fundamentais, artigos 1.º a 79.º**, p. 400.

54 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 567.

55 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. cit.**, p. 561.

56 “16. A distinção constitucional entre família, por um lado, e matrimónio por outro, referida no artigo 37º, nº 1, e ainda entre aquela e os conceitos de paternidade e maternidade, operada nos artigos 67º e 68º, em nada dificulta, antes parece espelhar um entendimento e reconhecimento da família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal”. TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão 690/1998**. 15-12-1998. Relator Luís Nunes de Almeida. [Em linha], p. 17. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980690.html> [Consult. em 28-07-2024].

57 PITÃO, José Antônio França – **União de Facto e Economia Comum**, p. 32.

2.3. O Direito de constituir família no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito de família brasileiro passou por um intenso processo de constitucionalização a partir da Constituição Federal de 1988. Foi por meio da referida Carta Constitucional que o conceito de família foi ampliado, abrangendo de forma explícita algumas outras instituições familiares, diferentes daquelas configuradas pelo casamento, tais como a união estável e a família monoparental⁵⁸.

Não há propriamente um artigo específico que demarque o direito a constituir família, sendo ele o resultado de um conjunto formado por normas constitucionais, infraconstitucionais e pela própria interpretação advinda da jurisprudência dos tribunais. Foi a partir de uma interpretação extensiva do art. 226, § 4º da CFB e do princípio da igualdade, que a união de pessoas do mesmo sexo foi reconhecida como entidade familiar⁵⁹, um primeiro passo para uma compreensão constitucional também do direito a constituir família.

Nesse sentido, não poderia ser diferente que a noção do direito de constituir família no ordenamento jurídico brasileiro também assumisse proporções capazes de alcançar a família nas suas mais variadas composições.

Repise-se que a ideia antidiscriminatória da viabilidade da constituição de uma entidade familiar prevalece na compreensão da constituição de família independentemente não só da orientação sexual dos indivíduos que a compõem ou da sua condição mono ou pluriparental, mas principalmente do ânimo de estabelecer relações que expressam afeto, companheirismo e solidariedade.

Esta dimensão do direito de constituir família torna-se especialmente interessante (ou mais problemática) quando se tratam das uniões homoafetivas, razão pela qual nos tópicos seguintes serão feitas considerações relevantes acerca da temática no direito brasileiro e português.

3. As uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A família fundada na união homossexual é a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo, baseada no afeto e comunhão de vida.

58 DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, p. 221.

59 BRANDÃO, Débora Vanessa Caús – **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**, p. 65. Sobre o tema, ver também: CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona – **Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica**, p. 71.

O termo “família homoafetiva”⁶⁰ foi difundido no direito brasileiro para designar as uniões homossexuais contínuas e duradouras com o objetivo de comunhão de vida, posto que as relações são estabelecidas muito mais no campo afetivo do que no sexual, cujo vínculo formado vai além da prática sexual, pois aqueles que pretendem constituir uma família duradoura e estável, o fazem por afeto, amor e companheirismo.

Partilha-se aqui a vertente de que o vocábulo que mais se adequa ao sentido jurídico de família é a homoafetividade e, por isso, será esse o vocábulo empregado.

Observa-se que a jurisprudência e doutrina brasileiras costumam utilizar esse termo como forma de desestigmatizar as relações entre pessoas do mesmo sexo. É o que se depreende do voto do Ministro do Supremo Tribunal brasileiro, Ayres Brito, relator do Acórdão nº 4277/2011⁶¹, que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

No referido acórdão, o relator afirma que é importante observar que o termo “homoafetividade”, utilizado para descrever o vínculo afetivo e solidário entre parceiros do mesmo sexo, não estava originalmente presente nos dicionários da língua portuguesa e que a expressão foi introduzida pela primeira vez na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, escrita pela jurista Maria Berenice Dias, ao consignar que certas palavras trazem consigo o peso do preconceito.

Argumentou-se que anteriormente, a atração por pessoas do mesmo sexo era denominada “homossexualismo”. Compreendendo que o sufixo “ismo” estava ligado a doença, passou-se a adotar o termo “homossexualidade”, que indica uma orientação específica. Contudo, essa alteração não foi capaz de erradicar completamente o repúdio social ao amor entre pessoas do mesmo sexo, tendo a “homoafetividade” se tornado um novo substantivo.

3.1. Conceito e evolução histórica da homossexualidade.

A homossexualidade pode ser definida como o comportamento daquele que busca satisfação emocional e sexual por pessoa do mesmo sexo.

A orientação sexual é estabelecida por uma perspectiva comportamental, através da prática sexual e afetiva de um indivíduo por pessoa do mesmo sexo ou como uma forma de

60 DIAS, Maria Berenice – **Homoafetividade e direitos LGBTI**, p. 114. No mesmo sentido, vide: CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona – **Homoafetividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal**, pp. 26-27.

61 SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão ADI 4277. 05/05/2011**. Relator Ayres Britto. [Em linha], p. 629. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false> [Consult. em 29-07-2024]. Cofr. também: DIAS, Maria Berenice – **União homossexual: o preconceito & a justiça**, p. 127.

identificação pessoal, mas que não esteja necessariamente ligada aos atos sexuais, pois o indivíduo pode se sentir atraído por pessoa do mesmo sexo, embora não mantenha relações sexuais com ela.

Não obstante, independente do termo a ser utilizado, é fato que a homossexualidade existe desde as épocas mais remotas da sociedade⁶², estando presente nas sociedades pré-históricas⁶³, sendo aceita na Grécia antiga⁶⁴ e tolerada na Roma antiga⁶⁵, mas que com o passar dos tempos e das modificações dos costumes, sobretudo pelos dogmas religiosos, passou a ser refutada⁶⁶.

Foi com o surgimento da era cristã, através do Cristianismo, que o cenário sexual como um todo sofreu profundas mudanças, pois o ato sexual desprovido do objetivo de procriação, sobretudo no caso das relações homossexuais, passou a ser recriminado.

E ganhou força durante o Império Romano no período do Imperador Justiniano, que editou as primeiras leis punindo severamente os homossexuais com castração e fogueira, seguindo sendo proibida durante a Idade Média e Moderna.

Na Europa do século XVI, o Tribunal do Santo Ofício da inquisição condenava a sodomia, como sendo a prática de ato sexual entre dois homens ou o coito anal entre homem e mulher (sodomia própria) e a relação sexual entre duas mulheres (sodomia imprópria), por considerar que as relações sexuais desprovidas do objetivo de procriação da espécie, notadamente a relação entre duas pessoas do mesmo sexo, eram os mais torpes e sujos pecados

62 Segundo Chaves, a homossexualidade é mais remota do que à própria Humanidade, tendo surgido e se disseminado entre nossos ancestrais hominídeos, ao afirmar que desde os tempos primitivos, a homossexualidade esteve presente nas mais diversas civilizações e culturas, precedendo qualquer padrão de conduta que o legislador tenha tentado estabelecer em moldes normativos. A antropologia demonstra que, nas sociedades pré-históricas, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram permitidas e desempenhavam um papel significativo nos rituais de passagem masculina. Arqueólogos, ao investigar as civilizações da Suméria, Mesopotâmia e Egito, encontraram evidências de atividades homossexuais, assim como na China, na Índia Antiga e no Império Islâmico. CHAVES, Marianna – **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**, pp. 53-54.

63 CORRAZE, Jacques – **La Homosexualidad**, p. 18.

64 “A inexistência de qualquer diferenciação entre o homossexual e o heterossexual, sobretudo no sentido pejorativo, deve-se a um importante traço das práticas sexuais durante a Grécia Antiga: estas não tinham o condão de classificar o sujeito de maneira negativa ou positiva, portanto, não havia a categorização ou identificação das pessoas de acordo com a sua prática sexual. (...) A homossexualidade grega descrita pelos historiadores é fruto do estudo de material artístico e literário abundante, que retrata majoritariamente a homossexualidade masculina, o que leva à conclusão de que a prática entre homens era predominante. Contudo, há escritos de Safo, poetisa da ilha de Lesbos na Grécia, sobre o amor entre mulheres, que remontam ao século VI a.C (mesma época em que é retratado o surgimento da homossexualidade masculina na Grécia Antiga), o que posteriormente dá origem ao termo *lesbianismo* no século XIX”. LIMA, Suzana Borges Viegas de – **O Estatuto Jurídico das Relações Homoafetivas**, pp. 11-12.

65 “Os casamentos homossexuais são reconhecidos pelo primeiro Imperador Romano, Augusto, cujas uniões duradouras e exclusivas entre pessoas do mesmo sexo eram comuns e o matrimônio, em sua compreensão formal, era privilégio da elite”. **Idem** – pp. 11-12.

66 CHAVES, Marianna – **Op. cit.**, p. 38.

ante Deus e o mundo, impondo que o infrator fosse queimado até virar pó, para que não restasse a memória do seu corpo⁶⁷.

No século XIX, a homossexualidade passou dos dogmas religiosos, para ser tratada também no campo científico, que primeiramente a definiu como doença, submetendo os homossexuais a tratamentos desumanos de lobotomia, choques convulsivos, injeções hormonais e terapias por aversão, que foram fadados ao insucesso, pois a reversão da homossexualidade como doença, jamais existiu⁶⁸.

O termo homossexualismo (sufixo “ismo” para designar doença) surgiu no momento histórico em que o comportamento humano passou a ser objeto de investigação científica, que variou significativamente ao longo do tempo, inicialmente classificando-se as relações entre pessoas do mesmo sexo como um distúrbio mental, baseado na noção de que a heterossexualidade representava uma determinação biológica⁶⁹.

Vale destacar o estudo científico denominado *Psychopathia Sexualis*, trabalho de cunho clínico e forense, publicado em 1886 pelo psiquiatra Richard Von Krafft-Ebing, que fazia uma reflexão médica dos desvios sexuais e classificava a homossexualidade e transexualidade como condutas oriundas de degeneração do sistema nervoso central ou indicativas de doença cerebral hereditária. Tal estudo fazia uma espécie de “sistematização taxonômica” da experiência sexual “aberrante”, cujas relações sexuais desprovidas de finalidade procriativa eram consideradas perversas⁷⁰.

Em 1952, a Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association) incluiu a homossexualidade na primeira edição do Diagnóstico e Estatística de Doença Mental (Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders - DSM-I)⁷¹ como sendo uma doença de disfunção ou desvio de comportamento. Porém, tal classificação teve oposição desde o início,

67 BRAGA, Isabel Mendes Drumond. – Pelo universo da sexualidade proibida: os mouriscos portugueses e o pecado nefando de sodomia. **Revista Lusófona de Ciência das Religiões**, pp. 12-13.

68 LOUZADA, Ana Maria Gonçalves – Evolução do Conceito de Família. In **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, p. 60.

69 MOREIRA, Adilson José – **Tratado de Direito Antidiscriminatório**, pp. 620-621.

70 ALMEIDA, Miguel Vale de – Antropologia e Sexualidade: consensos e conflitos teóricos em perspectiva histórica. In **A sexologia, perspectiva multidisciplinar** [Em linha], p. 57. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/ppgan/wp-content/uploads/2017/10/antropologia-e-sexualidade.pdf> [Consult. em 15-07-2024].

71 O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) é um instrumento psiquiátrico formulado pela Associação Americana de Psiquiatria (APA) e consiste em uma lista de transtornos mentais apresentados a partir de sintomas, que são identificáveis através de códigos. Trata-se de um manual descritivo mundial que auxilia na prática da maioria dos psiquiatras e outros profissionais de saúde. Em 1952, na primeira edição do DSM, a APA categorizou a homossexualidade como desordem mental, listada entre os distúrbios sociopáticos de personalidade como um desvio sexual, envolvendo comportamento patológico, tal como a pedofilia. AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-I Original Edition)**. [Em linha], pp. 38-39. Disponível em: <https://www.turkpsikiyatri.org/arsiv/dsm-1952.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

já que a identificação de um comportamento como doença mental deve ser manifestada por distúrbios do pensamento, humor e sensoriais, que não estão associados à homossexualidade⁷².

O DSM II de 1968⁷³ manteve a definição de homossexualidade como “doença mental” e foi só no ano de 1973, que a homossexualidade foi excluída da categoria de “doença”, com a sua despatologização no âmbito da psiquiatria estadunidense, que serviu de base para outras instituições, sendo considerado um dos maiores avanços na luta contra a discriminação aos homossexuais⁷⁴.

Porém, com a publicação do DSM III de 1980⁷⁵, inclui-se o diagnóstico de “homossexualidade egodistônica”, como sendo uma condição de sofrimento por transtornos psicológicos e comportamentais associados, ocasionados pela insatisfação do homossexual com sua orientação sexual, que desejava alterá-la. No entanto, a partir da revisão de 1987, no DSM-III-R retirou-se qualquer menção à “homossexualidade egodistônica”, compreendendo-se que se tratava de definição imprecisa e que constantemente era utilizada como um subterfúgio para a contínua patologização da homossexualidade e os mal sucedidos tratamentos de “cura gay”.

E foi no ano de 1990, que a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade do rol de doenças, passando a reconhecê-la como opção ou orientação sexual, tendo sido suprimida do Código Internacional de Doenças (CID-10) no ano de 1993.

No que tange à identidade de gênero, importa registrar que a “Transexualidade” foi introduzida no DSM-III em 1980 e substituída por “Perturbação de Identidade de Gênero” no DSM-IV⁷⁶ em 1994.

72 OLIVEIRA, João Manuel de – **Orientação Sexual e Identidade de Gênero na psicologia: notas para uma psicologia lésbica, gay, bissexual, trans e queer**, p. 26-27.

73 Na segunda edição (DSM-II) em 1968, a categoria de distúrbios sociopáticos de personalidade foi removida, mas a homossexualidade permaneceu listada como desvio sexual, caracterizada como comportamento desviante de um indivíduo incapaz de substituir suas práticas por comportamento sexual considerado normal. Em 1973, a APA retirou a homossexualidade como diagnóstico de doença mental de seu manual. AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-II)**. [Em linha], p. 44. Disponível em: <https://www.madinamerica.com/wp-content/uploads/2015/08/DSM-II.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

74 Sobre o tema: ALBUQUERQUE, Afonso de – A homossexualidade e alguns dos seus problemas. **Revista Portuguesa De Medicina Geral e Familiar**. [Em linha], pp. 373-374. Disponível em: <https://rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10045> [Consult. em 19-07-2024].

75 Na DSM-III, embora a homossexualidade não fosse mais diagnosticada como doença, era mencionada na categoria de transtornos sexuais como “Homossexualidade egodistônica”. AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-III)**. [Em linha], p. 281. Disponível em: <https://a.ditpsiquiatriapsicologia.es/images/CLASIFICACION%20DE%20ENFERMEDADES/DSM-III.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

76 Nas edições mais recentes do DSM, como a 4ª, qualquer referência à homossexualidade foi eliminada, sendo substituída pela classificação “Transtornos sexuais sem outra especificação”. AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV)**. [Em linha], pp. 532-534. Disponível em: <https://img3.reoveme.com/m/2ab8dabd068b16a5.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

E foi através da publicação do DSM-V em 2013⁷⁷, que se passou a utilizar a expressão “disforia de gênero”, como sendo uma incongruência entre o gênero atribuído a um indivíduo (baseado no sexo biológico) e aquele com ele que se identifica, retirando-a do rol de doenças mentais.

Da mesma forma, o CID-11, que entrou em vigor no mês de janeiro de 2022, finalmente excluiu os “transtornos de identidade de gênero” do catálogo de doenças de saúde mental, passando a serem chamados de “incongruência de gênero” ante a necessidade de corresponder às exigências específicas da população *trans*⁷⁸.

Vê-se, portanto, que na história da humanidade, as práticas contra os homossexuais eram estimuladas por múltiplos setores da sociedade da época, como a religião, o direito e a medicina, que foram permitindo que se discriminasse, fizesse adoecer, prendesse e matasse os indivíduos que não cumpriam as regras impostas⁷⁹.

3.2. O direito à orientação sexual.

A sexualidade integra a condição humana e o direito à livre orientação sexual consagra a ideia de que todos os homens são livres para fazerem as suas próprias escolhas, sem intervenções injustificadas por parte do Estado e da sociedade, na perspectiva da intimidade, privacidade e do livre exercício da vida privada.

Na dimensão de proteção da liberdade de exteriorização da personalidade, que abrange um diversificado número de fatores, como a escolha do modo de vida e da orientação sexual, é possível afirmar que a liberdade de orientação sexual está inserida dentro dos direitos da personalidade, cuja essência é o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 26º, nº 1 da CRP, que se expressa como o direito de proclamar e fazer valer a sua singularidade contra a influência ilegítima do Estado na vida afetiva e sexual do indivíduo.

77 AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V)**. [Em linha], p. 451. Disponível em: [https://repository.poltekkes-kaltim.ac.id/657/1/Diagnostic%20and%20statistica%20manual%20of%20mental%20disorders%20-%20DSM-5%20\(%20PDFDrive.com%20\).pdf](https://repository.poltekkes-kaltim.ac.id/657/1/Diagnostic%20and%20statistica%20manual%20of%20mental%20disorders%20-%20DSM-5%20(%20PDFDrive.com%20).pdf) [Consult. em 31-07-2024].

78 “Gender incongruence is characterised by a marked and persistent incongruence between an individual’s experienced gender and the assigned sex. Gender variant behaviour and preferences alone are not a basis for assigning the diagnoses in this group”. WORLD Health Organization – **International Classification of Diseases (ICD-11)**. [Em linha]. Disponível em: <https://icd.who.int/browse/2024-01/foundation/en#411470068> [Consult. em 31-07-2024].

79 MOITA, Gabriela – **A patologização da diversidade sexual: homofobia no discurso de clínicos**, p. 54.

O princípio do livre desenvolvimento da personalidade, que é tratado mais especificamente no capítulo 2, possui uma qualidade positiva e outra negativa, traduzindo-se na liberdade de se auto-formar e no direito de afastar os obstáculos à sua liberdade de ação.

Essa liberdade individual possui dignidade constitucional e a sua proteção é imprescindível para a convivência social. Conforme visto, a proibição da discriminação com base na orientação sexual é consagrada pelos principais institutos internacionais que estabelecem as garantias de direitos e as liberdades de expressão que se lhe antepõem.

Fazem parte de um dos temas mais suscitados nos tribunais internacionais de direitos humanos, pois é através do direito à orientação sexual que se expressam outros direitos dele decorrentes, como o direito a constituir família em sua plenitude e os direitos reprodutivos nas uniões homoafetivas, que fazem parte do tema central desta dissertação.

Na perspectiva do direito antidiscriminatório, extrai-se que a CRP consagra no artigo 13/1 o princípio da igualdade e veda expressamente a discriminação em razão da orientação sexual no artigo 13/2. Revela-se em Portugal, desde a revisão de 2004, como expressa causa suspeita de discriminação.

Trata-se de uma igualdade que corresponde ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades, que é orientada pelos critérios de gênero, etnia, orientação sexual, raça e outros. Segundo leciona Anabela Leão, outras facetas do direito ao respeito pela vida privada e à vida familiar derivam do direito à orientação sexual, implicando também no direito à autonomia sobre o próprio corpo⁸⁰.

Afirma Fernando Rey Martinez que na dimensão liberal, própria do Estado de Direito, a ideia de igualdade implica na proibição de arbitrariedade, tanto no momento da criação da norma que introduz a diferença, quanto na sua aplicação. A igualdade, do ponto de vista do princípio democrático, exclui que certas minorias étnicas possam ficar "isoladas e sem voz" na arena política. Do ponto de vista do Estado social, a ideia jurídica de igualdade legitima um tratamento desigual a fim de garantir a indivíduos e grupos vulneráveis ou em desvantagem socioeconômica a igualdade de oportunidades⁸¹.

80 NETO, Luísa; LEÃO, Anabela; ILBAÑEZ, Jorge Gracia; ; CARVALHO, Ana Sofia e PEDRO, Rute Teixeira. Coord. MARTINEZ, Fernando Rey – **Direito Antidiscriminatório**, p. 302.

81 **Idem** – p. 243. Ademais, conforme leciona Rui Barbosa, é nessa adaptação da desigualdade social à desigualdade natural que se encontra a verdadeira lei da igualdade, de modo que qualquer outra abordagem é resultado da inveja, do orgulho ou da loucura, posto que tratar de forma desigual aqueles que são iguais, ou tratar igualmente aqueles que são diferentes, é uma flagrante desigualdade, e não uma igualdade verdadeira. A ambição

Fazendo um retrato do desrespeito à diferença ao longo da história humana, Flávia Piovesan afirma que as maiores violações dos direitos humanos foram fundamentadas na dicotomia do "eu versus o outro", em que a diversidade era utilizada como base para negar direitos. A diferença era evidenciada para retratar o "outro" como um ser inferior em dignidade e direitos, alguém descartável, supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesse sentido, destacam-se as violações da homofobia, escravidão, do sexismo, do nazismo, da xenofobia, do racismo e de outras formas de intolerância⁸².

Portanto, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas tem como base, dentre os múltiplos sentidos da dignidade, as dimensões nucleares de que cada indivíduo deve ser considerado como um fim em si mesmo e que os projetos pessoais de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, sendo merecedores do mesmo respaldo dado às uniões entre pares de sexo oposto.

É preciso, portanto, ter em mente que as questões relacionadas ao afeto e às formas de constituição das famílias, devem ser tratadas de maneira sensível pelo operador do direito e sem intromissões desnecessárias, sob pena de violação a um dos direitos humanos mais valiosos, que é o direito personalíssimo e existencial ao exercício da sexualidade, ante a invocação da liberdade sexual e do direito antidiscriminatório.

3.3. A regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo no mundo.

A convivência afetiva entre pessoas do mesmo sexo começou a ser regulamentada no final do Século XX, através do reconhecimento de sociedades de fato e, posteriormente, das uniões de facto. Já a vertente permissiva ao casamento civil iniciou-se no início do Século XXI.

Percebe-se, portanto, que a trajetória das famílias fundadas por pessoas do mesmo sexo não é linear na história das civilizações e tampouco uniforme entre os diversos Estados, a exemplo dos países árabes, como a Arábia Saudita, Irã e Iraque, onde a homossexualidade é crime punido com pena de morte, o que torna a investigação histórica necessária para

humana tentou inverter essa norma universal da criação, buscando não dar a cada um conforme seu valor, mas atribuir a mesma coisa a todos, como se todos fossem iguais. BARBOSA, Rui – **Oração aos Moços**, p. 37.

82 PIOVESAN, Flávia – Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. In **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, p. 328.

demonstrar os retrocessos e dissonâncias, ainda que de forma não exaustiva, passando-se para as conquistas e a realidade atual.

A classificação das sexualidades sempre foi pautada por normas heterossexistas, cujo comportamento sexual divergente da heterossexualidade e o desejo por pessoas do mesmo sexo era considerado anormal, imoral e proibido⁸³.

No que tange às conquistas significativas, observa-se que a Dinamarca e Holanda foram os primeiros países do mundo a conferirem efeitos jurídicos às uniões afetivas formadas por pares do mesmo sexo, seguindo-se de outros países, sobretudo europeus e mais especificamente no norte da Europa⁸⁴.

No ano de 1989, a Dinamarca, através da Lei nº 372, foi o primeiro país do mundo a autorizar o registro das uniões homoafetivas com os mesmos efeitos do casamento, com exceção do direito de adotar e fazer uso das técnicas de procriação medicamente assistida. Em 1993 foi a vez Noruega, que também permitiu o seu registro, seguindo-se da Suécia, em 1995 e da Islândia e Hungria em 1996, ao tempo em que no mesmo ano a África do Sul proibiu constitucionalmente a discriminação em razão da orientação homossexual, mas só em 2006, que passou a permitir o casamento entre pares do mesmo sexo.

Em 1999 foi a vez da França, através do Pacto Civil de Solidariedade (Lei nº 99.944/99), seguindo da Finlândia em 2002, da Bélgica em 2003 e, também em 2003, da Argentina, que foi o primeiro país da América Latina a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, no ano de 2010, através da Lei do Patrimônio Igualitário (Lei nº 26618), que alterou o Código Civil Argentino de 1869 e vigorou até 2015, seguida do Uruguai em 2013 e do Chile em 2015.

Em que pese ter havido o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas desde 1989, a Holanda foi o primeiro país no mundo a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, no ano de 2001, através da alteração do artigo 30, do Código Civil Holandês, ao prever que “o matrimônio pode ser celebrado por duas pessoas de diferente sexo ou do mesmo sexo”⁸⁵.

Em 2004 foi a vez do Reino Unido regulamentar as parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo, através do *Civil Partnership Act 2004* e do Estado de Massachusetts (EUA), a permitir o casamento. Em 2005 passou-se a permitir o casamento no Canadá e na Espanha que, assim como Brasil e Portugal, sempre teve forte influência religiosa de viés conservador, com grande impacto nos costumes e valores da sociedade.

83 DIAS. Maria Berenice – **Op. cit.**, p. 43.

84 SANTOS, Duarte. **Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português**, p. 71

85 NETHERLANDS – **Dutch Civil Code**. [Em linha]. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> [Consult. em 23-07-2024].

Destacamos que Portugal permitiu legalmente a união de facto entre pessoas do mesmo sexo no ano de 2001, através da Lei nº 7/2001⁸⁶ e foi o oitavo país a legalizar o casamento entre as pessoas do mesmo sexo, através da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio⁸⁷, no ano de 2010.

O Brasil, por sua vez, ocupa o 12º lugar no ranking dos países que permitiram o casamento homoafetivo, visto que o fez no ano de 2013, mas a referida permissão não ocorreu por meio do poder legislativo, mas sim pelo judiciário.

3.4. União de facto e casamento nas relações homoafetivas em Portugal.

Como visto, o reconhecimento das uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo em Portugal ocorreu por meio da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que teve como objetivo equiparar juridicamente as uniões de facto homossexuais às uniões de facto heterossexuais. Esta lei revogou a Lei nº 135/99, de 28 de agosto, que definia união de facto como "a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos" e passou a conceder proteção jurídica às pessoas que vivem em união de facto há mais de dois anos, independentemente do sexo dos envolvidos.

Observa-se, todavia, uma diferença a ser observada entre as uniões heterossexuais e homossexuais, pois inicialmente apenas os casais heterossexuais tinham a possibilidade de terem filhos através da adoção, ficando excluídos os casais do mesmo sexo, a teor do que previa o artigo 7º em sua redação original. Tal direito só foi reconhecido no ano de 2016, através da alteração conferida pela Lei nº 2/2016, de 29 de fevereiro⁸⁸, que eliminou as discriminações no acesso à adoção para as uniões de facto e casamento entre pessoas do mesmo sexo, em conformidade com o atual regime de adoção previsto no livro IV, título IV, do Código Civil Português.

Importante mencionar que até 2010, a união de facto era o único modo pelo qual a família proveniente de pessoas do mesmo sexo era reconhecida juridicamente⁸⁹. Os pontos de distinção da união de facto e do casamento são a constituição, os efeitos e a extinção⁹⁰.

86 A referida lei veio regular a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos. PORTUGAL – **Lei nº 7/2001** (11-05-2001). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/7-2001-314194> [Consult. em 23-07-2024].

87 A lei foi um marco de alteração do regime do casamento civil, que até então só era permitido aos casais heterossexuais. PORTUGAL – **Lei nº 9/2010** (31-05-2010). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/9-2010-332460> [Consult. em 30-07-2024]. [Consult. em 25-07-2024].

88 PORTUGAL – **Lei nº 2/2016**. Elimina as discriminações no acesso à adoção. (29-02-2016). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/2-2016-73740375> [Consult. em 30-07-2024].

89 PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Direito da Família**, p. 54.

90 CRUZ, Rossana Martingo – **União de Facto Versus Casamento: questões pessoais e patrimoniais**, p. 34.

Conforme informado, o casamento homossexual passou a ser permitido em Portugal por meio da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio⁹¹. Este foi um caminho demarcado por um intenso debate constitucional e é resultado da ideia de desvinculação do casamento como objetivo precípua de promover a procriação⁹².

O Decreto nº 9/XI⁹³ da Assembleia da República foi resultado da aprovação da Proposta de Lei nº 7/XI⁹⁴, que tinha como objetivo eliminar as barreiras legais ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Nas exposições de motivos, expressou-se a intenção de acabar com uma antiga forma de discriminação debatida na sociedade portuguesa, alegando-se, à época, que nos dias atuais o avanço da consciência social torna não apenas desnecessário, mas também altamente reprovável e propenso a provocar representações sociais menos tolerantes e potencialmente discriminatórias em relação à orientação sexual.

Foram também apresentados os Projetos de Lei nº 14/XI, nº 24/XI e nº 119/XI, que também tinham o objetivo de alterar o Código Civil com a finalidade de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Naquela oportunidade, invocou-se o Acórdão n.º 359/2009 do Tribunal Constitucional Português, que quando instado a se manifestar sobre a obrigatoriedade do legislador estender o casamento civil às pessoas do mesmo sexo, como consequência da norma antidiscriminatória prevista no artigo nº 13 da CRP e do direito constitucional de “todos” constituírem família previsto no artigo 36/1, considerou que os princípios e disposições da Constituição fornecem ao legislador um enquadramento aberto quanto à sua liberdade de legislar, de modo a não obrigá-lo a estender o acesso ao casamento aos pares homossexuais, mas também não vedá-lo⁹⁵.

91 Sobre o tema: BALESTRO, Gabriela Soares – O casamento como um instituto de Direito Civil: a homoafetividade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. [Em linha], p. 12041. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/11/2013_11_12033_12053.pdf [Consult. em 20-07-2024].

92 MORAIS, Daniel Silva; PINHEIRO, Jorge Duarte – **Hipóteses e materiais para a disciplina de direito da família**, p. 32.

93 O referido Decreto foi resultado da aprovação da Proposta de Lei nº 7/XI/1, que permitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, por meio de alteração dos artigos 1577º, 1591º e 1690º do Código Civil. ASSEMBLEIA da República – **Decreto nº 9/XI** (01-03-2010). [Em linha]. Disponível em: <file:///C:/Users/TJPB/Downloads/dar11sl01n042.pdf> [Consult. em 25-07-2024].

94 ASSEMBLEIA da República – **Proposta de Lei nº 7/XI/1ª** (22-12-2009). [Em linha]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=35004> [Consult. em 30-07-2024].

95 TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 359/2009**. 09-07-2009. Relator: Carlos Pamplona de Oliveira. [Em linha], p. 44987. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/359-2009-3676594> [Consult. em 29-07-2024].

O fato é que o entendimento jurisprudencial, à época, diferente do que ocorreu no Brasil, era de que o artigo nº 1577º do Código Civil vedava o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que não havia inconstitucionalidade em seu teor⁹⁶.

A tese levantada pelo TC, concernente ao Acórdão nº 359/2009, era a da inocuidade ou espaço vazio da Constituição a respeito do pressuposto da heterossexualidade do casamento e a consequente margem de conformação pelo legislador ordinário, que não compartilhamos, pois a redação do artigo 36º/1 da CRP impõe de forma peremptória ao legislador a obrigação de consagrar o casamento a todas as pessoas de forma igual, ao preceituar que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

Não obstante, esse foi um dos questionamentos levantados pelo Presidente da República ao requerer a análise preventiva da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 7/XI, que recaiu no Acórdão nº 121/2010⁹⁷, de 8 de Abril, de que foi relator o Conselheiro Vítor Gomes, ao argumento de que a aprovação do normativo não decorreria da igualdade.

Fundamentou-se, ainda, o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade do diploma, no concernente à compatibilização com o artigo 36/1 da CRP e o seu conteúdo substantivo, pois ao substituí-lo por “duas pessoas”, seria contrário ao conceito constitucional de casamento e, consequentemente, ao conceito constitucional de família.

O referido pedido foi acompanhado de um Parecer Jurídico sobre a existência de fundadas dúvidas quanto à constitucionalidade material das normas que se pretendiam alterar, por violação do conteúdo essencial da garantia institucional ínsita no conceito de casamento acolhido pela Constituição, que, segundo o documento, perpassa pelo carácter da diferença de sexos entre os nubentes⁹⁸.

96 A referida decisão foi objeto de análise pelo Tribunal Constitucional, que, como visto, manifestou-se, também, pela constitucionalidade da antiga redação artigo 1577º do Código Civil, fixando o entendimento de que não havia afronta ao princípio da igualdade. TRIBUNAL da Relação de Lisboa – **Acórdão nº 6284/2006-8**. 15-02-2007. Relator: Pedro de Lima Gonçalves. [Em linha], pp. 1-2. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/80694/> [Consult. em 28-07-2024].

97 TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 121/2010**. 08-04-2010. Relator: Vítor Gomes. [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/121-2010-2897033> [Consult. em 28-07-2024].

98 “7º Importa sublinhar, antes de mais, que a aprovação dos normativos cuja apreciação preventiva da constitucionalidade se requer não decorre de uma imposição constitucional de igualdade, pois que, como o Tribunal Constitucional já teve ocasião de concluir, no Acórdão nº 359/2009, a norma do artigo 1577º do Código Civil, na redacção em vigor, não afronta o nº 2 do artigo 13º da Lei Fundamental. (...) 27º Assim, não será constitucionalmente admissível que o legislador, no uso da sua liberdade de conformação e tendo por objecto um conceito «aberto», suprima, altere ou introduza novos elementos nesse conceito que o descaracterizem na aquilo que representa o seu núcleo essencial. (...) 28º Com efeito, a liberdade de conformação do legislador não pode permitir a desfiguração do conceito constitucional de casamento nem, tão pouco, constituir um «cheque em branco» ao legislador que lhe permita amputar alguma das suas características essenciais. (...) 36º Não existindo uma definição constitucional expressa do conceito de casamento, é forçoso concluir que a Lei Fundamental procedeu a uma recepção do «conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente» (J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição, 2007, p. 568), ou

No decorrer do julgamento, foram discutidas as três posições que resumidamente mencionamos: I — A Constituição proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo; II — A Constituição não toma posição, estando na esfera do legislador ordinário adotar uma ou outra solução positiva; III — A Constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

O Tribunal, por maioria, fixou o entendimento de que o constituinte português, ao mesmo tempo em que consagrou no artigo 36/1 o direito fundamental de todos constituírem família e contraírem matrimônio em condições de igualdade, deixou a cargo da lei ordinária regular os “requisitos” e “efeitos” do casamento (artigo 36/2 da CRP). Adotou, portanto, uma tese inovadora e intermediária às já existentes.

Consignou que a ideia do pedido de análise preventiva da constitucionalidade, sob a perspectiva do artigo 16/2 da CRP, que estipula que os direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em consonância com a DUDH, a qual, por sua vez, menciona nos artigos 16º o direito ao casamento para "homem" e "mulher", não era a mais apropriada.

Concluiu-se que a referência da CRP à DUDH visa ampliar a abrangência dos direitos fundamentais constitucionais, não restringi-la, como estabelecido pelo princípio da preferência pela aplicação das normas que garantam um nível mais elevado de proteção, conforme previsto nos artigos 52.º, n.º 3 e 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esse entendimento é compartilhado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁹.

Portanto, a Constituição garante o direito ao casamento, interpretado como um conceito aberto e não petrificado, e obriga o legislador a definir seus requisitos e efeitos jurídicos, mantendo-o como uma instituição que regula a união entre duas pessoas. Este

seja, recortando este conceito como exigindo a diferenciação do sexo dos nubentes, mas sendo omissa quanto à sua orientação sexual. 37º Independentemente de determinar a partir de que fonte ou fontes foi recebido na Constituição o conceito de casamento, e abstraindo até da questão de saber se essa recepção não teve por objecto um conceito pré ou metajurídico, coloca-se, pois, ao Tribunal Constitucional a questão de saber se a diferenciação do sexo dos nubentes não corresponde ao conceito de casamento – e, reflexamente, de família – acolhido na Lei Fundamental, desde a sua versão originária”. **Idem** – pp. 22367-22369.

99 Em sentido contrário, é a posição adotada por José de Oliveira Ascensão: “a afirmação de que prever sempre mais direitos é desejável é contraditória ou, mais precisamente, é falsa. Temos afirmado que o pulular de direitos fundamentais é negativo, porque o excesso acaba por ocultar ou fazer perder relevo aos verdadeiramente “fundamentais”, que sofrem diluição pelo ingresso de outros de grau menos nobre. Se fosse assim, o texto da DUDH seria também compatível com o casamento entre pais e filhos, ou de grupos de pessoas, perdendo-se todo o significado do texto”. ASCENSÃO, José de Oliveira – O casamento de pessoas do mesmo sexo. **Revista da Ordem dos Advogados**, p. 404.

entendimento sublinha a relevância do casamento como fundamento da sociedade, que progride e se ajusta, refletindo a repersonalização do conceito de família.¹⁰⁰.

Em sentido contrário, criticou-se a solução encontrada ao argumento de que o TC criou consequências incompatíveis com o regime do casamento enquanto instituição, capaz de gerar uma flexibilidade legislativa que resultaria na possibilidade de reversibilidade decisória e consequente insegurança jurídica, bem como de uma permissão ao casamento poligâmico, que não faz parte da cultura ocidental¹⁰¹.

Sobre o argumento de que o acórdão acolheu a tese da inocuidade (“espaço vazio” ou “neutro”) da Constituição e que o enunciado do art.º 36.º, n.º 2, decorreria de uma larga margem de indeterminação, não concordamos.

Entendemos que o casamento referido no artigo 36/2º da Constituição não deve ser encarado como uma fórmula vazia de qualquer conteúdo, a ser preenchida livremente pelo legislador, na medida em que o núcleo essencial da “comunhão de vida entre duas pessoas” deve ser preservado, de que não faz parte a diversidade do sexo.

Essa foi a posição do ilustre conselheiro relator, que ao proferir seu voto vencedor, consignou que contrair matrimônio implica adentrar no estado de casado, que se caracteriza pelos efeitos jurídicos gerados pelo casamento. Uma pessoa se casa e, posteriormente, se torna outra, juridicamente outra. Na sua regulamentação, o legislador ordinário deve garantir não apenas o livre acesso a essa relação jurídica em condições de plena igualdade, mas também observar outros princípios constitucionais, como o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento da República e do sistema de direitos fundamentais¹⁰².

Portanto, o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento estruturante do conceito de casamento, sem o qual o mesmo se descaracteriza, mas o mesmo não é possível dizer sobre a diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento, pois a diversidade sexual somente é

100 “Assim, o n.º 2 do artigo 16.º não pode operar no sentido de impedir o legislador ordinário, desde que com isso não restrinja ou limite o acesso ao casamento heterossexual por homens ou mulheres em idade núbil ou lhe diminua o conteúdo enquanto direito fundamental, de o permitir também a uma categoria de indivíduos que não têm inclinação para o relacionamento afectivo e sexual duradouro com pessoas do sexo oposto e que, consequentemente, não poderiam reclamar a protecção da DUDH para casar em conformidade com essa sua orientação sexual”. TRIBUNAL Constitucional Português – **Op. cit**, p. 22376.

101 “A margem de liberdade de conformação do legislador, enquanto expressão do princípio democrático (ou maioritário), conduziria à possibilidade de qualquer decisão tomada poder sempre ser revista ou modificada. Isto poderia suceder a todo o tempo, ao que parece; ou, numa segunda alternativa, pelo menos, seguramente quando houvesse alteração dos titulares dos cargos políticos”. Conforme BARROSO, Ivo Miguel – **Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um «direito fundamental» à medida da lei ordinária?**, p. 9.

102 TRIBUNAL Constitucional Português – **Op. cit**, p. 22377.

imprescindível para a procriação natural de filhos, finalidade a que o casamento não está constitucional e nem legalmente adstrito¹⁰³.

Dessa forma, com base nesses fundamentos, o julgamento foi proferido, por maioria, pela improcedência das dúvidas de constitucionalidade e pela ausência de inconstitucionalidade das normas do artigo 1º, do artigo 2º – este na medida em que altera a redacção dos artigos 1577º, 1591º e 1690.º, n.º 1 do Código Civil – do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República.

Votaram pela não inconstitucionalidade mas com fundamentos divergentes os conselheiros Maria Lúcia Amaral e Rui Manuel Moura Ramos¹⁰⁴, a conselheira Catarina Sarmento e Castro¹⁰⁵ e o conselheiro João Cura Mariano¹⁰⁶.

Por outro lado, votaram vencidos pela inconstitucionalidade do projeto de lei os conselheiros José Borges Soeiro e Benjamin Rodrigues, sob o argumento de que não seria possível uma “mutação constitucional” nesta matéria sem uma opção expressa do legislador constituinte, sob pena de derrogar um objetivo normativo deixado claro pela Constituição em nome do direito constitucional não escrito¹⁰⁷.

Porém, criticamos a posição dos referidos conselheiros por tudo que já foi exposto. A partir da consagração dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, uma série de normas voltadas a proteger os direitos de casais homossexuais passaram a ser editadas.

103 Argumentou-se também que o projeto de lei não viola o Princípio da Igualdade, o qual deve ser interpretado como um princípio que restringe as escolhas legislativas, exigindo que o legislador trate igualmente o que é essencialmente igual e diferentemente o que é essencialmente diferente. É que o legislador está obrigado a evitar o arbítrio quando não há justificação material para a medida legislativa, e do ponto de vista jurídico, a equiparação do tratamento entre uniões heterossexuais e homossexuais não carece de justificação material, sendo razoável que o legislador privilegie o efeito simbólico e otimize o efeito social antidiscriminatório da normativa, estendendo às uniões do mesmo sexo o quadro unitário do casamento. **Idem** – pp. 22378.

104 Declaração conjunta de voto de Maria Lúcia Amaral e Rui Manuel Moura Ramos, que também votaram pela não desconformidade da lei à Constituição, fixando a tese de que a Constituição não toma posição, estando na esfera do legislador ordinário adotar uma ou outra solução, que se ampara no âmbito da liberdade de conformação política do legislador democrático, que é soberano para dispor sobre os requisitos do casamento, sendo proibido ao Tribunal interferir em suas decisões. **Idem** – pp. 22378.

105 Declaração de voto de Catarina Sarmento e Castro, que levantou a tese de que a Constituição impõe a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por entender que o legislador está obrigado a conceder o casamento aos casais homossexuais por imperativo constitucional previsto no artigo 36º, que consagra o direito subjetivo de casar a “todos” os indivíduos de forma igualitária. **Idem** – pp. 22379.

106 Declaração de voto de João Cura Mariano, que divergiu do acórdão na parte em que faz uma descrição pormenorizada do núcleo essencial do conceito constitucional de casamento, posto que a eliminação do requisito da diversidade sexual apenas amplia, com fundamento material bastante, o acesso ao actual modo de casamento adotado pela lei ordinária. **Idem** – pp. 22379.

107 Declaração de voto de José Borges Soeiro, que consignou que a Constituição exclui o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois a diferença de sexos dos cônjuges integra o núcleo essencial do instituto casamento, que só pode ser alterado, enquanto princípio essencial estruturante do mesmo, através de uma revisão constitucional, sendo, portanto, inadmissível que seja feito pelo legislador ordinário. De forma semelhante, votou Benjamin Rodrigues em sua declaração de voto. **Idem** – pp. 22381.

Portugal seguiu por esse caminho, amparado na ideia de que a família deve ser fonte de afeto e meio de desenvolvimento e consolidação da personalidade de seus membros.

Acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo, leciona Luís Duarte d'Almeida que “o casamento entre duas pessoas que não sejam de “sexo diferente” e, em particular, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é tão “tradicional” como o casamento homossexual, fora *ou dentro* do quadro da tradição histórica europeia, e dentro também do sub-quadro da tradição judaico-cristã ocidental”¹⁰⁸.

Como visto, a CRP trouxe duas disposições baseadas, sobretudo, no princípio da igualdade e no princípio da liberdade que influenciaram significativamente o direito de família: o art. 13º, n.º 2, que veda a discriminação por orientação sexual e o art. 36º, que atribui a constituição familiar e ao casamento o caráter de direitos fundamentais.

Antes da alteração do artigo 1577º, do Código Civil de Portugal, em parecer sobre a inconstitucionalidade da sua antiga redação, Carlos Pamplona Côrte-Real dispôs que:

Não pode pois relevar a ideia de que a *exclusão* dos casais homossexuais (do mesmo sexo) do acesso ao casamento radicaria ainda, como ousam sugerir alguns, no princípio da igualdade, por não se poder tratar de modo igual o que igual não seria (!). *A falácia é evidente*, como se demonstrou; *a discriminação, essa sim, é flagrante*, em desrespeito preconceituosamente “homóforo” ao artigo 13.º da CRP – preceito que já sensibilizou o Tribunal Constitucional em temática afim. É que a liberdade de cada qual cessa, realmente, onde começa a dos outros¹⁰⁹.

Portanto, entendemos que há de se garantir o direito de adquirir casamento em condições de plena igualdade, previsto no n.º 1 do artigo 36º da CRP, sistemática e materialmente inserido na categoria dos direitos, liberdades e garantias e, por isso, beneficiário do respectivo regime agravado de protecção¹¹⁰.

Com efeito, a antiga redação do artigo 1577º do Código Civil que reservava esse direito apenas às pessoas de sexos diferentes, não poderia orientar o percurso da análise enquanto enquadramento jurídico do conceito de casamento, pois a Constituição deve ser interpretada em conformidade com suas próprias fontes e princípios e não através do que prescrevia a legislação então vigente.

E outro não foi o entendimento do legislador ordinário ao aprovar a Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, que resultou na modificação do antigo conceito e na alteração da redação dos

108 ALMEIDA, Luís Duarte de – **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**, p. 67.

109 CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona – **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**, p. 32.

110 No mesmo sentido, é o entendimento adotado por Pedro Múrias, em Parecer sobre a constitucionalidade do Código Civil, que restringe o casamento a pessoas de sexo diferente. MÚRIAS, Pedro – **Um símbolo como bem juridicamente protegido: sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo**, p. 37.

artigos 1577º, 1591º e 1690º, n.º 1 do Código Civil, legalizando, assim, o casamento homoafetivo¹¹¹.

Atualmente, à época da elaboração desta pesquisa, questões mais profundas passam a ser discutidas também no ordenamento jurídico português, como o acesso à procriação medicamente assistida¹¹² e à maternidade de substituição aos casais homoafetivos, que serão tratadas nos capítulos seguintes.

O que se evidencia, portanto, é o resultado de transformações sociais, o denominado fenômeno da repersonalização das relações familiares, onde se busca observar interesses essenciais para as pessoas, como o afeto, a solidariedade, a confiança, a lealdade, o respeito e o amor, impondo ao Estado, nas suas funções jurisdicionais e legislativas, o dever de executar medidas necessárias para a constituição e o desenvolvimento das famílias.

3.5. União estável e casamento nas relações homoafetivas no Brasil.

A estigmatização histórica advinda de dogmas religiosos e tradicionalismos sociais que recaem sobre as relações homossexuais levou os ordenamentos jurídicos de muitos países, inclusive o do Brasil, a desconsiderar a discussão em torno das uniões homoafetivas¹¹³.

Em razão disto, a busca de soluções para a omissão de reconhecimento legal da união estável de pessoas do mesmo sexo por meio da atividade legiferante do Estado foi ineficaz em razão do receio dos legisladores de contrariarem a opinião social massificada.

Não se desconhece que houve tentativas de disciplinar legalmente as uniões homoafetivas no Brasil, como aconteceu com os Projetos de Lei nº 1.151/95 e nº 612/2011, de autoria da então Senadora da República Marta Suplicy, com a finalidade de alterar os artigos 1723 e 1726 do CCB, que tiveram suas tramitações canceladas.

Diante da inércia do legislador, a postura contramajoritária de reconhecimento das uniões homoafetivas foi assumida pelo Poder Judiciário brasileiro na busca pela efetivação dos ditames constitucionais contemporâneos, pautando-se nos ideais advindos da própria CFB/88¹¹⁴.

111 PINHEIRO, Jorge Duarte – **O ensino do Direito da Família Contemporâneo**, p. 123.

112 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**, p. 79.

113 CID, Nuno de Salter – Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. *In Separada da Revista Economia e Sociologia*, p. 191.

114 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti – **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 13.

O afeto assumiu uma posição prioritária como elemento fundante e estruturante da família, sob a vertente de que o ambiente familiar se tornou um eixo de realização pessoal instituído pelo vínculo afetivo como fator determinante para a comunhão de vida¹¹⁵. Trata-se de um afeto com caráter especial de conduta, ação e intenção de comunhão de vida, que ultrapassa o sentimento, pois nem toda relação de afeto serve como elo formador de uma família¹¹⁶.

A doutrina e jurisprudência brasileiras reconhecem a afetividade como princípio constitucional implícito e valor jurídico essencial de formação dos vínculos familiares¹¹⁷, pois possui fundamento constitucional e não é exclusivamente um fato sociológico ou psicológico, o que pode ser ilustrado pela admissão na Constituição Brasileira de outras hipóteses de formação de entidades familiares, como as uniões estáveis e pela extinção do vínculo familiar através do divórcio direto, demonstrando que só a afetividade é capaz de formar e manter unida a entidade familiar¹¹⁸.

Como visto anteriormente, tal princípio vem sendo invocado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, na sua função contramajoritária e de proteção das minorias, como um dos fundamentos para o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas, posto que lamentavelmente ainda não foram admitidas pelo legislador brasileiro, que permanece omissor no seu dever de legislar¹¹⁹.

115 PINHEIRO, Jorge Duarte – **Crítério biológico e critério social ou afetivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores**, p. 8.

116 PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Princípio da Afetividade. *In Diversidade sexual e direito homoafetivo*, p. 143.

117 O novo entendimento sobre sexualidade trouxe uma valorização dos laços familiares, agora fundamentados no amor e no afeto. Sem afeto, não podemos verdadeiramente falar em família. É o afeto que une. Dessa forma, o afeto passou a ser reconhecido como um valor jurídico e, conseqüentemente, foi elevado à categoria de princípio. Apesar de a palavra "afeto" não constar no texto constitucional, o princípio da dignidade humana coloca a afetividade no centro de sua proteção, priorizando a realização pessoal dos membros da família em detrimento de qualquer concepção pré definida sobre o que constitui uma entidade familiar. DIAS, Maria Berenice – **Homoafetividade e direitos LGBTI**, p. 135.

118 A CFB reconhece princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, inclusive no que diz respeito ao controle da constitucionalidade das leis, onde encontramos algumas referências que, interpretadas de forma sistemática, levam ao princípio da afetividade, fundamental para essa significativa evolução social da família. Ao abandonar o casamento como único tipo de família juridicamente protegida, a CFB renuncia aos valores que justificavam a exclusão, optando por privilegiar o fundamento comum a todas as entidades familiares: a afetividade, essencial para a realização pessoal de seus membros. Trata-se de uma construção cultural que se desenvolve na convivência, desvinculada de interesses materiais, os quais só emergem secundariamente quando ela chega ao fim e que se manifesta em um ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, sua densidade semântica é relativamente fraca e deve ser determinada pela interpretação concreta do intérprete diante de cada situação real. LÔBO, Paulo Luiz Netto – **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***, pp. 40-55.

119 "DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um

Invocou-se, também, o direito à busca da felicidade como um dos pilares permissivos para a constituição das famílias homoafetivas, como um direito de todos e como dever do Estado em garantir as condições mínimas aos cidadãos¹²⁰.

Embora o ideal de felicidade seja um elemento íntimo de cada ser humano e a sua busca seja subjetiva para o fim que o sujeito deseja alcançar, a felicidade pode ser conceituada como o estado de quem é feliz, que possui contentamento ou bem-estar¹²¹.

Verifica-se que já no período da revolução francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹²² determinava que as reivindicações das pessoas sempre deveriam se voltar à felicidade geral, de modo a tratar da felicidade como um mandamento coletivo.

Importa registrar a definição de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS) como um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Embora este seja um conceito um tanto aberto, pode ser utilizado também como sinônimo de felicidade, já que o completo bem-estar traz ou deve trazer um sentimento de felicidade.

dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. (...) A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.” SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão RE 477554 AgR/MG**. Brasília. 16/08/2011. Relator: Celso de Mello. [Em linha], pp. 289-290. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. [Consult. em 29-07-2024].

120 Entendeu-se que nesta posição privilegiada de direito fundamental e elemento da personalidade, a orientação sexual emerge como uma manifestação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, como poderoso catalisador de autenticidade e autoestima. A autoestima, por sua vez, desbrava o amplo caminho em direção à felicidade, conforme estabelecido positivamente desde as primeiras declarações de direitos humanos nos Estados Unidos (como a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e continuando presente nas constituições contemporâneas. Afinal, assim como as pessoas com preferência heterossexual só podem encontrar realização ou felicidade em relações heterossexuais, o mesmo se aplica às pessoas com preferência homossexual: só podem encontrar realização ou felicidade em relações homoafetivas. SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão ADI 4277**. Relator Ayres Britto. 05/05/2011. Brasília. [Em linha], p. 638. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false> [Consult. em 29-07-2024]. Assim, é incontestável que todos possuem o direito, sem exceção, de buscar a felicidade, princípio implícito e verdadeiro derivado da dignidade fundamental da pessoa humana. Essa conclusão é apoiada pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte Americana, refletindo a codificação desse princípio no âmbito do direito comparado.

121 ROITMAN, Isaac – O que é ser feliz. **UNB Notícias**. [Em linha]. Disponível em: <https://noticias.unb.br/artigos-main/o-que-e-ser-feliz> [Consult. em 31-07-2024].

122 FRANCE. **Déclaration du 26 août 1789 des Droits de l'homme et du citoyen**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000697056/> [Consult. em 23-07-2024].]

Deste modo, embora não conste o termo felicidade na Constituição brasileira, entende-se que se no preâmbulo constitucional consta que um dos objetivos da república é o bem-estar de todos, é possível afirmar que a felicidade, considerada como bem-estar pleno, é um dos valores constitucionais, que decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana¹²³.

O Japão, por exemplo, consagra expressamente o princípio da busca da felicidade no art. 13º da sua Constituição¹²⁴, ao prever que os indivíduos têm direito à busca da felicidade. Merece destaque, também, a epígrafe do art. 10º da Carta Constitucional da Coreia do Sul¹²⁵, onde consta a dignidade e busca à felicidade.

Passando para o ordenamento jurídico americano, observa-se que o Princípio da Busca da Felicidade foi positivado pela primeira vez no mundo na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776¹²⁶ e depois na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América¹²⁷ e que, apesar de não constar expressamente na Constituição norte-americana, o direito à busca da felicidade ou o direito de efetivamente obtê-la, consta em dois terços das cinquenta Constituições dos seus Estados, de modo que o referido princípio vem há muito tempo sendo objeto de estudos científicos no direito americano¹²⁸.

No âmbito brasileiro, observa-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 05 de maio de 2011, no julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132/RJ) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277/DF)¹²⁹, que reconheceu

123 DIAS. Maria Berenice – **Op. cit.**, 2016, pp. 136-137.

124 JAPAN. **Constitution of Japan**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html> [Consult. em 25-07-2024].

125 SOUTH KOREA. **Constitution of the Republic of Korea**. [Em linha]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987?lang=en [Consult. em 25-07-2024].

126 Trata-se da primeira declaração norte-americana de direitos humanos e foi elaborada em 1776, no cenário da luta pela independência dos EUA e antes mesmo da própria declaração de independência. “Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”. UNITED STATES – **Virginia Declaration of Rights**. [Em linha]. Disponível em <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights> [Consult. em 25-07-2024].

127 Reza a declaração que “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.—That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, —That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”. UNITED STATES – **Declaration of Independence**. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> [Consult. em 25-07-2024].

128 GRODIN, Joseph – Rediscovering the State Constitutional Right to Happiness and Safety. *In Hastings Constitutional Law Quarterly*. [Em linha], pp. 1-25. Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/208. [Consult. em 18-07-2024].

129 “(...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos

com efeito *erga omnes* a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao conferir ao artigo 1723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir todo significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pares do mesmo sexo, como entidade familiar, baseada no poliformismo familiar e no princípio do livre planejamento familiar previsto no artigo 226, parágrafo 7º da CFB, assim como nos preceitos fundamentais da igualdade e da liberdade, e no princípio matriz da dignidade da pessoa humana.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, inicialmente apresentada ao STF como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178, tinha como objetivo a declaração de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar com os mesmos direitos e deveres advindos do estabelecimento de união estável entre pessoas de sexo diferente¹³⁰.

Assim, fazendo uma releitura do art. 226, §3º da Constituição Federal à luz do art. 3º, inciso IV, tem-se que o entendimento do Pretório Excelso, na sua proatividade interpretativa da Constituição, concedeu direitos a tais famílias, que até então eram invisíveis juridicamente¹³¹.

Posteriormente, no dia 25 de outubro de 2011, a 4º turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, reconheceu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo ao dar provimento ao recurso de duas mulheres que pleiteavam a habilitação ao casamento civil¹³².

heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', *verbis*: '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'. (...). 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Buscou-se, portanto, eliminar do artigo em análise qualquer interpretação que impeça o reconhecimento de uma união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, garantindo-se as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva. SUPREMO Tribunal Federal – **Op. cit.**, pp. 4-5.

130 SOUZA, Fábio Camargo de – **O direito dos homoafetivos à família**, p. 77.

131 Inicialmente, as disposições que permitiam apenas a união estável entre homem e mulher eram consideradas constitucionais. No entanto, com a evolução da sociedade e do entendimento da Corte, passou-se a aceitar a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Isso ocorreu ao reinterpretar o art. 226, § 3º, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do art. 3º, IV, que estabelecem como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 307.

132 Concluiu-se que, enquanto o Congresso Nacional brasileiro não assumir explicitamente sua participação no processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, o Poder Judiciário não pode se eximir desse papel. Fazer isso seria aceitar tacitamente um Estado que é apenas "democrático" formalmente, sem que essa afirmação resista a uma mínima investigação sobre a universalização dos direitos civis. SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão REsp nº 1183378**. 25/10/2011. Relator Luis Felipe Salomão. [Em linha], p. 3. Disponível em

E foi no ano de 2013, para sanar os entraves encontradas pelos casais homoafetivos ante as recusas dos cartórios de registro civil de converterem a união estável em casamento, que o Conselho Nacional de Justiça brasileiro adotou a Resolução nº 175, que dispôs sobre a habilitação, celebração de casamento civil e conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo¹³³.

A normativa orientou-se pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, determinando que é vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento. Na prática, foi a partir deste momento que os casamentos civis entre pares do mesmo sexo começaram a ser realizados no Brasil¹³⁴.

Destarte, ante todo exposto neste capítulo, imperioso afirmar que a permanente constituição e reinvenção dos arranjos familiares é o ponto de partida para a compreensão de que o tradicionalismo está cada vez mais afastado da família e, com isso, não cabe ao Estado emitir ou manter legislações que restrinjam a liberdade, a intimidade e a vida privada dos indivíduos, na medida em que não influem no interesse geral e, não menos do que isso, é o que se espera do legislador¹³⁵.

4. O direito de constituir família como fonte do direito à reprodução.

O direito de constituir família abrange não apenas o direito de compartilhar uma vida em comum e a possibilidade de contrair matrimônio, mas também o direito de ter filhos, que apesar de não se tratar de um elemento fundamental do conceito de família, acaba naturalmente relacionado a ela.

Significa dizer que o direito de constituir família é um dos fundamentos do direito de reproduzir, não havendo espaço para restrições injustificadas à procriação, esterilização forçada e limitações no número de filhos, que não seriam compatíveis com a dignidade humana e a

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012 [Consult. em 29-07-2024].

133 CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução nº 175/2013**. [Em linha]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> [Consult. em 25-07-2024].

134 POMJÉ, Caroline; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso – Critérios de legalidade constitucional para a função normativa do Conselho Nacional de Justiça: o exemplo do direito de família. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. [Em linha], p. 10. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/241560> [Consult. em 19-07-2024].

135 LÔBO, Paulo – **Famílias**, p. 87.

capacidade inata de autodeterminação, como o direito a uma paternidade e maternidade consciente e responsável¹³⁶.

Outra não foi a intenção do legislador constitucional português no artigo 36/1 da CRP ao reconhecer o direito de formar uma família, independentemente do direito de casar, pois a separação dessas duas expressões e, especialmente, a priorização da formação da família antes da celebração do casamento, indica uma interdependência entre os dois princípios, onde o direito de ter filhos é reconhecido independentemente de estar ou não inserido no casamento¹³⁷.

Segundo Guilherme de Oliveira, o preceito constitucional de constituir família trata, sem dúvida, do direito fundamental de procriar e de ver a prole juridicamente reconhecida: o preceito invoca-se no sentido de eliminar todos os obstáculos ao estabelecimento jurídico das relações de filiação”.

E segue asseverando que apesar de a norma não ter sido elaborada à época, com a aceção do direito de procriação através das técnicas de reprodução assistida, trata-se hoje de uma “faceta de um pretense direito ao que é tecnologicamente possível”, cujas condições de exercício estaria a cargo do legislador ordinário¹³⁸.

Em consequência, considerando que o artigo 36/1, concede a todos o direito de formar uma família "em condições de plena igualdade", é claramente possível dizer que dentro das prerrogativas englobadas por esse direito, encontra-se o direito de procriação.

Faz-se necessário, neste ponto, a análise conjunta com o artigo 67º da CRP, que ao reservar a família um *status* de elemento fundamental da sociedade e a incumbência do Estado na sua proteção, estabelece no item 2, alínea “e”, a obrigação de regulamentação da procriação medicamente assistida, com base na dignidade humana, o que significa dizer que a reprodução assistida não apenas decorre do direito de constituir família, como também é tratada como um direito fundamental para aquele que dela necessite.

A nosso ver, portanto, a única exclusão possível ao direito de procriação medicamente assistida seria na hipótese de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, como no caso de clonagem humana, mas jamais por questões ligadas à dogmas religiosos ou preconceitos travestidos de bons costumes.

136 Canotilho faz um contraponto ao asseverar que embora não excluam a noção do direito de ter filhos por meio das técnicas de reprodução assistida, eles chamam atenção sobre os procedimentos heterólogos e a gestação de substituição, exigindo que quaisquer decisões tomadas respeitem o princípio da dignidade humana e da autonomia pessoal e levem em consideração as limitações envolvidas. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 567.

137 CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez – **Lições de Direito de Família**, p. 100.

138 OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de – **Aspectos da Procriação Medicamente Assistida**, p. 768.

Vera Lúcia distingue o direito de constituir família com o direito de reprodução, ao invocar que o direito à reprodução envolve dois requisitos, sendo o primeiro a relação biológica com a criança ou ao menos o estabelecimento de uma semelhança biológica com a doação de gametas em que se dá preferência às semelhanças fenotípicas, bem como o direito de constituir uma família com esse ser que será gerado, ao passo que o direito de constituir família implica apenas o desejo de viver com a criança como parte da família, independentemente da existência de uma ligação genética, tal como ocorre com a adoção e a parentalidade socioafetiva¹³⁹.

No Brasil, o direito de constituir família decorre do artigo 226 da CFB, que teve como inspiração o artigo 16/3 da DUDH, tendo a jurisprudência brasileira ampliado o entendimento do termo "entidade familiar" para reconhecer e proteger grupos que anteriormente não recebiam reconhecimento legal, concedendo-lhes o direito de serem reconhecidos como família, realizar adoção individual ou conjunta, e estabelecer vínculos de filiação¹⁴⁰.

E nessa linha, considerou-se que seria plenamente possível a adoção conjunta entre pares do mesmo sexo, ante o direito subjetivo de formar uma família, conforme disposto na ADI nº 4277 julgada pelo STF, o que significa dizer que se há a possibilidade de formar uma família com base na adoção conjunta, não há razão para se proibir os direitos reprodutivos a essas pessoas, como se sucederá na análise dos capítulos subsequentes.

139 RAPOSO, Vera Lúcia – “Dá-me licença que tenha filhos?”: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida. **Revista Direito GV**, p. 3. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201915> [Consult. em 21-07-2024].

140 SUPREMO Tribunal Federal – **Op. cit.**

CAPÍTULO II – A constitucionalização dos direitos reprodutivos.

5. O direito fundamental à reprodução humana?

A reprodução é inerente à própria existência da humanidade por se tratar de um fenômeno natural dos animais, incluindo-se os seres humanos, mas a sua análise sob as perspectiva dos avanços da ciência e das técnicas reprodutivas, fizeram ascender os direitos reprodutivos, naquilo que se pode fazer e o que o direito e a ética consideram repudiável, ante as inúmeras possibilidades colocadas à disposição.

Referido grupo de direitos confere às pessoas o poder de decidir sobre ter ou não ter filhos a partir de garantias básicas, como a possibilidade de planejamento familiar, a assistência médica segura e humanizada durante a gestação, a possibilidade de interrupção da gravidez diante da ocorrência de hipóteses previstas em lei, a reprodução humana assistida, o acesso à informações sobre métodos e técnicas contraceptivas, dentre outros.

A definição também inclui o direito de as pessoas exercerem a sexualidade e a reprodução livres de discriminação e violência, através de um planejamento familiar e de acesso a serviços de saúde que respeitem seus direitos.

Os “direitos reprodutivos”, como diz o próprio nome, são os direitos relacionados ao exercício da reprodução, que vem sendo regulada pelo direito desde o século XIX, cujo termo ganhou destaque no auge da revolução sexual pelo movimento feminista e foram assim denominados no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em 1984, em Amsterdã, para se referir a pontos relativos à autonomia reprodutiva da mulher, substituindo, de maneira mais completa e adequada a denominação “saúde da mulher” para expressar a ampla pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres¹⁴¹.

Na medida em que se reconhece os arranjos familiares, reconhece-se de igual modo o direito de decidir sobre ter ou não ter filhos. Segundo Canotilho e Vital Moreira, como já delineado no capítulo anterior, o direito de constituir família está associado ao direito de estabelecimento e reconhecimento de relações e ao direito de escolher ter filhos, o que não é obrigatório, mas é naturalmente vinculado ao processo de formação de uma família¹⁴².

141 MATTAR, Laura Davis – Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, p. 63. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004> [Consult. em 07-08-2024].

142 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Op. cit.**, p. 567.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho dispõem que o direito de constituir família também está atrelado ao direito de procriar, ao afirmarem que o direito de constituir família, conforme estabelecido no artigo 36/1, 1ª parte da CRP, é garantido a todas as pessoas, independentemente do seu estado civil¹⁴³.

Esse direito engloba, em primeiro lugar, a liberdade de escolher com quem formar uma família e, em segundo lugar, o direito de estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade.

Dessa forma, seriam consideradas inconstitucionais normas que violassem esse direito, tais como a imposição da esterilização em pessoas portadoras de determinadas doenças, a penalização de pessoas não casadas que tivessem filhos, a imposição de políticas demográficas que limitassem o número de filhos que os casais poderiam ter e a punição de pessoas casadas ou não que tivessem um número excessivo de filhos. Da mesma forma, também seriam consideradas inconstitucionais as normas que proibissem um pai de adotar ou uma mãe de declarar sua maternidade em relação a um filho concebido fora do casamento.

Ao formar uma família, o indivíduo deve estar livre para decidir sobre o exercício do direito de reproduzir. Assim, o direito de constituir família deve ser também entendido como o direito a ter filhos, seja de modo biológico, afetivo ou por meio das técnicas de procriação medicamente assistida.

É válido destacar a importância de declarações, convenções, conferências e estatutos internacionais que influenciaram os ordenamentos jurídicos nacionais na elaboração de regras atinentes aos direitos reprodutivos e sexuais¹⁴⁴.

Isso porque, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), uma série de documentos internacionais contribuíram com a regulação de direitos relacionados a liberdades sexuais e a reprodução humana, envolvendo temáticas relacionadas à atual configuração familiar¹⁴⁵.

A DUDH dispôs de direitos cuja efetividade promovem os direitos reprodutivos, estabelecendo o direito do homem e da mulher em contrair matrimônio, fundar família e participar e obter os benefícios dos progressos científicos.

143 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Op. cit.**, p. 118-119.

144 Devido à sua relevância, a consagração destes direitos tende a ocorrer em níveis internacionais e supranacionais, por meio de Declarações, Convenções ou Pactos, sendo implementados e protegidos por sistemas jurídicos transcendentais, tanto de alcance global quanto regional. PEREIRA, André Gonçalo Dias; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva – Diálogo(s) de direitos fundamentais no direito biomédico. **Cadernos da Lex Medicinæ**, p. 92.

145 UNITED Nations – **Universal Declaration of Human Rights** [Em linha]. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].

Em 1968, o grande marco normativo internacional foi a Conferência Internacional de Direitos Humanos, que culminou na Proclamação de Teerã¹⁴⁶. O documento destacou e reforçou direitos e liberdades consagrados internacionalmente. Além disso, foi o primeiro diploma legal que reconheceu o direito dos pais de decidirem quando e quantos filhos iriam ter.

Em 1969 foi proclamada a Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁴⁷, prevendo o direito ao planejamento familiar ao estabelecer que a família deve ser auxiliada e protegida para que possam assumir plenamente suas responsabilidades no seio da comunidade e que é direito exclusivo dos pais determinar, livre e responsavelmente, o número dos seus filhos, bem como com qual intervalo de tempo concebê-los.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979) reafirmou os direitos constantes na Carta das Nações Unidas ao proteger a saúde, inclusive no tocante a função reprodutiva, e determinou aos Estados-partes a adoção de medidas voltadas a garantia de igualdade entre homens e mulheres no acesso aos serviços médicos e a todos serviços necessários ao planejamento familiar¹⁴⁸.

A Conferência Mundial de População realizada na Cidade do México (1984) deu ênfase à situação das mulheres quanto à fecundidade e recomendou a necessidade do controle da fecundidade pelas mulheres, sendo isto de extrema relevância para o alcance de outros direitos¹⁴⁹.

146 TEHERAN Conference — **Proclamation of Teheran**. [Em linha]. Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/instree/l2ptchr.htm> [Consult. em 25-07-2024].

147 UNITED Nations — **Declaration on Social Progress and Development**, artigo 4º. [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-social-progress-and-development> [Consult. em 25-05-2024].

148 UNITED Nations — **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women**. [Em linha]. Art. 16º. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> [Consult. em 25-05-2024].

149 Para tanto, ficou consignado nos artigos 11 e 12 que melhorar o *status* das mulheres e aprimorar seu papel é um objetivo importante em si mesmo, que influencia de forma positiva a vida familiar e o tamanho da família, cujo apoio da comunidade internacional é essencial para se coibir a elevada fertilidade indesejada, que afeta negativamente a saúde e o bem-estar de indivíduos e famílias, especialmente entre os pobres, e impede seriamente o progresso social e econômico em muitos países. Mulheres e crianças são as principais vítimas da fertilidade desregulada. Segue asseverando que gravidezes em excesso, próximas demais, precoces demais e tardias demais são uma das principais causas de mortalidade materna e infantil, e que é necessário que homens e mulheres compartilhem conjuntamente responsabilidades em áreas como vida familiar, cuidado com os filhos e planejamento familiar. UNITED Nations — **Declaration of 4ª International Conference on Population and Development**. [Em linha]. Disponível em: [declaration of 4ª conference population development](#) [Consult. em 25-05-2024].

Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento ocorrida no Cairo (1994), foi elaborado o primeiro documento normativo internacional que abordou expressamente os direitos reprodutivos e a saúde reprodutiva, tratados em capítulo próprio¹⁵⁰.

A partir da Conferência do Cairo, as políticas e programas de população passaram a se concentrar não apenas no controle do crescimento populacional, mas principalmente no reconhecimento dos direitos humanos e no fortalecimento do empoderamento feminino como fatores determinantes para melhorar a qualidade de vida das pessoas. Delegados de todas as regiões e culturas estabeleceram que a saúde reprodutiva é um direito humano e um elemento essencial para a igualdade de gênero.

Além dessa mudança de paradigma, a comunidade internacional estabeleceu como meta o acesso universal a uma ampla gama de serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar e o direito de atingir o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva.

A conferência referenciada acima foi de extrema relevância, pois fixou diretrizes de ação que sedimentaram a existência dos direitos reprodutivos, alçando-os ao patamar de direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Já em 1995, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Pequim, foram elaborados dois documentos relevantes para a temática em discussão: a Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Este último estabeleceu que a emancipação da mulher também depende do fato de ela poder controlar aspectos relacionados a sua própria fecundidade¹⁵¹.

A Plataforma de Ação de Pequim reforçou a necessidade de governos conferirem a devida atenção à aplicação de medidas voltadas para combater a gravidez indesejada e aborto forçados ou que ponham em risco a vida da mulher em razão da inadequação ou insegurança de tratamentos.

Em 1999, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, reafirmando que o acesso aos cuidados de saúde, inclusive a saúde reprodutiva, é um direito fundamental, elaborou um protocolo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

150 UNITED Nations – **Cairo Declaration on Population & Development**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.unfpa.org/resources/cairo-declaration-population-development> [Consult. em 25-05-2024].

151 UNITED Nations – **Declaration and Platform for Action of the IV World Conference on Women**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.un.org/en/conferences/women/beijing1995> [Consult. em 25-04-2024].

Discriminação contra as Mulheres, que foi adotado pelas Nações Unidas, por meio da Resolução nº 54/4¹⁵².

Portanto, não há dúvidas de que os direitos reprodutivos são considerados direitos humanos de *status* internacional¹⁵³. E dentro desse contexto dos direitos humanos, a maioria das Constituições democráticas elevaram os direitos reprodutivos a *status* de direitos fundamentais, tal como sucedeu no Brasil e em Portugal.

Sempre houve uma necessidade humana de se reproduzir, já que a procriação é a maneira pela qual a espécie humana se perpetua. No entanto, esse fenômeno meramente biológico tem sido questionado devido aos avanços científicos e às demandas sociais atuais, o que levou ao desenvolvimento dos direitos reprodutivos.

Em consequência, os direitos reprodutivos são fundamentais para garantir que as pessoas possam exercer sua sexualidade e reprodução sem discriminação e violência, que tenham acesso a informações e recursos para planejamento familiar, e a disponibilização serviços de saúde que respeitem seus direitos.

E é nesse contexto que se desenvolverá a análise dos direitos reprodutivos, designadamente os direitos reprodutivos nas uniões homoafetivas mediante as técnicas de procriação medicamente assistida disponíveis.

6. Os direitos reprodutivos no âmbito normativo constitucional.

Restando evidenciado que os direitos reprodutivos fazem parte do rol dos direitos humanos inerentes a todas as pessoas, iremos abordá-los no plano constitucional interno.

Não há, no ordenamento jurídico uma definição legal específica de direitos fundamentais ou de direitos humanos. Por essa razão, coube à doutrina realizar esforços para delimitar essas duas categorias dogmáticas, que, embora frequentemente coincidentes em muitos aspectos — o que leva vários autores a utilizar as expressões de forma intercambiável

152 UNITED Nations – **Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. Resolution nº 54/4. [Em linha]. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/OP_CEDAW_en.pdf [Consult. em 25-05-2024].

153 Sobre o tema: “Reproductive Rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international laws and international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic rights of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes the right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents”. UNITED Nations – Reproductive Rights Are Human Rights. **Danish Institute for Human Rights**, p. 22. Disponível em <https://www.unfpa.org/publications/reproductive-rights-are-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].

—, apresentam algumas características diferenciadoras, posto que os direitos fundamentais estão localizados nas normas constitucionais.

É a partir do reconhecimento do direito fundamental à reprodução que devemos abordar as diversas questões que surgem no contexto da procriação assistida.

Isso pode envolver a proposição de novos regimes legais ("*iure constituendo*") ou a interpretação das normas existentes de maneira a fortalecer esse direito, através de uma interpretação que pode ser tanto negativa, garantindo que as normas não violem o direito à reprodução, quanto positiva, optando pela interpretação mais compatível com esse direito¹⁵⁴.

6.1. O princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como um valor jurídico fundamental nas democracias constitucionais modernas, que serve como fonte dos direitos fundamentais, critério para a interpretação e inclusão de direitos, e integração com os demais princípios fundamentais, exercendo influência sobre o conteúdo valorativo de todas essas premissas.

Luís Roberto Barroso oferece um enunciado mínimo e universal de dignidade humana, quando afirma que ela se traduz em (1) um valor intrínseco de todos os seres humanos através dos direitos fundamentais à vida, igualdade e integridade (elemento ontológico); assim como (2) na autonomia de cada pessoa de se autodeterminar de acordo com as suas convicções e características, através dos direitos fundamentais de liberdade, direitos sociais, direitos políticos e condições mínimas de existência; e (3) que pode sofrer limitações legítimas em razão de valores sociais ou interesses estatais¹⁵⁵.

É cediço que a dignidade da pessoa humana passou por etapas de evolução e ganhou força com o avanço da Idade Moderna e durante o humanismo, a partir da racionalização e da concepção filosófica kantiana de que a dignidade humana deriva da condição da pessoa, onde o ser humano é dotado de razão e capacidade, cuja essência basilar é a ideia de que o indivíduo é um fim em si mesmo e não pode ser coisificado ou descartado em razão das suas características individuais e da sua dinâmica pessoal¹⁵⁶.

154 RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião In Vitro**, p. 660.

155 BARROSO, Luís Roberto – **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, pp. 72-76.

156 CHAVES, Marianna – **Op. cit**, p. 77.

Mas a sua consagração se deu com a concepção do Estado Democrático de Direito, após a Segunda Guerra Mundial marcada pelo Regime do Terceiro Reich, onde vivenciou-se experiências humanamente degradantes, em campos de concentração, coisificação da pessoa e discriminações ilegítimas, sobretudo contra judeus, homossexuais, pessoas com necessidades especiais e ciganos, traduzindo-se na ideia de que cada ser possui um valor intrínseco e distintivo no universo.

A dignidade da pessoa humana incorporou-se à Constituição da República Portuguesa como um princípio jurídico fundamental de status constitucional, previsto no art. 1º, que proclama que a República Portuguesa tem como base a dignidade da pessoa humana e a vontade popular, de modo que os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos sociais e culturais têm a sua fonte ética na dignidade de todas as pessoas¹⁵⁷.

Trata-se, também, de princípio fundamental previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira, que prevê a dignidade humana como um dos seus fundamentos.

Neste sentido, conforme Jorge Reis Novais, para além do sentido da dignidade humana enquanto valor moral ou referência identitária da sociedade e suas potencialidades, há de se reconhecer a dimensão jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe não apenas a sua observância, mas também a sua proteção e promoção¹⁵⁸.

Portanto, a sua recepção constitucional não pode ser considerada um mero detalhe legal, mas sim aponta para a atribuição de uma importância singular ao princípio. A inserção sistemática formal da dignidade da pessoa humana no primeiro artigo das Constituições brasileiras e portuguesas consagra que este princípio é colocado acima de todos os outros, sendo reconhecido implicitamente como o principal alicerce de todo o edifício constitucional.

É por isso que, apesar das diversas discussões acerca da sua abrangência e do conteúdo normativo, a constatação de uma violação desse princípio por órgãos competentes assume uma gravidade qualificada e irremissível num contexto de Estado de Direito Constitucional.

Ademais, não se pode pensar na dignidade humana como um conceito rígido e dissociado dos direitos fundamentais, a fim de concretamente assegurar os mecanismos de controle e conflitos, pois mais do que reconhecer os direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana, é dar-lhes institutos e ferramentas jurídicas de proteção internacional¹⁵⁹.

157 MIRANDA, Jorge – A Constituição e a dignidade da pessoa humana. **Didaskalia**, p. 473. [Em linha]. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/didaskalia.1999.1440> [Consult. em 07-08-2024].

158 NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**, p. 9.

159 BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**, p. 93.

Consequentemente, o estado também está obrigado a protegê-la contra ameaças de pessoas privadas de forma indireta, produzindo-se consequências jurídicas em todas as esferas da ordem jurídica, tanto nas relações entre o poder público e os indivíduos quanto nas relações entre estes¹⁶⁰.

Trata-se, portanto, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana e serve de base para a aplicação dos direitos fundamentais, mas a sua invocação deve estar associada a um deles, a fim de concretamente ser postulada.

Em Portugal, é de se observar o artigo 13º da CRP, que ao tratar do princípio da igualdade, estabelece que todos os cidadãos possuem a mesma dignidade social; o artigo 26º, nº 2, que dispõe que o legislador deve estabelecer garantias contra informações que atentem à dignidade humana e o nº 3, que garanta a dignidade geral e genética do ser humano; além das referências previstas nos artigos 59/1 e artigo 206º.

E partindo-se do objeto aqui investigado, há expressa determinação constitucional ao Estado no artigo 67º, 2, de “regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

A regulação da procriação assistida se deu em Portugal pela Lei nº 32/2006¹⁶¹ e, quando instado a se manifestar sobre a constitucionalidade de alguns artigos com base em suposta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional Português, no Acórdão 101/2009, entendeu pela sua constitucionalidade¹⁶².

E neste norte, podemos afirmar que os direitos fundamentais à orientação sexual e ao direito de constituir família pelos pares do mesmo sexo, incluindo-se a parentalidade e a procriação medicamente assistida, estão umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana como valor intrínseco de cada ser humano, bem como aos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e livre desenvolvimento da personalidade.

Portanto, o reconhecimento jurídico da parentalidade de homossexuais, tem como base, dentre os múltiplos sentidos da dignidade, as dimensões nucleares de que cada indivíduo

160 NOVAIS, Jorge Reis – **Op. cit**, p. 8.

161 PORTUGAL – **Lei nº 32/2006**. Regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (26-07-2006). [Em linha]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2006-34529775> [Consult. em 29-07-2024].

162 TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 101/2009**. 03-03-2009. Relator: Carlos Fernandes Cadilha. [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/101-2009-1143211> [Consult. em 28-07-2024], p. 12469. Porém, Bendita Crorie afirma que no referido acórdão o Tribunal Constitucional utiliza o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro para avaliar a constitucionalidade da decisão legislativa, mas não detalha claramente o significado atribuído a esse princípio para tal fim, embora tenha em sua jurisprudência, reconhecido diversas funções para ele, de modo que tem adotado uma postura mais cautelosa na sua aplicação concreta. CRORIE, Benedita Mac – O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. *In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, p. 56.

deve ser considerado como fim em si mesmo e que os projetos pessoais de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, sendo merecedores do mesmo respaldo dado às uniões entre pares de sexo oposto¹⁶³.

6.2. As dimensões de direitos fundamentais e a recepção constitucional dos novos direitos.

Em decorrência da constante evolução dos valores histórico-sociais, busca-se sistematizar e positivar os direitos humanos a nível constitucional, através da abstenção de invasões ilegítimas nas esferas pessoais dos indivíduos e das prestações positivas das liberdades, cujos direitos fundamentais se consagram nos Estados Democráticos de Direito a partir da concepção do constitucionalismo moderno.

Os direitos fundamentais abrangem uma variedade de áreas, como o direito à vida, às liberdades, à igualdade, à garantia de condições de vida dignas, acesso a oportunidades e proteção contra discriminação e violações dos direitos humanos.

A categorização dos direitos fundamentais é um assunto complexo que suscita várias interpretações sobre sua definição.

A doutrina destaca que a atribuição do *status* de direito fundamental à categoria dos direitos, liberdades e garantias não ocorre de forma automática, nem decorre de um critério constitucional claro e unívoco. Pelo contrário, essa qualificação não é consensual e envolve uma variedade de critérios, como a determinabilidade constitucional, a existência de posições subjetivas estabelecidas constitucionalmente em normas perceptíveis, o critério dos direitos inerentes à humanidade, a estrutura de defesa dos direitos fundamentais, entre outros¹⁶⁴.

Contudo, há um elemento sempre presente em sua definição mais técnica: a dignidade humana serve como critério fundamental para embasar o Estado de Direito e, em especial, os direitos fundamentais.

A natureza de um direito como fundamental está intrinsecamente ligada à funcionalidade e à essência das posições subjetivas, em contraste com a intervenção arbitrária das autoridades governamentais e podem se manifestar de forma independente ou conjunta em direitos, liberdades e garantias.

163 BARROSO, Luís Roberto – Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. [Em linha], pp. 126-127. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42573> [Consult. em 17-07-2024].

164 ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Direitos, Liberdades e Garantias. In **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 131.

O núcleo essencial mínimo de princípios que protegem o indivíduo contra o Estado representa a base fundamental da autonomia humana.

Além da dimensão subjetiva, que envolve as funções fundamentais de defesa, prestação e participação, há também o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, em uma relação de complementaridade¹⁶⁵. Sob essa perspectiva, que não é exclusivamente individualista, é essencial que o Estado se comprometa a implementar medidas para garantir a preservação dos direitos fundamentais como princípios fundamentais da ordem constitucional.

São pressupostos dos direitos fundamentais a proteção do Estado perante as pessoas que nele integram, o reconhecimento da autonomia das pessoas frente ao poder estatal e uma Constituição elaborada a partir do constitucionalismo moderno¹⁶⁶.

Sob uma perspectiva formal, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos na legislação fundamental e que desfrutam de um regime jurídico especialmente reforçado para evitar sua violação.

Para Ingo Sarlet, é importante distinguir as categorias de "direitos do homem", "direitos humanos" e "direitos fundamentais" pois, segundo o autor, a primeira categoria possui uma conotação jusnaturalista relacionada aos direitos naturais não positivados. A segunda engloba os direitos positivados na esfera do direito internacional, enquanto os chamados direitos fundamentais estão relacionados aos direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Assim, entende que a diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos está relacionada à condição de direitos sujeitos a um duplo regime, tanto formal quanto material, enquanto os direitos humanos são aqueles positivados no plano internacional¹⁶⁷.

O critério decisivo para reconhecer um direito como fundamental está mais relacionado com a sua substância do que com o local onde está consagrado, pois em uma análise substantiva, os direitos fundamentais são aqueles que, mesmo estando fora do texto constitucional, possuem um conteúdo que remete ao conceito abstrato de direito fundamental.

Sem a pretensão de analisar cada dimensão dos direitos fundamentais, esclarecemos que os direitos fundamentais de 1ª geração ou dimensão baseiam-se nos “direitos de liberdade”, enquanto direitos universais de toda a sociedade dos direitos civis e políticos; os de 2ª geração

165 BOBBIO, Norberto – **Liberalismo e democracia**, p. 11.

166 MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 12.

167 SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 29.

remontam ao “direito de igualdade”¹⁶⁸, através de prestações positivas estatais que garantam o exercício dos direitos sociais e os de 3ª geração, que se assentam na solidariedade e fraternidade, através dos direitos difusos e coletivos, como o direito à paz e ao ambiente¹⁶⁹.

Os direitos fundamentais, quando considerados como direitos a prestações, têm a função de disponibilizar os meios materiais e garantir as condições que permitam o exercício das liberdades fundamentais.

Este é o caso do direito fundamental à vida e à saúde, vinculando-se à assistência à reprodução humana na esfera coletiva, estando respaldados pelo Estado através de uma Constituição, onde as pessoas têm a liberdade para planejar, desejar ou não desejar ter filhos, procriar ou não procriar, cabendo ao Estado prover os meios e condições para o exercício das liberdades fundamentais, incluindo o acesso à educação, ao trabalho, à saúde, entre outros.

É importante esclarecer que os direitos a prestações abrangem um conjunto completo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, podendo variar em relação ao objeto, destinatário, estrutura jurídica, eficácia e efetivação desses direitos¹⁷⁰.

Costuma-se dizer, porém, que os direitos de prestações estão condicionados à chamada “reserva do possível”, o que expressa a ideia de que sua satisfação depende, em grande parte, dos recursos econômicos do Estado e das decisões políticas, cuja aplicabilidade direta fica limitada.

Ademais, a diferenciação entre os direitos de liberdade e os direitos de 2ª geração ou dimensão está se tornando cada vez menos relevantes, uma vez que os direitos chamados “negativos”, ou seja, os direitos de liberdade, têm vindo a implicar prestações positivas, já que um depende do outro¹⁷¹.

Já os direitos de 4ª geração são consequência dos desenvolvimentos tecnológicos e parte-se da globalização dos direitos fundamentais, que implica na universalização desses direitos na esfera da normatividade jurídica, por meio dos direitos à democracia, à informação,

168 Estão na categoria de direitos sociais, frequentemente referidos como de segunda geração ou dimensão, como direitos fornecidos pelo Estado para garantir o princípio básico de igualdade entre os membros da sociedade, representando ao mesmo tempo uma transição das liberdades formais e abstratas para liberdades materiais e concretas.

169 Não têm como objetivo exclusivo a proteção dos interesses de um indivíduo, grupo ou Estado específico, pois protegem bens que transcendem o indivíduo (ou seja, coletivos) e operam em um contexto global, buscando resolver problemas que nenhum Estado pode resolver isoladamente. Seu principal destinatário é a própria humanidade, em um momento significativo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta. PEREIRA, André Gonçalo Dias; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva – Diálogo(s) de direitos fundamentais no direito biomédico. *Cadernos da Lex Medicinæ*, p. 92.

170 SARLET, Ingo Wolfgang – *Op. cit.*, p. 283.

171 RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. cit.*, p. 93.

ao pluralismo e à bioética, onde o mundo se dobra no plano de todas as relações de convivência, cuja dimensão é a máxima universalidade.

Percebe-se, aqui, claramente a interligação entre as diferentes gerações de direitos fundamentais e assim entendemos que o melhor vocábulo é tratá-las de “dimensões”, pois a sucessão meramente cronológica não sugere o que de fato ocorre, pois uma geração não exclui a outra.

Paulo Bonavides, afirma que as três dimensões de direitos fundamentais “*abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais*”¹⁷², como a Declaração de Direitos Humanos (ONU, 1948), que apesar de programática, é uma carta de princípios sobre os quais estão assentadas todas as gerações de direitos.

O doutrinador ainda trata do direito à paz enquanto norma jurídica, como direito de 5ª geração, que se transmudou da 3ª (direitos da fraternidade) para a 5ª geração¹⁷³ e, do próprio direito à vida, algo tão eloquente nos dias atuais.

A bioética, fruto do desenvolvimento da tecnologia, se relaciona com a medicina e com a genética, sendo tratada pela maioria como direito de 4ª geração¹⁷⁴ ou até mesmo de 5ª geração.

A recepção constitucional de novos direitos é um processo fundamental na evolução do ordenamento jurídico, que reflete a adaptação das leis fundamentais às mudanças sociais, culturais e tecnológicas. À medida que a sociedade avança e novas questões éticas e morais surgem, a Constituição é frequentemente confrontada com a necessidade de acomodar novos direitos e garantias.

Essa recepção pode ocorrer de várias maneiras, incluindo interpretações amplas dos princípios constitucionais existentes para abranger novos direitos emergentes, bem como emendas constitucionais formais para incorporar expressamente novas proteções. Muitas vezes, o poder judiciário desempenha um papel crucial ao interpretar a Constituição de forma a reconhecer direitos que antes não eram contemplados.

172 Segundo Bonavides, a nova universalidade busca concretizar os direitos das três gerações na titularidade de um indivíduo, que, antes de ser cidadão de qualquer país específico, é, por sua condição de pessoa, um ente qualificado por seu pertencimento ao gênero humano, alvo dessa universalidade. BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**, pp. 573-574.

173 BONAVIDES, Paulo Paulo – A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha], p. 86. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534> [Consult. em 16-07-2024].

174 ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos constitucionais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 64.

A cláusula de abertura de sistema, prevista no artigo 16º, 1 da CRP e artigo 5º, parágrafo 2º da CFB, é um conceito jurídico que reconhece a capacidade do ordenamento jurídico de abranger e integrar novos valores, princípios e direitos, mesmo que estes não estejam previamente codificados na legislação existente.

Em outras palavras, essa cláusula reconhece a natureza dinâmica do sistema jurídico, permitindo que ele se adapte e evolua ao longo do tempo para incorporar novos direitos e garantias, refletindo assim as mudanças na sociedade e na consciência coletiva.

São em decorrência disso chamadas de cláusulas abertas ou de não tipicidade dos direitos fundamentais e não se limitam apenas a complementar ou integrar o catálogo de direitos expressos no texto constitucional.

Elas representam uma manifestação simétrica do princípio da limitação das restrições aos direitos, liberdades e garantias, em oposição ao princípio da liberdade em relação aos poderes do Estado e de seus órgãos. Isso porque a realização individual de cada pessoa não se resume a um conjunto específico de direitos declarados em determinado período¹⁷⁵.

Portanto, oferece flexibilidade e adaptabilidade ao sistema jurídico, permitindo que os tribunais interpretem os princípios constitucionais de forma a abranger novos direitos e valores que possam surgir. Isso é especialmente relevante em contextos nos quais a sociedade passa por mudanças significativas em suas percepções morais, éticas e sociais, cujo princípio da proibição do retrocesso também tem papel crucial.

Nesse panorama, é possível citar também o artigo 16/2 da CRP, que estabelece a interpretação dos conceitos constitucionais em harmonia com a DUDH; o artigo 17 que reconhece os direitos fundamentais com estatuto privilegiado que transcendem o catálogo previsto e o artigo 2/1, que consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, desempenhando função semelhante à proteção abrangente do direito à personalidade conforme estabelecido no artigo 70 do Código Civil Português.

Isso não significa que tal catálogo possa ser desmedido, pois como visto, um direito para ser considerado fundamental deve ter conteúdo de direito fundamental, sob pena de alargamento desmedido e insegurança jurídica.

Quanto aos direitos fundamentais internacionais, a disposição também reforça a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, indicando que tais tratados podem ampliar o rol de direitos protegidos no país, como é o caso da DUDU e CEDH, dentre outras.

175MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**, p. 165.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos resultou no reconhecimento de uma nova categoria de direitos humanos no âmbito da biologia e do património genético, representando uma ação internacional positiva dos direitos biológicos.

Esse reconhecimento abrange, em seu amplo conteúdo, a reprodução humana assistida, o que levou à criação de uma nova ordem ética e jurídica dentro de cada país signatário, alinhada com os princípios e regras dos documentos pertinentes¹⁷⁶.

Norberto Bobbio afirma que surgem novas demandas que podem ser rotuladas como direitos de 4ª geração, em relação aos efeitos cada vez mais impactantes da pesquisa biológica, permitindo manipulações no património genético de cada indivíduo, mas embora as demandas por direitos possam ser dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, elas sempre têm relação com os poderes estabelecidos, seja para impedir os malefícios desses poderes ou para obter seus benefícios, de modo que os direitos de terceira e quarta geração podem abranger os dois tipos de demandas¹⁷⁷.

Olga Krell afirma a inclusão dos direitos relacionados às ameaças da biotecnologia e engenharia genética como direitos de quarta geração de direitos fundamentais não são unânimes¹⁷⁸.

Alguns consideram a proteção da integridade psicofísica como um postulado essencial do princípio da dignidade, vinculado aos direitos humanos de quarta geração, decorrentes das questões surgidas dos avanços tecnológicos.

Na esfera internacional, argumenta-se se o direito à reprodução sexual seria um direito fundamental ou não, tendo como ponto de discórdia a entrega da gestante de substituição que gerou a criança, para os beneficiários que a contrataram¹⁷⁹.

Seja como for, os chamados “biodireitos fundamentais” estão interligados a outros direitos fundamentais e suas gerações, como os direitos de liberdade.

Desse modo, entendemos que os direitos reprodutivos se relacionam a todas as dimensões de direitos, tendo como titular o indivíduo e decorre do direito à vida, do direito à saúde ou de integridade física e psíquica, do direito ao desenvolvimento da personalidade, do direito de constituir família e do direito ao planejamento familiar.

176 UNITED Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) – **Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].

177 BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**, p. 8.

178 KRELL, Olga Jubert Gouveia – **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**, p. 78.

179 GOZZO, Débora – Novas tecnologias e a responsabilidade da reprodução humana artificial. In **Cadernos da Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, p. 171.

6.3. O direito ao desenvolvimento da personalidade.

A concepção de personalidade jurídica envolve a ideia de que a pessoa humana é titular de direitos e deveres, sendo criadora das próprias normas legais e deve se submeter a elas, tornando-se, assim, sujeita aos seus efeitos.

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, os direitos de personalidade estão intimamente relacionados com a posição das pessoas no direito, demandando respeito à sua dignidade, já que a pessoa humana representa o fundamento ético e ontológico do direito¹⁸⁰.

Significa dizer que toda pessoa é detentora de relações jurídicas, o que constitui sua personalidade ou qualidade de sujeito de direito, que não apenas pode, mas de fato é titular de direitos e obrigações.

Os direitos de personalidade abrangem áreas como a vida da pessoa, sua saúde física, integridade física, honra, liberdade física e psicológica, nome, imagem, privacidade pessoal e desenvolvimento da personalidade. Esses direitos formam um conjunto essencial e indispensável para a esfera jurídica de cada pessoa¹⁸¹.

Os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal compartilham muitas semelhanças no campo dos direitos da personalidade, embora existam algumas abordagens ligeiramente distintas, que não se afastam significativamente das características gerais do tema¹⁸².

Partindo-se para o direito ao desenvolvimento da personalidade, observa-se que foi expressamente consagrado no art. 26º, nº 1 da CRP, por meio da revisão constitucional de 1977, já existindo implicitamente como corolário do princípio da dignidade humana, cuja essência é a liberdade do indivíduo de se autodeterminar e de se desenvolver de acordo com a sua individualidade e natureza.

Ao tratar do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, Pedro Pais de Vasconcelos afirma que *“a pessoa, neste sentido, desenvolve-se naquilo que é e naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser. Esta possibilidade, quase divina, é inerente à própria natureza humana, é-lhe constituinte. Daí que um dos direitos da personalidade tenha especificamente por missão essa qualidade”*¹⁸³.

180 Consequentemente, os direitos de personalidade perpassam pela posição da pessoa humana no direito, à preservação de sua dignidade e a proteção contra qualquer forma de agressão que a prejudique. VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**, p. 6.

181 PINTO, Carlos Alberto da Mota; *et al* – **Teoria Geral do Direito Civil**, pp. 100-101.

182 No Brasil, a categoria de direitos da personalidade é denominada de direitos personalíssimos tratados no artigo 11 do Código Civil como intransferíveis e irrenunciáveis, salvo em casos previstos em lei. Já a tutela geral de personalidade no direito português é prevista no artigo 70º do Código Civil.

183 VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Op. cit**, p. 75.

6.3.1. O direito à reprodução como direito ao desenvolvimento da personalidade.

O livre desenvolvimento da personalidade possui uma qualidade positiva e outra negativa, traduzindo-se na liberdade de se auto-formar e no direito de remover as barreiras à liberdade de ação¹⁸⁴.

Tutela, portanto, a personalidade como a qualidade de ser pessoa e a liberdade como direito de se auto-formar sem interferência ilegítima do Estado.

Trata-se de um direito subjetivo de grande alcance, como disposição interpretativa de outros direitos e fundamento constitucional a direitos que não estejam expressamente previstos na Constituição¹⁸⁵.

E dada a proteção dessa personalidade desenvolver-se, se permite que o indivíduo busque o seu ideal de vida enquanto família e decisão de ter ou não de ter filhos. Portanto, a liberdade de uma pessoa tomar decisões sobre formar uma família e ter filhos, seja por meio de reprodução natural ou assistida, é um direito fundamental para o desenvolvimento da sua personalidade e autonomia.

Argumenta-se que a liberdade pessoal é o principal valor considerado ao utilizar técnicas de reprodução assistida, e ela não deve ser interpretada de forma restritiva, mas sim abrangente, incluindo o direito de determinar fisicamente a sua própria reprodução.

A faculdade de fundar uma família, como visto no capítulo anterior, é um aspecto essencial da liberdade e privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade.

Consequentemente, a reprodução assistida não se limita apenas a casos de infertilidade, mas também é vista como uma alternativa de reprodução, o que levanta questionamentos sobre os limites dessas liberdades.

6.3.2 O desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade está intrinsecamente relacionado à realização pessoal, uma vez que visa assegurar que cada indivíduo tenha a liberdade de buscar a sua própria realização e satisfação, reconhecendo que as pessoas têm a capacidade de tomar

184 **Idem** – p. 75.

185 É que, não se olvidando do princípio da dignidade humana enquanto cláusula geral suprema, os direitos fundamentais de personalidade são decorrências iminentes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, podendo neste caso não serem direitos autonomizáveis, mas sim exercícios de liberdades decorrentes daquele direito matriz fundante.

decisões que moldam suas vidas e identidades, permitindo-lhes viver de acordo com suas próprias convicções, valores e escolhas.

Ao garantir o livre desenvolvimento da personalidade, a lei contribui para a promoção da autodeterminação e da autonomia individual, possibilitando que cada pessoa busque seus objetivos e aspirações pessoais.

Ao reconhecer e garantir o direito à realização pessoal, a sociedade e o ordenamento jurídico visam promover o bem-estar psicológico, emocional e espiritual de cada pessoa, contribuindo assim para uma sociedade mais inclusiva, igualitária e baseada no respeito à diversidade humana.

Isso engloba a liberdade de procriar ou não procriar, como fundamento da garantia do bem-estar e na promoção da realização pessoal de cada indivíduo, permitindo que alcance sua plenitude como ser humano dentro da sociedade¹⁸⁶.

Questiona-se se o desejo de ter filhos ficaria no campo do valor ou de um direito propriamente dito. Como visto, entendimento diverso de que a reprodução é um direito fundamental é contrário ao desenvolvimento da personalidade enquanto realização pessoal do indivíduo.

Ter filhos é uma forma de a pessoa se realizar e de satisfazer os seus anseios mais profundos, mas há quem sustente que esta aparente necessidade é meramente social, cujo recurso à procriação como forma de completude pessoal não é uma exigência biológica ou psicologicamente ditada, mas sim imposta pela sociedade e, assim sendo não seria tão relevante a ponto de servir de base a um direito fundamental.

Contudo, tais argumentos não prosperam, pois as necessidades sócio-culturais vigentes sempre foram e continuam sendo reconhecidas, por servirem de aspiração que dê corpo a um direito fundamental, na medida em que a maior parte dos direitos fundamentais que hoje consensualmente aceitamos advieram de uma aspiração dessa índole, já que poucas necessidades são ínsitas à espécie humana na sua forma animal.

A maioria advém de prementes expressões sociais e isso não significa que sejam para nós mesmos desnecessárias, ou que o esforço desenvolvido para as realizar deva ser menos apreciado.

E nesse contexto, o impulso reprodutivo diferencia a espécie humana das restantes espécies animais precisamente porque entre nós a reprodução não é apenas a consequência do

186 COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa – Direitos reprodutivos, planejamento familiar e reprodução humana assistida no Brasil no atual estado da arte. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário** [Em linha], p. 85. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v5i3.316> [Consult. em 18-07-2024].

ato sexual, mas antes uma concretização desejada, independentemente e para além do sexo, como aliás se sucede na procriação medicamente assistida e neste sentido resulta efetivamente de uma construção social, mas não deixa por esse motivo de ser mais decisiva para nossa realização.

Portanto, o desejo de ter filhos é um dos que mais fortemente atormenta a espécie humana¹⁸⁷ pois trata-se de um desejo tão forte que a sua insatisfação provoca o sofrimento próprio de quem não conseguiu realizar um dos seus objetivos fundamentais, constante em todos os tempos e lugares.

A reprodução corresponde, assim, a uma das mais básicas necessidades humanas, quase o imperativo natural, que deve ser satisfeito uma vez que é central para nossa identidade pessoal, dignidade e sentido da vida, de tal forma que a privação do controle acerca da nossa reprodução impede-nos de vivermos a vida segundos os mais profundos valores e convicções. Portanto, a reprodução eleva-se à categoria de direito fundamental.

6.3.3. O desenvolvimento da personalidade e a autonomia reprodutiva.

A autonomia reprodutiva diz respeito à escolher sobre questões que afetam nossa própria vida, como a formação de uma família e a reprodução, sendo essencial ao desenvolvimento de nossa identidade e individualidade. Essa liberdade de decisão é parte integrante de nossa autonomia como seres humanos, permitindo-nos moldar nossa vida de acordo com nossos valores e desejos mais profundos¹⁸⁸.

Trata-se de fundamento para a promoção da igualdade de gênero, saúde materna e infantil, e para o fortalecimento da autonomia das pessoas em relação às suas escolhas reprodutivas¹⁸⁹.

187 RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. cit**, p. 110.

188 Não há dúvida de que a liberdade de procriação prevista na Constituição, considerando uma abordagem objetiva, mesmo sem adotar extremos contemporâneos, implica que, dentro do contexto do estado atual da ciência médica, deve-se garantir o acesso à procriação medicamente assistida para aqueles que necessitam desses meios para cumprir os objetivos constitucionais do livre desenvolvimento da personalidade, formação de família e proteção da saúde. NETO, Luísa – O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições. *In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, pp. 83-84.

189 A autonomia reprodutiva tem como fundamento o reconhecimento do direito das pessoas de tomarem decisões autônomas em relação à sua saúde reprodutiva e sexualidade, incluindo-se o direito à escolha de ter ou não ter filhos, o acesso a métodos contraceptivos, planejamento familiar, reprodução assistida, entre outros aspectos, ressaltando a importância da liberdade e do controle sobre o próprio corpo, bem como o direito ao acesso a informações sobre a saúde reprodutiva.

A autonomia da vontade é sempre invocada nas democracias modernas, sobretudo na Europa e nos Estados Unidos quando se trata de questões relacionadas à reprodução¹⁹⁰.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, protege a tomada de decisão reprodutiva como parte do direito ao respeito pela "vida privada e familiar"¹⁹¹.

No contexto do direito à construção da personalidade, a autonomia reprodutiva é considerada fundamental, pois está relacionada à expressão da identidade individual e à capacidade de tomar decisões sobre o próprio corpo e destino reprodutivo. É um aspecto essencial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantido constitucionalmente nas democracias modernas¹⁹².

Assim, o direito ao desenvolvimento da personalidade como autonomia reprodutiva implica na garantia de que cada indivíduo tenha o poder de decisão sobre seu próprio corpo e reprodução, livres de coerção, discriminação ou violência.

É importante ressaltar que, assim como ocorre com outros direitos fundamentais, o direito ao desenvolvimento da personalidade como autonomia reprodutiva não é absoluto e pode ser limitado por outros direitos e interesses legítimos. Por exemplo, em casos onde a vida ou a saúde da mãe estejam em risco, é possível que restrições ao exercício da autonomia reprodutiva sejam estabelecidas.

Portanto, o direito ao desenvolvimento da personalidade como autonomia reprodutiva é um princípio que visa garantir a cada indivíduo o poder de decisão sobre questões relacionadas à sua própria reprodução, de acordo com sua vontade e autonomia. Esse direito é reconhecido como parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto em diversas legislações nacionais e instrumentos internacionais de direitos humanos.

6.4. O direito à saúde reprodutiva.

Os direitos reprodutivos devem ser analisados também sob a ótica do direito constitucional à saúde com base no entendimento de que seus conteúdos estão intrinsecamente relacionados à questões de saúde física e mental.

190 A Suprema Corte dos Estados Unidos já em 1972 afirmou que, se o direito à privacidade tem algum significado, ele se refere ao direito do indivíduo, seja casado ou solteiro, de ficar livre de interferências governamentais injustificadas em questões que afetam fundamentalmente uma pessoa, como a decisão de ter ou não ter um filho. SUPREME Court of United States – **Eisenstadt v. Baird**. 22-03-1972. [Em linha], p. 405. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/> [Consult. em 29-07-2024].

191 GLENNON, Theresa – Regulation of Reproductive Decision-making. In **Regulating Autonomy: sex, reproduction and family**, p. 152.

192 No Brasil, por exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade está previsto no artigo 5º da CFB, que assegura a todos os cidadãos o direito à sua integridade física e psíquica. Nesse sentido, o direito à autonomia reprodutiva é reconhecido como parte desse direito fundamental.

Em termos do direito à saúde reprodutiva, em uma primeira análise, é necessário distinguir claramente entre a liberdade de não ter filhos e a impossibilidade de concebê-los.

A escolha plenamente livre de não ter filhos é exercida sem qualquer interferência. Por outro lado, a impossibilidade de ter filhos cria um contexto em que a escolha não é uma possibilidade plena, já que o direito de reprodução de forma natural fica comprometido e, nestes termos, o uso das técnicas reprodutivas desempenham papel relevante¹⁹³.

Outra hipótese é no caso da impossibilidade de reproduzir em virtude da orientação sexual dos indivíduos, o que demanda a disponibilização de algumas medidas relacionadas ao exercício do direito à reprodução.

Conforme destacado por Maria do Céu Patrão Neves¹⁹⁴, a infertilidade (e outras formas de incapacidade reprodutiva) não deve ser vista apenas como uma questão biológica, uma vez que está relacionada ao desejo de procriação, cuja frustração pode acarretar danos tanto físicos quanto mentais.

A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina brasileiro considera a infertilidade um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas, que legitima a vontade de superá-la¹⁹⁵.

A justificativa para a existência do direito fundamental à saúde no que diz respeito ao direito à reprodução humana assistida baseia-se na ideia de que o principal propósito dessas técnicas é possibilitar a concepção quando existe uma patologia de infertilidade ou outras causa que utilize a adoção deste recurso, como se sucede no caso de mulheres solteiras, lésbicas e *gays*.

O direito à saúde é um direito fundamental social que pressupõe uma prestação positiva do Estado, que envolve a execução de políticas públicas de saúde, as quais devem abranger tanto o tratamento, quanto a prevenção¹⁹⁶.

Embora o direito à saúde seja, em princípio, um direito coletivo relacionado aos direitos sociais, torna-se bastante claro que também gera posições jurídicas que podem ser reivindicadas individualmente pelas pessoas¹⁹⁷.

193 E é por isso que as condições naturais que prejudicam o direito à reprodução, como a infertilidade, devem ser tidas como questões de saúde, na medida em que podem gerar danos físicos e psicológicos em razão da ausência de liberdade reprodutiva.

194 NEVES, Maria do Céu Patrão – **Contributo da filosofia para a compreensão do fenómeno da "infertilidade"**. In Cadernos de Bioética, nº 23, pp. 6-7.

195 CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.320/2022**. [Em linha]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> [Consult. em 25-07-2024].

196 O direito à saúde está previsto no artigo 6º da CFB e no artigo 64/1 da CRP.

197 Já o artigo 196 da CFB trata do sistema único de saúde brasileiro (SUS), que prevê o acesso universal, igualitário e garante a promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma gratuita.

A Organização Mundial da Saúde, em seu preâmbulo constitucional, adota um conceito amplo de saúde, considerando-a "*o estado de completo bem-estar físico, mental e social*"¹⁹⁸. Note-se que a OMS vem trabalhando há bastante tempo com as categorias "saúde sexual" e "saúde reprodutiva", o que é muito importante para entender a reprodução humana assistida como parte do direito fundamental à saúde no aspecto coletivo.

No entanto, a abrangência desse conceito tão aberto dificulta a determinação do conteúdo concreto das possíveis reivindicações por parte das pessoas interessadas.

Na perspectiva dos direitos reprodutivos, podemos constatar que pessoas que não possuem a capacidade natural de gerar filhos devem ser consideradas portadoras de uma condição de saúde, uma vez que a capacidade física de reprodução é parte integrante do estado normal de um ser humano saudável¹⁹⁹.

O fato é que o direito fundamental à saúde levanta muitas questões, resultando em diversas produções na doutrina e jurisprudência, especialmente sobre a possibilidade de reconhecer direitos subjetivos baseados diretamente na Constituição.

Fala-se em reserva do possível em relação a diversas obrigações decorrentes do direito à saúde, sujeitas a limitações materiais e com implementações progressivas, havendo também obrigações não sujeitas a restrições orçamentárias²⁰⁰.

Entendemos que existem situações que impõem deveres exigíveis imediatamente. Também é necessário dar especial atenção à não discriminação de qualquer tipo, à vulnerabilidade de certos grupos de pessoas e à existência de mecanismos de participação ativa da comunidade e das pessoas no processo decisório sobre questões relacionadas à saúde.

Portanto, é importante que existam mecanismos efetivos, transparentes e acessíveis para monitorar e responsabilizar nacional e internacionalmente os Estados que descumprirem suas obrigações nessa área.

Dessa forma, o direito à saúde, juntamente com todas as suas garantias, engloba o direito à reprodução, uma vez que este último depende de boas condições físicas e mentais²⁰¹.

6.5. O direito de disposição do corpo na reprodução humana.

198 WORLD Health Organization. Disponível em: <https://www.who.int/> [Consult. em 03/03/2024].

199 KRELL, Olga Jubert Gouveia – **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**, p. 110.

200 SARTORI, Giana Lisa Zanardo – **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**, pp. 131-132.

201 Quando reconhecemos que os direitos reprodutivos estão diretamente ligados à saúde, surge a exigência do Estado promover políticas públicas que visem fornecer soluções para as condições que impactam negativamente no pleno exercício desses direitos. Isso inclui a disponibilização de tratamentos adequados, bem como o fornecimento de informações pertinentes.

O direito de dispor do próprio corpo diz respeito à liberdade individual e à autonomia pessoal. Ele reconhece que cada indivíduo tem o direito de tomar decisões sobre o seu próprio corpo, incluindo questões de saúde, sexualidade, reprodução e tratamentos médicos.

Para que a regra de indisponibilidade e proibição da prática de atos de disposição do corpo pelo próprio indivíduo seja eficaz, é necessário que haja uma valorização absoluta do princípio geral de garantia da integridade física do ser humano, sob pena do risco de intervenções ilegítimas²⁰².

O direito de um estado não totalitário jamais deve ceder à tentação de reduzir-se a uma norma legal, especialmente a normas que criminalizam condutas que envolvem o corpo humano realizadas diretamente ou pessoalmente pelo próprio indivíduo, as quais, embora possam ser consideradas condenáveis do ponto de vista moral ou religioso por alguns, carecem de qualquer impacto social negativo.

A intervenção legal na questão da autonomia corporal do próprio sujeito é sempre determinada pela natureza intersubjetiva dos meios envolvidos ou dos efeitos resultantes, e também, simultaneamente ou alternativamente, pela importância social da conduta em questão: diante de condutas positivas envolvendo o próprio corpo sem qualquer implicação subjetiva ou sem uma relevância social objetivamente negativa, o direito está impedido de proibir ou reprimir tais comportamentos. Portanto, aqui prevalece uma regra de liberdade²⁰³.

Trata-se de uma tema controverso e abrange a liberdade de consentir ou recusar procedimentos médicos, intervenções cirúrgicas, tratamentos e terapias, assim como a liberdade de determinar questões relacionadas à reprodução, como o acesso a métodos contraceptivos, planejamento familiar, procriação assistida e aborto.

Além disso, o direito de dispor do próprio corpo também está ligado à liberdade de expressão e à autodeterminação em relação a práticas que não afetam a integridade de terceiros. Ele desempenha um papel crucial na garantia da liberdade individual e no reconhecimento da capacidade de cada pessoa de tomar decisões informadas e conscientes sobre questões que afetam diretamente o seu corpo e a sua saúde.

Essencial para a garantia da autonomia e da dignidade humana, esse direito é um pilar fundamental na proteção dos direitos individuais e na promoção de uma sociedade baseada no respeito à diversidade e na livre escolha.

202 OTERO, Paulo – Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, p. 115.

203 OTERO, Paulo – **Op. cit.**, p. 114.

Porém, quando se fala no direito de dispor do corpo, há de se confrontar com o direito à integridade física, devendo prevalecer o caso concreto, mas sempre tendo em vista que o corpo não pode ser considerado uma propriedade material como se sucede no direito das coisas.

Conforme Vera Lúcia Raposo, dentro do conjunto de direitos constitucionais, não há uma hierarquia explícita neste tema, envolvendo, portanto, ponderações específicas em casos concretos, como evidenciado no artigo 156 do Código Penal português, onde o direito à autodeterminação claramente prevalece sobre o direito à vida²⁰⁴.

Entretanto, embora não haja uma proibição expressa de disposição do próprio corpo, também não existe uma referência explícita ao direito de disposição do corpo, de modo que os direitos à vida, à integridade física e à dignidade humana, são invocados como base para possíveis restrições, protegendo o indivíduo contra a sua própria conduta e evitando um potencial paternalismo excessivo.

Quanto às técnicas de procriação medicamente assistida, o direito de dispor do corpo tem como fim a satisfação dos desejos maternais ou paternais naturais, sem violar sua personalidade. Este tema abrange questões como inseminação homóloga ou heteróloga, consentimento informado, gestação de substituição, origem de embriões excedentes e direitos, entre outros aspectos, que serão abordados a respeito de questões controversas dispostas no próximo capítulo.

A procriação já não está mais restrita às leis da natureza. No campo da reprodução humana, testemunhamos uma verdadeira revolução: o ser humano assumiu o controle da ciência da vida, gerando uma completa separação entre reprodução e a sexualidade. Isso resultou em uma das mais significativas inovações científicas do século XX, com a procriação artificial se destacando como uma das principais fontes de desafios jurídicos no novo milênio.

Para Paulo Otero, uma parte da doutrina francesa discute o direito de as pessoas disporem de seus corpos, como expressão da soberania de cada indivíduo sobre seu próprio corpo, o que envolve o direito de estabelecer relações sexuais; o direito de procriar, que se desdobra no direito à procriação natural e no direito de recorrer à PMA, abrangendo o direito de recusar a procriação natural, como a contracepção e aborto; o direito de transição de gênero; o direito de doar órgãos e produtos do corpo e o direito de decidir sobre a própria morte, como a eutanásia²⁰⁵.

204 RAPOSO, Vera Lúcia. **Op. cit.**, p. 258-259.

205 OTERO, Paulo – Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, pp. 118-119.

No entanto, afirma que deve se ter limites, pois como resultado do exercício de sua própria autonomia de vontade, a auto-reduzir-se ou a degradar-se a um mero instrumento, objeto ou coisa, se teria como válido que o homem tivesse a liberdade de renunciar ao princípio da humanidade.

Mas há que se ter em mente que o direito que efetivamente ampara essa autonomia de disposição do corpo, que na verdade é a disposição de parte do corpo, é o direito ao desenvolvimento da personalidade, especificamente em sua faceta do direito de liberdade de ação e não de renúncia aos direitos humanos²⁰⁶.

E é nesta tradição cultural contraditória e em constante evolução, que o dilema da disponibilidade ou indisponibilidade do corpo humano pelo próprio indivíduo assume uma complexidade acentuada nos dias de hoje.

Por um lado, uma total liberdade de disposição pode comprometer o valor da integridade física do ser humano, transformando seu corpo ou partes dele em objetos de transações jurídicas, correndo o risco de deixar de ser um fim em si mesmo para se tornar apenas um objeto e por outro uma indisponibilidade absoluta pode sacrificar a liberdade e a vontade do ser humano, negando-lhe qualquer dimensão de participação social e solidariedade.

É nesse delicado e complexo equilíbrio de considerações que o regime jurídico da disponibilidade do corpo se coloca.

206 Portanto, o respeito ao corpo não deve implicar sua indisponibilidade, uma vez que seria contraditório com a fonte de onde emana a obrigação de respeito, pois é perfeitamente viável dispor do corpo sem violá-lo.

CAPÍTULO III – A abordagem jurídica às técnicas da procriação medicamente assistida e as restrições ao acesso nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

7. Técnicas reprodutivas.

A reprodução humana pode ocorrer naturalmente, por meio de relações sexuais entre um homem e uma mulher, ou por técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial, fertilização *in vitro* (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), transferência intratubária de gametas (TIG) e outras abordagens avançadas. Este processo de procriação é fundamental para a continuidade da espécie humana e tem um papel vital na formação e sustento das comunidades e da sociedade como um todo.

A categoria "fecundação" é espécie do gênero reprodução e se define como a fertilização de um óvulo por um espermatozoide, ou seja, a união do gameta masculino com o gameta feminino, que dá origem ao embrião.

As técnicas reprodutivas oferecem esperança a muitos casais e indivíduos que desejam ter filhos, mas enfrentam dificuldades de concepção devido à questões médicas, biológicas ou sociais, levantando questões éticas, legais e emocionais, que demandam análise científica não só na área da medicina, mas também no campo da bioética e do biodireito.

7.1. A procriação medicamente assistida.

O surgimento da PMA teve início na metade do século XX, marcado por avanços significativos na biologia e na medicina reprodutiva. Esse marco histórico representou um momento de inovação e descobertas pioneiras em técnicas que visavam auxiliar casais com dificuldades de concepção.

A técnica da fertilização *in vitro*, por exemplo, foi um dos métodos inovadores que revolucionaram a maneira como a reprodução assistida é concebida e realizada. Ao longo das décadas, essas técnicas evoluíram e se aprimoraram, dando origem a um campo de estudo e prática que continua a oferecer esperança a casais e indivíduos que enfrentam desafios reprodutivos. A partir disso, muitas são as consequências jurídicas levadas a cabo.

É certo que a infertilidade existe desde os primórdios da sociedade e os casais sempre buscaram soluções como o adultério consentido ou a adoção para conceberem uma criança que tivesse pelo menos o material genético de um dos cônjuges.

Louise Brown foi o primeiro bebê de proveta do mundo e nasceu em 25 de julho de 1978, em Bristol, na Inglaterra. No Brasil, o primeiro bebê nascido por FIV foi Anna Paula Bettencourt Caldeira, no dia 07 de outubro de 1984, em São José dos Pinhais²⁰⁷.

Em Portugal, Carlos Miguel Mondim Saleiro foi o primeiro bebê de proveta, que nasceu em Lisboa no dia 25 de fevereiro de 1986, e tornou-se conhecido como jogador profissional de futebol, atuando no Sporting Clube de Portugal, com o nome de Carlos Saleiro.

De acordo com o glossário do Comitê Internacional de Monitoramento de Tecnologias de Reprodução Assistida (ICMART glossary on ART terminology)²⁰⁸, a reprodução assistida pode ser definida como todos os tratamentos ou procedimentos que envolvam a manipulação *in vitro* de óvulos humanos, espermatozoides ou embriões com o objetivo de estabelecer uma gravidez.

Isso inclui a FIV, transferência transcervical de embriões, transferência intrafalopiana de gametas, transferência intrafalopiana de zigotos, transferência tubária de embriões, criopreservação de gametas e embriões, doação de óvulos e embriões e gestação de substituição.

Trata-se, portanto, do conjunto de técnicas e formas utilizadas para a formação a concepção de um embrião humano sem a necessidade da intervenção do ato sexual.

Segundo o artigo 32º, da Lei 32/2006, a PMA consiste nas técnicas de inseminação artificial, fertilização *in vitro* (FIV); injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência de embriões, gametas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Já a regulamentação da reprodução assistida no Brasil não possui lei específica e é feita apenas por normas deontológicas, dispostas em resoluções do Conselho Federal de Medicina, que segundo a doutrina e jurisprudência brasileira ligadas ao tema, possuem hierarquia equivalente à lei, ante a ineficiência do poder legislativo brasileiro, que em temas dessa natureza, assim como se sucede com os direitos de casais do mesmo sexo, não assume o seu papel de legislar, por questões ligadas a supostos dogmas religiosos e éticos.

O Conselho Federal de Medicina brasileiro incluiu expressamente o acesso dos casais homossexuais às técnicas procriativas desde o ano de 2013, por meio da Resolução nº

207 JARDIM, Maria Chaves – O mercado de fertilização *in vitro* no Brasil. **Política & Sociedade**. [Em linha], p. 16. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/91402> [Consult. em 31-07-2024].

208 ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; *et al* – The International Glossary on Infertility and Fertility Care. *In Human Reproduction*. [Em linha], p. 1790. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/dex234> [Consult. em 20-07-2024].

2013/13²⁰⁹, permitindo-se, inclusive, a gestação por substituição (barriga solidária) aos homens e pares do sexo masculino, diferentemente do previsto em Portugal, que admite a técnica apenas aos casais de mulheres.

Já a clonagem reprodutiva se destaca como um tema complexo e controverso do ponto de vista legal e ético, que resulta de um óvulo previamente privado de sua informação genética, que é fertilizado com uma célula não reprodutiva que contém todos os cromossomos necessários para originar um ser humano. Deste modo, um embrião resultante da introdução da célula somática no óvulo desprovido de informações genéticas é transferido para o útero, levando ao nascimento de uma criança que reproduz, quase fielmente, aquela pessoa que forneceu a célula somática²¹⁰.

Trata-se de uma técnica praticamente proibida devido à possibilidade de abusos que envolvem a criação de seres humanos em laboratório e visa evitar a exploração e os perigos associados à clonagem humana, para garantir a segurança e o respeito à individualidade de cada pessoa, suscitando questões relacionadas à identidade individual, à autonomia e ao respeito pela vida humana.

Os processos de procriação assexuada, como a clonagem, apresentam problemas distintos daqueles gerados pela utilização de outros métodos de reprodução assistida. No aspecto ético e jurídico, é difícil harmonizar a clonagem com o direito à individualidade e unicidade da pessoa. Trata-se de uma técnica proibida e punível com prisão no Brasil (art. 26, da Lei nº 11.105/2005) e em Portugal (art. 7/1, da Lei nº 32/2006). Diferentemente da clonagem humana, a clonagem chamada de “terapêutica”, que tem como finalidade a produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica, é permitida em muitos países, como o Brasil.

Quanto às técnicas de reprodução humana sexuada, cada uma delas possui suas próprias considerações éticas, legais e emocionais, e é importante que as pessoas envolvidas no processo compreendam completamente as implicações e os procedimentos envolvidos.

7.2. Origem dos gametas: a PMA homóloga e heteróloga.

A PMA homóloga ocorre quando os espermatozoides e os óvulos são do próprio casal beneficiário, ao passo que se os espermatozoides e/ou os óvulos não são do casal, ou seja, se foi necessário recorrer a terceiro, ela é denominada heteróloga.

209 CONSELHO Federal de Medicina – Resolução CFM nº 2013/13 (16-04-2013). [Em linha]. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> [Consult. em 07-08-2024].

210 PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito da família contemporâneo**, p. 195.

Portanto, a homóloga envolve a utilização dos gametas do casal que irá ser submetido ao processo, ou seja, os óvulos da mulher e os espermatozoides do homem, para a realização da fertilização, seja *in vitro* ou intrauterina.

Já a PMA heteróloga ocorre quando um ou ambos os gametas utilizados no processo da fertilização *in vitro* ou da inseminação artificial são provenientes de um doador externo ao casal que irá prosseguir com o procedimento.

Existem técnicas de PMA onde a fecundação ocorre dentro do útero da mulher, denominadas, portanto, de "*in vivo*", como é o caso da inseminação artificial e da transferência intratubária de gametas e as que a fecundação ocorre fora do organismo feminino, chamadas de "*in vitro*", como a FIV.

7.3. Inseminação artificial.

No caso da inseminação artificial, uma amostra de sêmen é preparada antecipadamente em laboratório e, posteriormente, é colocada no interior do útero da mulher.

O objetivo desse processo é diminuir a distância entre o óvulo e o espermatozoide, facilitando assim a fertilização.

Permite-se, portanto, que em casos em que a gravidez não possa ser alcançada por outros meios, seja realizada a inseminação com sêmen de um doador. Nesses casos, o sêmen do doador deve ser criopreservado para garantir sua viabilidade.

O processo é geralmente realizado próximo ao momento da ovulação para aumentar as chances de gravidez, pode ser combinada com o uso de medicamentos para estimular a ovulação e, embora seja menos invasivo do que outras técnicas de reprodução assistida, ainda requer avaliação médica cuidadosa, procedimentos precisos e acompanhamento profissional para garantir a segurança e a eficácia do procedimento.

7.4. Fertilização in Vitro (FIV).

A fertilização *in vitro* é o procedimento de reprodução assistida mais frequentemente utilizada por casais que enfrentam dificuldades para conceber naturalmente, bem como por pessoas solteiras e casais do mesmo sexo que desejam ter filhos.

Além disso, é uma opção para mulheres que não conseguem engravidar devido a problemas de saúde, tais como bloqueio tubário, endometriose ou baixa contagem de espermatozoides do companheiro.

A FIV envolve a aspiração de óvulos maduros da mulher, que são tratados em laboratório fora do seu corpo e fecundados com espermatozoides extraídos do homem. Após a fertilização ocorrer de forma extrauterina, o embrião é transferido para o útero da mulher, onde poderá se desenvolver.

Os óvulos, portanto, são retirados dos ovários para serem fertilizados com o espermatozoide em um ambiente de laboratório controlado. Uma vez que os óvulos são fertilizados e se tornam embriões, um ou mais deles são então transferidos para o útero da mulher com o intuito de estabelecer uma gravidez, podendo serem precedidos ou não da técnica de congelamento de embriões.

Trata-se do tratamento mais complexo e que apresenta um maior índice de sucesso em comparação com outras técnicas de reprodução assistida. E esse sucesso do procedimento envolve preferencialmente a idade da mulher e a sua reserva ovariana, que estão ligados à qualidade dos óvulos que serão aspirados.

A primeira etapa consiste, portanto, na coleta de óvulos. A segunda se dá em laboratório, onde ocorre a inserção do espermatozoide no óvulo aspirado, cujos gametas são colocados em contato *in vitro*, em um meio de cultura apropriado, por um período de 24 a 48 horas, gerando embriões que irão se desenvolver em uma média de três a cinco dias e, aquele ou aqueles de melhor qualidade, a depender de critérios médicos, será transferido para as trompas de Falópio da mulher, utilizando-se de uma laparoscopia.

Outro procedimento que se costuma utilizar antes da transferência do zigoto é o Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI)²¹¹, que visa aferir se o embrião fertilizado é euploide ou não euploide, ou seja, se o embrião tem o número correto de cromossomos, pois aqueles que possuem alteração cromossômica, apresentarão alterações genéticas e dificilmente resultarão em gravidez.

7.5. Transferência intratubária de gametas (GIFT).

A Transferência Intratubária de Gametas (GIFT) é um procedimento de reprodução assistida que envolve a transferência de óvulos e espermatozoides para as trompas de Falópio da mulher. Diferentemente da fertilização *in vitro* (FIV), onde a fertilização ocorre fora do corpo da mulher, na GIFT, ela ocorre dentro do corpo da mulher.

²¹¹Também conhecido como PGTA, que é a sigla de Pré-Implantation Genetic Testing for Aneuploidy, que consiste na análise cromossômica de embriões antes de sua transferência para o útero da mulher.

Após a preparação dos gametas em laboratório, a amostra é colocada nas trompas uterinas da mulher para permitir que a fertilização ocorra no corpo da mulher. Este processo é frequentemente considerado menos invasivo do que a FIV, pois a fertilização ocorre naturalmente de forma intrauterina.

Trata-se de procedimento utilizado quando há obstrução nas trompas de Falópio ou em casos de problemas de infertilidade sem causa aparente.

8. Âmbito normativo e limites.

O surgimento da reprodução medicamente assistida possibilitou aos casais a concretização do seu projeto parental, ao mesmo tempo em que suscitou várias questões éticas, jurídicas, filosóficas, religiosas, entre outras.

É indiscutível que a previsão da liberdade de procriação, tradicionalmente tratada de na doutrina anglo-saxónica como "*procreative freedom*", englobando desde a concepção e gestação até o acompanhamento da criança em seu desenvolvimento, ou "*childbearing*", emana de várias disposições constitucionais nacionais²¹².

Ela decorre de uma interpretação objetiva da Constituição, dentro do contexto da atual medicina, de que o acesso à procriação medicamente assistida deve ser assegurado às pessoas que dependem desses meios, como expressão do pleno exercício do livre desenvolvimento da personalidade, constituição da família e direito fundamental à reprodução.

São muitos os desdobramentos jurídicos envolvendo essas técnicas, como o questionamento envolvendo o princípio da subsidiariedade e da alternatividade no recurso à PMA, as condições de acesso a estas técnicas e o círculo de pessoas por elas abrangido, as repercussões quanto à definição do perímetro jurídico da noção de família e as implicações no estabelecimento dos vínculos jurídicos de paternidade e maternidade.

8.1. Titularidade e exercício do direito.

A regulamentação dos direitos reprodutivos é tratada de maneira diferenciada pelas normas portuguesa e brasileira. Tem-se que em Portugal, a procriação medicamente assistida está prevista no artigo 67, nº 2, “e”, da CRP e regulamentada pela Lei nº 32/2006, que já foi

212 NETO, Luísa – O (novo) Regime da Procriação Medicamente Assistida: possibilidades de restrições. *In Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, p. 84.

alterada pelas Leis nºs 59/2007, 17/2016, 25/2016, 58/2017, 49/2018, 48/2019, 72/2021 e 90/2021, estando atualmente na sua décima versão.

Já o Brasil, como visto, não possui regulamentação legal, sendo fundamentalmente tratada por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, com ênfase nos vínculos de afeto e nos direitos reprodutivos, adotando um direito mais aberto à procriação homoafetiva²¹³.

A evolução da sociedade e de seus diversos contextos justificam as alterações que têm sido feitas, principalmente em relação ao alargamento dos beneficiários, ao fim do anonimato dos doadores, à gestação de substituição, entre outros aspectos.

Ao operador do direito houve a incumbência de selecionar os beneficiários e estabelecer as condições para a aplicação das técnicas de PMA adaptadas à realidade social, com o objetivo de conciliar a proteção da dignidade da pessoa e o avanço científico e tecnológico, resultando na promulgação da referida Lei nº 32/2006, que em sua redação original reconhecia apenas o modelo familiar nuclear baseado na heteroparentalidade, com base na estabilidade de uma relação como critério para a inclusão como beneficiários das técnicas de PMA, refletindo os valores predominantes na sociedade portuguesa e europeia²¹⁴.

Portanto, o estado português, por meio da legislação, impôs como requisito para conceder um filho por meio de PMA a existência de um casal heterossexual casado ou que convivesse há pelo menos dois anos em condições análogas às do cônjuge, acrescentando ainda dois critérios: nos casos que envolvessem o uso de óvulos doados, era necessária a comprovação da impossibilidade de conceber uma gravidez usando os gametas do próprio casal, além da garantia da qualidade desses gametas.

Posteriormente, o artigo 6º da LPMA foi alterado em 2016²¹⁵ e alargou os beneficiários das técnicas de reprodução, estendendo o direito também aos pares do mesmo sexo feminino, casadas civilmente ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Deixou de fora, portanto, os homossexuais masculinos.

Para Vera Lúcia Raposo, o exercício do direito de reprodução assistida está ligado ao vínculo genético cumulado com a intenção de ser pai ou mãe daquele ser que vier a nascer, de

213 SANTOS, Alethele Oliveira; *et. al* – Reprodução Humana Assistida: regulamentação no Brasil e em Portugal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. [Em linha], p. 32. Disponível em https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/397 [Consult. 21-07-2024].

214 SILVA, Silvana – **Procriação medicamente assistida: práticas e desafios**, p. 87.

215 PORTUGAL – **Lei n.º 17/2016**. Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006 (20-06-2016). [Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/17/2016/06/20/p/dre/pt/html> [Consult. 25-07-2024].

modo que o companheiro ou companheira que não possui laço biológico com a criança não exerce o direito legitimamente reprodutivo, mas apenas o direito de constituir família²¹⁶.

No que tange ao Brasil, a regulamentação da legitimidade de acesso ficou a cargo das resoluções do Conselho Federal de Medicina, vigorando atualmente a Resolução nº 2.320/2022²¹⁷, norma recente que revogou a anterior Resolução nº 2.294/2021.

Conforme já exarado, até o momento o Brasil não possui legislação específica que regule a reprodução assistida, pois apesar de haver vários projetos tramitando no Congresso Nacional Brasileiro há anos, nenhum deles foi concluído.

Em consequência, o referido Conselho vem atuando em defesa do aprimoramento das práticas, observando os princípios éticos e bioéticos, para garantir maior segurança e eficácia nos tratamentos e procedimentos médicos.

A resolução brasileira, em seus considerandos, dispõe que os avanços no conhecimento científico permitem oferecer assistência nos processos de reprodução humana a todas as pessoas que necessitem e que as suas disposições levam em conta a qualificação das uniões homoafetivas reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, quando dos julgamentos da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, já analisados anteriormente neste estudo.

Em consequência, estabelece que é assegurada a igualdade de direitos para utilizar as técnicas de reprodução assistida como auxílio no processo de procriação às famílias monoparentais e casais, independentemente do estado civil, e faz menção direta à possibilidade de utilização nas uniões entre mulheres lésbicas e homens gays.

Estabelece na parte II, item 1 que qualquer pessoa capaz que tenha solicitado o procedimento e cuja indicação esteja de acordo com os limites da resolução pode ser beneficiária das técnicas de reprodução assistida, desde que todos os envolvidos estejam em total acordo e devidamente informados.

Comparando-se a resolução vigente com as anteriores, observa-se que na Resolução nº 2168/2017, não havia a previsão de que as pessoas transgênero também pudessem ser beneficiárias das técnicas de procriação medicamente assistida, como se sucedeu a partir da Resolução nº 2283/2020, que previu expressamente o uso das técnicas de reprodução assistida para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.

216 RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião In Vitro**, p. 698.

217 CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.320/2022**. [Em linha]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> [Consult. em 25-07-2024].

Além disso, não há mais a previsão do direito à objeção de consciência por parte do médico, prerrogativa prevista nas resoluções anteriores, cuja constitucionalidade era questionável, uma vez que o médico não se opunha a um procedimento médico específico, mas sim a que o procedimento fosse realizado em um determinado grupo de pessoas, eliminando-se, dessa forma, a legitimidade de qualquer discriminação arbitrária das regras ontológicas²¹⁸.

Porém, em que pese a norma brasileira ter sido mais benéfica se comparada à lei portuguesa quanto aos beneficiários, é importante esclarecer que essas resoluções são normas deontológicas que vinculam somente os profissionais de medicina, em que pese funcionarem como espécie de lei que vem sendo respeitada pelos profissionais médicos e na esfera jurídica²¹⁹.

8.2. Motivos legalmente justificados para o exercício do direito.

Aqui estamos a tratar das condições de admissibilidade dispostas pelo legislador para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, principalmente no que tange à legislação portuguesa, que é mais restritiva.

Estabelece o artigo 4º, item 1 da LPMA que a procriação medicamente assistida é um método subsidiário e não alternativo, o que significa dizer que só haverá a possibilidade de ser utilizada quando a reprodução natural não for possível.

E mais a frente, no artigo 4º, item 2 dispõe que ela só é possível em casos de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças e malformações, como condições justificadoras para o acesso e aplicação subsidiária das técnicas de procriação assistida.

O princípio da subsidiariedade significa dizer que, em regra, a reprodução humana deve ocorrer através da relação sexual entre homem e mulher, não sendo possível a escolha pura e simples entre a procriação natural e a procriação decorrente de técnicas médicas²²⁰.

Apesar de Portugal ter ampliado o rol de beneficiários permitindo o acesso à procriação medicamente assistida a qualquer mulher, independentemente do diagnóstico de infertilidade (art. 4/3 da LPMA), o país continua definindo, em sua norma legal, a procriação medicamente assistida como um tratamento secundário para a gravidez.

218 CHAVES, Marianna – A tecnologia a serviço da reprodução assistida. In **Direitos das famílias e sucessões na era digital**, p. 216.

219 **Idem** – p. 217.

220 PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito da família contemporâneo**, p. 205.

Portanto, vários questionamentos surgem: ao mesmo tempo em que a lei permite a utilização das técnicas às mulheres solteiras ou casais de mulheres, ela restringe o uso apenas às inférteis? Como se sucede no caso da infertilidade decorrente de uma uniões entre pares de sexo feminino, que não se reproduzem naturalmente? E os pares de sexo masculinos estariam proibidos de se procriarem através do uso da medicina e da gestação de substituição?

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o diagnóstico de “infertilidade biológica” pode ser estabelecido quando a gravidez não ocorre em um período de doze meses de relações sexuais sem uso de contraceptivos, muitas vezes sem uma causa evidente e atinge 17,8% da população mundial, o que significa dizer que uma entre seis pessoas terá dificuldade de engravidar²²¹.

Considerando que a infertilidade pode afetar qualquer pessoa, surge a questão de saber se, e sob quais condições, a PMA estará ligada à infertilidade.

Não nos parece ser legítima a permissão legal apenas na hipótese de infertilidade biológica como doença, pois imperioso analisar a limitação à luz dos direitos reprodutivos enquanto direitos fundamentais e do direito ao planejamento familiar, para destacar que a titularidade desse direito pertence a cada indivíduo, e que o conhecimento científico, expresso nas técnicas de reprodução assistida, são meios pelos quais esse direito pode ser exercido.

Para Vera Lúcia Raposo, a natureza subsidiária da PMA só é aplicável quando houver uma alternativa, que para ela existe somente quando a reprodução é viável por meio da relação sexual, sem afetar as escolhas fundamentais da pessoa ou oferecer riscos à sua saúde²²².

No caso de casais homoafetivos, a infertilidade decorre da própria relação e sendo a reprodução inviável do ponto de vista do ato sexual, não há outra alternativa que não seja a PMA, ante a natureza diversa da própria orientação sexual e da sua identidade homossexual, pois sendo impossível a procriação natural, estaríamos diante da privação do direito fundamental de reprodução, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os dele decorrentes, sem motivo legítimo que o justificasse.

No caso de mulheres solteiras férteis, que queiram utilizar de técnicas de congelamento de óvulos para futuramente gerar um ser ou ainda na hipótese de uma pessoa solteira ser constrangida a ter relação sexual como única alternativa para procriar, mesmo quando não tenha condições por diversas razões de cunho pessoal, inclusive psíquicas, não nos parece haver

221 UNITED Nations – WHO report says 1 in 6 people worldwide are affected by infertility. **UN News**. Global perspective Human stories. 04-03-2023. [Em linha]. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/04/1812312> [Consult. em 07-08-2024].

222 RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. cit**, p. 731.

alternativa possível para uma gravidez de forma natural, sob pena de se criar um dano ainda maior àquele indivíduo e estar em dissonância a todo contexto atual que vivemos.

É o caso da chamada “infertilidade social”, cada vez mais presente no contexto atual. Esse tipo de infertilidade surge ao longo do tempo, especialmente no caso das mulheres, que durante a fase reprodutiva mais propícia, em média até os 35 anos, estão em pleno exercício da atividade laboral, que as colocam diante da necessidade de priorização dos seus estudos e suas carreira, que muitas vezes são incompatíveis com a escolha de ter filhos em dado momento.

Portanto, a “infertilidade social” refere-se à situação em que as pessoas, notadamente as do sexo feminino, enfrentam conflitos para engravidar devido a fatores sociais, como adiamento da maternidade em razão de prioridades educacionais ou profissionais e, até mesmo, por ausência de um companheiro ou companheira, já que atualmente as pessoas se casam e constituem família mais tarde.

Não há como se dissociar dessa realidade e tratar do direito reprodutivo como dantes, pois embora não haja à primeira vista uma causa biológica direta de infertilidade, a capacidade de conceber pode ser afetada por escolhas de estilo de vida e circunstâncias sociais, pois a idade reprodutiva da mulher é incompatível com o estilo atual de vida.

Essa categoria de infertilidade destaca a pressão enfrentada por algumas mulheres ao tentarem equilibrar a busca por educação e carreira com o desejo de terem filhos, pois entende-se do ponto de vista biológico que quando a mulher engravida após os 36 anos de idade, já se considera uma gestação em idade avançada, denominada na medicina como “gravidez geriátrica”.

Ademais, o adiamento da maternidade por razões sociais pode levar a complicações, tanto pela dificuldade de engravidar de forma natural, quanto em razão de uma gravidez que possa acarretar risco para a gestante ou o feto, de modo que a infertilidade social destaca as complexas interações entre decisões individuais, pressões sociais e consequências reprodutivas.

Os recém-adquiridos “novos direitos” resultantes da expansão dos beneficiários das técnicas de PMA inevitavelmente geram “novos desafios”, cuja natureza, potencialmente abrangente nos âmbitos filosófico, ético, religioso, médico e jurídico, pode levar a conclusões potencialmente contraditórias²²³.

223 BARROS, Alberto – Procriação Medicamente Assistida: novos direitos, novos desafios. In **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**, p. 7.

A procriação, portanto, não é apenas uma questão de biologia; é também uma construção social, que deve pautar-se no pluralismo biológico de múltiplas formas físicas e biológicas pelas quais as gravidezes ocorrem e as crianças são concebidas.

Tão importante quanto a biologia é a forma como a sociedade constroi a procriação. Através da lei, política, socialização, tradição e cultura, pois a procriação está em constante fluxo e deve ser continuamente reconstruída à medida que a cultura muda e a tecnologia amplia os limites do possível²²⁴.

8.3. Limitações ao exercício do direito.

Conforme já delineado, a reprodução é um direito fundamental, mas isso não significa que estamos a tratar de um direito ilimitado na ideia do que tudo pode e que tudo deve ser.

Sabemos que os direitos fundamentais devem ser sopesados e que para todo direito fundamental há limites que devem ser observados tanto para o Estado, quanto para os particulares.

No caso de Portugal, estabelece o art. 67º, item 2, alínea “e” da CRP que o Estado deve proteger a família e regular a procriação assistida, tendo como base a dignidade da pessoa humana, cuja regulamentação se deu a partir da mencionada Lei nº 32/2006, que como visto é palco de debates constantes.

Já no Brasil, como visto, a situação legislativa atual é a existência de normas insuficientes dispostas no Código Civil em vigor, que não solucionam a gama de problemas que o tema apresenta e que são elucidados através das normas deontológicas previstas pelas resoluções do CFM²²⁵.

A avaliação da limitação do direito à reprodução deve analisar no caso concreto se de fato o direito reprodutivo existe para aquele sujeito ou se o acesso à PMA por parte das pessoas não contempladas está além do escopo normativo do direito à reprodução.

Sendo a primeira resposta positiva, passa-se a examinar se as possíveis consequências negativas resultantes do exercício desse direito reprodutivo específico são suficientemente relevantes para justificar a restrição do direito por parte do legislador, pois podemos estar diante

224 MUTCHERSON, Kimberly – Procreative Pluralism. **Berkeley Journal of Gender, Law & Justice**, p. 08. [Em linha]. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2621223> [Consult. em 07-08-2024].

225 FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**, p. 59.

de uma restrição ilegítima de um direito fundamental ou de uma hipótese em que a limitação do direito se justifica em prol de um outro direito de maior valor²²⁶.

Nesse último caso, poderemos estar diante da teoria das restrições sucessivas, que considera que, embora os direitos fundamentais sejam essenciais, não são direitos absolutos e podem ser limitados quando entram em conflito com outros direitos igualmente fundamentais ou quando a restrição é necessária para proteger outros valores fundamentais, desde que as restrições sejam proporcionais, necessárias e justificáveis, e precisam respeitar os princípios da legalidade, da finalidade e da proporcionalidade.

8.4. Fundamentos jurídicos de limitação do exercício do direito.

Os fundamentos jurídicos de limitação ao exercício do direito de reprodução assistida variam de acordo com as leis, regulamentos e diretrizes éticas estabelecidas em diferentes países e jurisdições, abrangendo uma série de aspectos, incluindo idade dos pacientes, estado civil, número de embriões a serem implantados, doação de gametas, aspectos religiosos, entre outros.

Em muitos lugares, há restrições em relação à idade das mulheres que podem se submeter a tratamentos de reprodução assistida, devido à diminuição da fertilidade com o avanço da idade e aos potenciais riscos para a saúde materna e fetal, bem como o estado civil, através de leis que restringem o acesso a casais casados ou em união estável.

Além disso, algumas jurisdições limitam o número de embriões que podem ser implantados em um ciclo de tratamento, com o objetivo de reduzir o risco de gestações múltiplas e complicações associadas, bem como restrições quanto à doações de gametas e identificação de doadores e ao número de ciclos de doação permitidos.

Aspectos religiosos e éticos podem influenciar significativamente as restrições às técnicas de reprodução assistida em alguns países, como é o caso de seleção de embriões com base em características genéticas específicas, a exemplo da escolha do sexo da criança fora das hipóteses relacionadas a doença, que é proibido na maioria dos países, a exemplo do Brasil e no âmbito europeu dos signatários da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, artigo 14º, de que faz parte Portugal.²²⁷

226 RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. cit**, p. 696

227 A Assembleia da República aprovou a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, por meio da Resolução n.º 1/2001 e a ratificação se deu pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001. ASSEMBLEIA da República – **Resolução n.º 1/2001** (03-01-2001). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/1-2001-235128> [Consult. em 25-07-2024].

Ocorre que, no caso do Brasil, apesar de não se permitir a PMA para a escolha do sexo, no laudo do Teste Genético Pré-Implantacional, que é utilizado para identificar alterações genéticas nos embriões, poderá constar o sexo do embrião, que na prática acaba sendo possível ao casal a escolha do embrião de determinado sexo dentre os euplóides.

Os fundamentos jurídicos de limitação são supostamente utilizados para a formulação e equilíbrio entre os avanços científicos e tecnológicos com preocupações éticas, de saúde e legais, visando proteger a segurança e o bem-estar de todos os envolvidos.

O que se observa, porém, é que na maioria das legislações restritivas do direito à reprodução assistida, está-se diante de violações ao princípio da igualdade por questões relacionadas à dogmas religiosos e preconceitos resultantes de um suposto bem coletivo ou em um travestido interesse superior da criança que irá nascer, em face de uma minoria consequentemente relegada.

Como vimos, o Brasil delega a regulação da PMA e consequentemente suas limitações de exercício às orientações emitidas pelos profissionais de saúde e isso não é exclusivo, pois normas deontológicas também são utilizadas no Japão, nos Estados Unidos e na Índia²²⁸.

Por outro lado, na esfera europeia, a prática comum é atribuir essas questões ao legislador, que continua a impor algumas restrições no acesso às técnicas de PMA, baseadas, sobretudo, na idade, estado civil e orientação sexual²²⁹.

Quanto à idade, a permissão se dá a partir da maioridade civil, que seria vinculada à uma certa maturidade para a escolha de ter filhos por meio dessas técnicas, mas há países que limitam a escolha das técnicas até uma faixa etária máxima, como é o caso da Bélgica que permite a aspiração dos óvulos nas mulheres até os 45 anos e a implantação dos embriões até os 46 anos.

Já em Portugal e na Áustria não existe esse limite etário, mas no caso de se utilizar o sistema público de saúde, Portugal limita o acesso às mulheres entre 40 e 42 anos e a Áustria determina que as mulheres devem iniciar o tratamento até os 40 anos e os homens até os 50 anos²³⁰.

228 PRAG, Patrick; MILLS, Melinda – Cultural determinants influence assisted reproduction usage in Europe more than economic and demographic factors. **Human Reproduction**. [Em linha], p. 2306. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/dex298> [Consult. em 21-07-2024].

229 RAPOSO, Vera Lúcia – “Dá-me licença que tenha filhos?”: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida. **Revista Direito GV**. [Em linha], p. 5. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201915> [Consult. em 21-07-2024].

230 **Idem**, pp. 7-8.

Interessante esclarecer que quando não há referência expressa a uma idade específica, as normas estabelecem que as técnicas só podem ser utilizadas quando houver uma probabilidade de sucesso e que não envolva risco grave para a saúde da mulher, tal como ocorre no Brasil e na maioria dos países, já que tratam-se de procedimentos em que a idade do gameta das mulheres é inversamente proporcional às chances de sucesso, porquanto submeter a mulher a um tratamento tão complexo e que gera inúmeras expectativas, não pode ser feito sem critérios científicos que demonstrem que aquela mulher tem condições reais de gerar.

Relativamente ao estado civil dos beneficiários da PMA, as legislações a nível mundial sempre restringiam o acesso às pessoas casadas e, posteriormente, àquelas que viviam como se casados fossem, tomando por base a heterossexualidade.

Mais tarde, essa restrição foi sendo flexibilizada para permitir também a utilização da PMA em favor das mulheres, como se sucedeu em Portugal, a partir da Lei nº 17 de 2016, que alterou o artigo 6º da LPMA, permitindo o acesso às mulheres solteiras. Como vimos, no Brasil já se admite a utilização por homens e mulheres solteiras, pois a monoparentalidade já é realidade há muito tempo e veio a subtrair a conotação de natureza sexual do conceito de família²³¹.

Portanto, partindo-se da premissa de que a reprodução assistida está em consonância com os avanços tecnológicos da atualidade e que o conceito de família contemporâneo protege a monoparentalidade, que está dissociada do ato sexual para o exercício do direito de exercer a parentalidade, não há motivo legítimo para restringir as técnicas procriativas apenas aos casais.

No que tange à restrição legal em favor apenas dos casais de pessoas de sexos diferentes, também vai na contramão da pluralidade do conceito de família atual, reconhecido nas democracias modernas.

Como já esclarecemos, em se tratando de casais de mulheres, há uma tendência mundial em sua aceitação, partindo-se do ponto de vista biológico, já que elas são capazes de produzirem os gametas femininos (óvulos) e de recepcionarem o embrião que será gerado em seu útero, posto que necessitam apenas de um gameta masculino, ou seja, um sêmen de um doador, anônimo ou não.

No caso dos homens solteiros e casais de homens do sexo masculino, a situação é mais complexa em razão da necessidade, além de um gameta feminino (óvulo), de haver uma terceira pessoa fundamental nessa relação, que será uma mulher que irá gerar a criança que irá nascer.

231 DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direitos das Famílias**, p. 454.

Trata-se da chamada gestação de substituição ou cessão temporária do útero, que é permitida em muitos países, como o Brasil, e não apenas para casais de homens, mas também para casais heterossexuais, que por questões biológicas, faz-se necessário que uma terceira mulher seja a gestante, comumente chamada de gestante de substituição.

9. Os direitos parentais e a constituição familiar.

Os direitos parentais referem-se aos direitos e responsabilidades que os pais têm em relação aos seus filhos, enquanto a constituição familiar diz respeito à forma como as famílias são formadas e organizadas.

A constituição familiar refere-se à estrutura e dinâmica das relações familiares, que se assumem de diversas formas, incluindo famílias nucleares (composta por pais e filhos), famílias monoparentais, famílias reconstituídas (com padrastos ou madrastas), famílias adotivas, entre outras.

É importante destacar que as definições e conceitos de família têm evoluído ao longo do tempo, refletindo as mudanças sociais, culturais e legais. O direito à reprodução assistida decorrentes das uniões homoafetivas tem ampla relação com os direitos parentais delas decorrentes.

9.1. Os direitos parentais como fonte dos direitos reprodutivos.

Os direitos parentais referem-se aos direitos reconhecidos aos pais em relação à criação e educação de seus filhos, bem como em relação às decisões que afetam o bem-estar e o desenvolvimento das crianças.

Tais direitos se sobrepõem aos direitos reprodutivos, uma vez que garantem também a liberdade de tomar decisões sobre o planejamento familiar, a adoção e o uso de técnicas de reprodução assistida, pois podem abranger desde a escolha de ter filhos até a garantia de que essas crianças sejam criadas em um ambiente seguro e afetivo.

O estabelecimento da parentalidade, mencionado no art. 20, da Lei nº 32/2006, é uma terminologia de vanguarda inspirada na palavra “parental”, para designar as relações entre o ser gerado pelas técnicas de procriação medicamente assistida e as pessoas que serão designadas como seus pais, a partir de um projeto parental voluntariamente traçado, que não se limita

apenas no conceito clássico de filiação biológica associada à procriação natural ou na filiação jurídica associada à adoção²³².

Portanto, os direitos parentais são fundamentais para o exercício dos direitos reprodutivos, fornecendo a base legal e ética para a tomada de decisões sobre a formação da família e a criação de filhos na medida em que não apenas protegem a capacidade das pessoas de constituírem famílias de acordo com suas escolhas individuais, mas também estabelecem as bases para as responsabilidades parentais e a criação de crianças em ambientes seguros e amorosos.

No entanto, é certo que nem todas as pessoas possuem aptidão ou vocação para desempenhar de forma equitativa a função parental, mas a capacidade de alguém de exercer essa função com dedicação, afeto e eficácia não é determinada pela orientação sexual²³³.

A parentalidade homossexual, como visto, divide opiniões e a expressão homoparentalidade se traduz no exercício da paternidade ou maternidade quando um dos pais possui orientação homossexual, cuja negativa de tal direito se reveste em uma das mais cruéis no que pertine aos direitos LGBTQIA+, pois “invibiabiliza a realização do projeto pessoal como seres humanos”²³⁴.

A crença injustificável de que a ausência de referências comportamentais de ambos os sexos poderia prejudicar potencialmente a criança invocando-se seu superior interesse não é sustentável, uma vez que os estudos científicos atuais não demonstram danos psicológicos a essas crianças e o mito de que os filhos de homossexuais teriam tendência a se tornarem homossexuais é simplesmente isso: um mito.

O direito de gerar e criar filhos está ligado à dignidade humana e restringir a parentalidade homossexual afeta um dos direitos fundamentais mais sagrados, que é o direito ao desenvolvimento da personalidade, dentro do qual está incluído o direito de ter filhos²³⁵.

Impende esclarecer que as funções parentais não se relacionam com a orientação sexual. A homossexualidade se relaciona à expressão da sexualidade, um aspecto que é distinto das funções parentais, as quais não necessariamente incluem essa expressão. Embora sejam esferas de vida distintas, elas acabam se relacionando devido a uma contingência quando

232 PEDRO, Rute Teixeira – Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? In **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**, p. 152.

233 CHAVES, Marianna – **Op. cit.**, p. 304.

234 DIAS, Maria Berenice – **Homoafetividade e direitos LGBTI**, p. 179.

235 GIRARDI, Viviane – **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**, p. 92.

associada ao ato sexual para a procriação, mas em se tratando de reprodução assistida, a dissociação se impõe.

Portanto, o direito subjetivo à parentalidade, que se situa dentro dos direitos de personalidade, está intimamente ligado aos direitos reprodutivos em favor dos casais de mesmo sexo e mais especificamente do direito à reprodução assistida.

9.2. O direito ao planejamento familiar e a reprodução assistida.

O artigo 67º da CRP reconhece que a família é o elemento fundamental da sociedade, que possui especial proteção e consagra o direito ao planejamento familiar através da liberdade individual, mediante a promoção de informação e acesso aos métodos e meios (nº 2, “d”) pelo Estado, que possui o dever de regulamentação da procriação medicamente assistida, à luz da dignidade da pessoa humana (nº 2, “e”).

No Brasil, o direito ao planejamento familiar é previsto no artigo 226, parágrafo 7º da CFB, que estabelece que deve ser de livre decisão do casal e que o poder público está obrigado a propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, fundado na dignidade da pessoa humana e no princípio da paternidade responsável.

Dentro do princípio da paternidade responsável, cujo termo correto é a “parentalidade”, pois envolve homens e mulheres, o planejamento familiar abrange mais do que a mera concepção e nascimento da criança, se estendendo à responsabilidade pela educação, proteção, apoio afetivo e cuidados gerais, para o futuro ser, o que implica dizer que os deveres parentais devem ser assumidos como parte do exercício dos direitos reprodutivos, seja por meio de concepção natural ou uso de técnicas de reprodução assistida²³⁶.

Ademais, o planejamento familiar tem uma natureza dual, uma vez que, por um lado, aponta para o respeito à autodeterminação das pessoas de escolherem ter ou não filhos (direito de procriar e de não procriar), e por outro, garante o direito de a criança ter seus direitos como indivíduo assegurados, preservando assim a sua dignidade humana desde o início do processo reprodutivo, evitando que seja considerada como uma mera “coisa”.

Portanto, com base no planejamento familiar previsto constitucionalmente, foi concedido aos cidadãos a titularidade dos direitos reprodutivos, a quem cabe planejar a família que queiram ter e se desejam ou não terem filhos.

236 KRELL, Olga Jubert Gouveia – **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**, p. 105.

Sobre o direito de reprodução assistida e o direito ao planejamento familiar, Olga Krell²³⁷ tem uma posição mais restritiva quanto à sua permissibilidade, ao afirmar que as pessoas não têm o direito de recusar a reprodução natural, o que não concordamos em termos com tal posicionamento, pois trata-se de uma posição simplista sem levar em conta outras circunstâncias e direitos fundamentais em jogo, como temos tratado nesta dissertação.

O dispositivo constitucional brasileiro foi regulamentado pela Lei nº 9.263/96, que reconhece o planejamento familiar como um direito fundamental de todos os cidadãos e o define como o conjunto de ações que buscam regular a fecundidade, assegurando igualdade de direitos para a constituição, limitação ou aumento da prole por parte de homens, mulheres ou casais, tendo previsto no artigo 9 que os serviços de saúde devem oferecer todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente reconhecidos.

Sobre o paralelo entre o direito ao planejamento familiar e o direito de constituir família, embora a Constituição brasileira não utilize expressamente o termo “direito de constituir família”, entende-se que o direito ao planejamento familiar abarca a idealização e constituição dessa família como um projeto parental, sendo a formação da unidade familiar uma escolha vinculada à liberdade individual de cada casal.

Portanto, quando houver óbice ao exercício pleno do direito ao planejamento familiar por conta de infertilidade que dificulte a reprodução pelo ato sexual, seja por causa de condições médicas, orientação sexual ou escolhas de estilo de vida, como no caso de pessoas solteiras, a busca de assistência médica para reprodução é um direito fundamental que se impõe²³⁸.

De fato, o reconhecimento constitucional da reprodução assistida fundamenta-se no direito de formar uma família, intimamente relacionado ao direito ao planejamento familiar, pois aquilo que foi concebido como um projeto familiar se concretiza com a efetiva formação (constituição) da família desejada e planejada.

9.3. Analogia com a adoção.

237 Ela faz um contraponto ao afirmar que o direito ao planejamento familiar não implica que as técnicas de reprodução assistida devam ser autorizadas em todas as situações, visto que seria questionável permitir o uso da fertilização artificial homóloga ou heteróloga em razão da recusa do casal de utilizar meios naturais de reprodução, de modo que levar isso a um extremo poderia implicar em uma aceitação de um “direito de recusar a reprodução natural”, o que se expressaria no direito à contracepção e até mesmo em um direito de acessar a reprodução medicamente assistida indiscriminadamente. KRELL, Olga Jubert Gouveia – **Op. cit.**, p. 105.

238, COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa – Direitos reprodutivos, planejamento familiar e reprodução humana assistida no Brasil no atual estado da arte. In **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário** [Em linha], p. 100. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v5i3.316> [Consult. em 18-07-2024].

Em Portugal, a adoção por casais homossexuais é permitida (art. 1979/1 do CCP), o que nos leva a entender que não se justifica a limitação do direito de procriação medicamente assistida, uma vez que ambos são fruto de um projeto parental e do direito de constituir família.

Impende informar, que na redação original do artigo 3º, da Lei nº 9/2010, havia vedação expressa da adoção conjunta por pares do mesmo sexo, cuja permissão ocorreu após seis anos pela Lei nº 2/2016, que veio a admitir a adoção por casais homoafetivos.

As restrições anteriormente impostas aos pares homossexuais estavam contaminadas pela inconstitucionalidade, conforme análise do casamento civil com base no artigo 13/2 da CRP, ante a proibição de discriminação em função da orientação sexual²³⁹.

No Brasil, a adoção por pares do mesmo sexo é admitida através de uma interpretação do artigo 42, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que prevê a possibilidade de adoção aos maiores de 18 anos independente do estado civil e no caso da adoção conjunta prevê que os pretendentes sejam casados ou vivam em união estável, sem restrição de tempo de convivência.

Estabelece, ainda, que a restrição só ocorre se houver incompatibilidade com a natureza da medida ou não haja ambiente familiar adequado, invocando-se o princípio do melhor interesse da criança (artigo 29).

Portanto, tendo a afetividade e o melhor interesse do adotando como princípios orientadores, não cabe ao direito fazer distinções baseadas na orientação sexual dos casais que buscam adotar conjuntamente, uma vez que a lei não o determina²⁴⁰.

E esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando do julgamento da ADI 4277²⁴¹ de 2010, que desde então virou realidade nas adoções brasileiras.

Portanto, a permissão legal da adoção e da reprodução humana por casais homossexuais perpassam pelos mesmos fundamentos, cuja essência é o superior interesse da criança e a capacidade de uma pessoa ou casal de cuidar e educar, que não está ligada à orientação sexual²⁴².

Porém, costuma-se diferenciar as duas situações alegando-se que no momento de decidir sobre o estabelecimento de um vínculo adotivo, a criança já existe e está em situação de

239 MOTA, Shirlei Castro Menezes – **Casais homoafetivos: de seus direitos no contexto luso-brasileiro e desdobramentos no mundo**, p. 61

240 CHAVES, Marianna – **Op. cit.**, p. 344.

241 SUPREMO Tribunal Federal – **Op. cit.**

242 AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão de; MATOS, Lorena Araújo – Adoção homoparental, melhor interesse da criança e relações de poder: uma análise a partir da teoria de Michel Foucault. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. [Em linha], p. 39. Disponível em: http://dx.doi.org/10.26668/2525-9849/Index_Law_Journals/2020.v6i2.7031 [Consult. em 20-07-2024].

vulnerabilidade, ao passo que na procriação assistida a situação é diferente, pois a criança ainda não nasceu, de modo que as pessoas contrárias à extensão da reprodução aos homossexuais costumam justificar a exclusão legal no rol dos beneficiários da PMA ante o desencadeamento de questões éticas e jurídicas que vão além da questão da monoparentalidade, biparentalidade ou homoparentalidade, quando se trata da concepção planejada de uma criança²⁴³.

Porém, por tudo já posto nesta investigação, não se trata de fundamento jurídico plausível para se restringir a PMA, notadamente em razão da permissão normativa da adoção por pares do mesmo sexo, inclusive de homens, que se fundamenta nos mesmos princípios e garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e o livre desenvolvimento da personalidade.

10. Os direitos reprodutivos fundados no direito à intimidade da vida privada e familiar dos casais do mesmo sexo.

O direito à reserva da vida privada e familiar estabelece a importância de proteger a esfera íntima das pessoas contra interferências indevidas provenientes do Estado, de instituições ou de outras pessoas e resta consagrado nas constituições democráticas e instrumentos internacionais de direitos humanos.

O direito à vida privada engloba várias áreas, como a proteção da intimidade pessoal, da residência, das comunicações privadas e da própria identidade e visa assegurar que os indivíduos tenham o controle sobre informações pessoais, evitando o acesso não autorizado ou a divulgação injustificada desses dados.

Já o direito à vida familiar resguarda o núcleo familiar das intervenções externas excessivas e reconhece a importância das relações familiares plurais, garantindo que o Estado e outras entidades não interfiram de modo injustificado na formação, manutenção e desenvolvimento das relações familiares.

Trata-se de instituto previsto expressamente no artigo 26º, nº 1 da CRP, artigo 12º da DUDH e artigo 8º da CEDH.

Segundo Canotilho e Vital Moreira, o critério constitucional deve derivar dos conceitos de privacidade e dignidade humana para estabelecer um conceito de esfera privada individual que seja culturalmente apropriado para a vida contemporânea, cujo escopo normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deve ser

243 PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito da família contemporâneo**, pp. 207-208.

delineado com base em um conceito de vida privada que leve em consideração os parâmetros do respeito aos comportamentos, do respeito ao anonimato e do respeito às relações interpessoais²⁴⁴.

Sobre a análise do conceito de intimidade da vida privada prevista na CRP, a doutrina muitas vezes coloca as expressões “intimidade” e “vida privada” como sinônimos, porém, entende-se que a “intimidade” está relacionada ao íntimo da pessoa cuja relação é subjetiva, ao tempo em que a “vida privada” perpassa as relações pessoais subjetivas e envolve também o contato social objetivo, de modo que o conceito de “intimidade” está contido no de “vida privada”, sendo este último mais abrangente que o primeiro.

Observa-se que os arts. 8º da DUDH e 12º da CEDH, estabelecem o direito ao respeito pela vida privada e familiar contra intromissões ilegítimas do Estado ou de terceiros, não fazendo referência à intimidade, que está mais relacionada ao direito ao segredo e que não é objeto desta dissertação.

O conceito de privacidade, com base no direito norte-americano, foi progressivamente associado ao direito de personalidade (*privacy-personality*) e depois à noção de dignidade humana (*privacy-dignity*), alcançando seu ápice de expressão. Foi nesse ponto que diversas liberdades públicas foram reconduzidas, de maneira que a privacidade se tornou um pressuposto essencial para o exercício de muitos outros direitos, tais como o direito à autonomia sexual e a autonomia reprodutiva²⁴⁵.

A liberdade do ser humano abarca o livre exercício da sexualidade e do direito reprodutivo, incluindo-se a liberdade de orientação sexual e do tipo de entidade familiar que deseja construir, como um legítimo direito de personalidade, sem intromissões do Estado, da sociedade ou do legislador, onde a pessoa possui o direito de escolher com quem quer se relacionar intimamente, independente de ser de sexo diferente ou não.

E outra não foi a intenção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, da Constituição da República Portuguesa e da Constituição Federal Brasileira, ao estabelecerem o direito fundamental ao respeito pela vida privada e familiar e o direito de constituir família, que consagram a ideia do chamado “direito de família mínimo”, que prevê a proibição da intervenção estatal ou privada na comunhão de vida familiar, salvo em casos excepcionais como o direito de terceiros ou em favor de interesse público relevante.

244 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, p. 468.

245 RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. cit**, pp. 279-280.

Ao se referir aos direitos reprodutivos, Guilherme de Oliveira afirma que a reserva da intimidade da vida familiar pode ser vista como o direito de utilizar as técnicas de procriação assistida sem a interferência do Estado e da lei; cuja definição sobre os limites de legalidade gera controvérsias²⁴⁶.

Para tanto, afirma que o alcance dado ao conceito de privacidade (*privacy*) pelo direito norte-americano, que limita a intervenção do Estado e da lei, estabelecendo barreiras distantes em termos de legalidade, aparenta não ter a mesma aplicação no direito europeu e, mais especificamente, em Portugal, cuja abordagem é mais restritiva e não garante uma privacidade plena no que se refere ao acesso a técnicas de reprodução assistida, já que a lei define em quais circunstâncias e por quem esses procedimentos poderão ser realizados²⁴⁷.

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) fixa os parâmetros de restrição do direito ao respeito pela vida privada e familiar, estabelecendo que a intervenção estatal só é admissível quando houver uma restrição legal fundamentada numa sociedade democrática, que seja necessária para a segurança nacional ou pública (estado de necessidade), o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem, a prevenção de crimes, a proteção da saúde ou moral, ou a defesa dos direitos e liberdades de terceiros.

Tais limitações tratam-se, em verdade, de conceitos um tanto indeterminados, cujas matérias são levadas constantemente à apreciação do TEDH, que acaba por conduzi-las com um certo ativismo judicial, sobretudo no que se refere ao respeito pela vida familiar, no conflito entre a ingerência estatal quanto ao interesse público e os particulares no âmbito das relações familiares e dela decorrentes²⁴⁸.

E neste aspecto de respeito à vida familiar, percebe-se uma tendência do Tribunal de Estrasburgo de admiti-las às diferentes formas de famílias através de uma interpretação evolutiva, impondo aos Estados a criação das condições necessárias ao exercício desses direitos enquanto prestações positivas e análise da margem de apreciação estatal no que se refere às restrições, que só poderão ocorrer por motivos realmente legítimos e necessários, de acordo com a sua época.

246 OLIVEIRA, Guilherme de – Aspectos jurídicos da Procriação Assistida. **Revista da Ordem dos Advogados**, p. 769.

247 OLIVEIRA, Guilherme de – **Op. cit.**, 769.

248 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**, p. 65.

Sobre o direito de utilização das técnicas reprodutivas, o TEDH no caso *Evans versus Reino Unido*²⁴⁹, afirmou que o conceito de vida privada é abrangente e não pode ser completamente definido, compreendendo o direito à autodeterminação, incluindo-se a proteção tanto da decisão de ser pai quanto da decisão de não ser.

Leva-se em conta a esfera de proteção do direito reprodutivo em questão e a legitimidade de restrições a ele associadas.

No que diz respeito à modificação e alargamento da concepção de vida familiar, o TEDH tem, em linhas gerais, buscado atender às diversas demandas e situações contemporâneas, adotando uma abordagem de interpretação dinâmica e considerando a Convenção como um "instrumento vivo", oscilando entre o ativismo e a adoção de práticas de autocontenção, particularmente nas hipóteses de limite a uma possível interpretação atualista, como no caso da doação de gametas e da gestação de substituição²⁵⁰.

No caso *Fedotova and others versus Rússia*²⁵¹, ao invocar o respeito pela vida privada e familiar, o TEDH concluiu que os Estados são obrigados a fornecerem um arcabouço legal que ofereça aos casais do mesmo sexo o reconhecimento e proteção adequados, fundamentando-se que a margem de optar pela positivação desses direitos é mínima.

Quanto à gestação de substituição, nos casos *Menesson versus France* (2014) e *Labasse versus France* (2014), o TEDH também invocou o artigo 8º da CEDH²⁵².

Em ambos os requerentes recorreram à uma gestação de substituição fora do país de origem, no caso a França, que se negou a registrar as crianças como francesas, tendo o tribunal entendido que houve uma restrição ilegítima, por violação ao direito à vida privada das crianças que nasceram e incompatível com o superior interesse da criança, pois estava em jogo a identidade da pessoa como ser humana, referente ao direito de filiação e de nacionalidade.

Entendeu-se que o reconhecimento do direito de filiação de uma criança concebida por gestação de substituição no estrangeiro em favor de uma mãe beneficiária que não possui vínculo biológico, cujo país de origem proíbe esse tipo de técnica procriativa, se impõe,

249 EUROPEAN Court of Human Rights – **Evans v. The United Kingdom. Application nº 6339/05**. 10-04-2007. [Em linha], p. 22. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-80046> [Consult. em 08-08-2024].

250 LEÃO, Anabela Costa – O contributo do Tribunal europeu dos direitos do homem. In **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**, p. 25.

251 EUROPEAN Court of Human Rights – **Fedotova and others v. Russia. Application nºs. 40792/10, 30538/14 and 43439/14**. 17.01.2023. [Em linha], P. 38. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-222750> [Consult. em 08-08-2024].

252 GONÇALVES, Anabela – Procriação medicamente assistida. In **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais**, pp. 658-660.

preponderando o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o superior interesse da criança.

Por fim, o caso *Schlittner-Hay c. Polónia*, ainda pendente de julgamento à época desta dissertação, representa um outro exemplo de gestação de substituição internacional diante do Tribunal de Estrasburgo, referente à um casal homossexual masculino, *Schlittner* (israelense-polonês) e *Hay* (israelense), que residiam em Israel e através de um contrato de gestação de substituição na Califórnia, tiveram Matan e Segev (gêmeos), tendo sido reconhecida, pelo tribunal da Califórnia, a paternidade dos pais beneficiários das crianças.

Porém, a Polónia recusou-se a conceder aos gêmeos a nacionalidade polonesa, apesar da ligação genética com Schlittner, cidadão polonês, sob a alegação de que as leis do país não permitem acordos de gestação de substituição, tendo o caso sido submetido ao Tribunal de Estrasburgo, com base no artigo 8º e 14º (proibição de discriminação) da CEDH, onde aguarda julgamento²⁵³.

Observa-se, portanto, que o TEDH tem desempenhado um papel significativo na alteração da abordagem em relação a questões relacionadas à gestação de substituição transfronteiriça, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento dos efeitos da filiação estabelecida em um país estrangeiro, sendo imperioso que os Estados avancem nos direitos referentes à procriação assistida, em respeito à reserva da vida privada e familiar e contra interferências indevidas²⁵⁴.

11. Evolução da gestação de substituição em Portugal.

A gestação de substituição, também conhecida como “maternidade de substituição”, “barriga de aluguel”, “barriga solidária” ou, internacionalmente, *surrogacy*, significa a temporária cessão do útero de uma mulher, para gerar uma criança que não será dela, com a finalidade de ajudar a realizar o desejo de parentalidade de outrem.

O artigo 8º, item 1, da Lei de PMA a define como qualquer situação em que uma mulher concorda em suportar uma gravidez em favor de outra pessoa, a fim de entregar a criança após o parto, abdicando dos direitos e deveres maternos.

253 BONE, Leonardo Castro de – A jurisprudência do tribunal europeu de direitos do homem nos casos de gestação de substituição internacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. [Em linha], pp. 1195-1196. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/6/2022_06_1169_1204.pdf [Consult. em 16-07-2024].

254 Sobre o tema: COUTINHO, Diana Sofia Araújo – Gestação de substituição transfronteiriça à luz da jurisprudência do TEDH: algumas reflexões. In **VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”**. [Em linha], p. 88. Disponível em: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30> [Consult. em 17-07-2024].

Na redação original da Lei 32/2006, tal instituto era proibido e quem o realizasse de forma onerosa praticava crime punível com pena de prisão e multa²⁵⁵.

Fundamentava-se a nulidade do ato em razão da ofensa à ordem pública dos direitos de personalidade e do direito de filiação, invocando o artigo 81º do Código Civil Português, que prevê que *“toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”*, considerando-se a proibição de remuneração e a ausência de correspondência entre a maternidade biológica e a maternidade jurídica²⁵⁶.

Passados 10 (dez) anos da introdução da lei no ordenamento jurídico português, o artigo 8º foi alterado pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto²⁵⁷, que veio a admitir a gestação de substituição em Portugal, resultando em significativas mudanças dos direitos relacionados à reprodução assistida.

Considerou-se que os contratos de gestação de substituição só podem ocorrer em hipóteses excepcionais e de forma gratuita, nos casos de ausência, lesão ou doença no útero, que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas fundamentadas.

Estabeleceu-se no art. 8/7 que essa gestante deveria levar a cabo a gravidez de forma altruísta, tal como se sucede no Brasil, que utiliza o termo “barriga solidária”, em ato de compaixão pelos casais afetados pela infertilidade, entregando a criança após o nascimento, que seria considerada filha do casal beneficiário para todos os fins legais.

Outro requisito foi o disposto no artigo 8/3 que previu a necessidade de utilizar gametas de pelo menos um dos beneficiários e a proibição do uso de óvulos doados pela gestante de substituição para a formação do embrião no qual ela está envolvida, vedando-se a "substituição genética" e permitindo apenas a "substituição gestacional", com o objetivo de garantir que a criança nascida não tenha qualquer ligação genética com a mulher que a gestou²⁵⁸.

Quanto ao consentimento da gestante e a celebração do contrato, estabeleceu-se que deveria ser de forma livre, expressa e por escrito, após todos os envolvidos serem informados

255 Tratava-se da redação original do artigo 8º, item 1 e artigo 39, itens 1 e 2 da Lei 32/2006 de 26 de julho (texto original). [Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/32/2006/07/26/p/dre/pt/html> [Consult. em 25-07-2024].

256 PEREIRA, André Gonçalo Dias – Dilemas da PMA em Portugal e na Europa. In **Conselho Federal de Medicina do Brasil**. [Em linha]. Disponível em: https://www.cfm.org.br/images/PDF/2019_direito_medico_dias_pereira.pdf [Consult. em 21-07-2024].

257 PORTUGAL – **Lei n.º 25/2016**. Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006 (22-08-2016). [Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/25/2016/08/22/p/dre/pt/html> [Consult. em 25-07-2024].

258 REIS, Rafael Vale e – **Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas**, p. 226.

sobre os benefícios, riscos associados e implicações jurídicas, éticas e sociais, bem como o impacto da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal (artigos 8/8 e 14º).

Proibiu-se, também, a existência de qualquer forma de subordinação econômica ou jurídica entre as partes (artigo 8/3), estando a celebração do contrato condicionada à autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), à audição prévia da Ordem dos Médicos e ao consentimento das partes (artigo 8º, nºs 8 e 10), cuja procedimento consta no artigo 2º do Decreto Regulamentar nº 06/2017.

Este modelo de gestação de substituição passou pelo escrutínio do Tribunal Constitucional, resultando no Acórdão 225/2018, que o considerou como não atentatório à dignidade humana da gestante e da criança a ser gerada, mas entendeu que alguns aspectos do seu regime legal violavam direitos constitucionalmente previstos, resultando na declaração de inconstitucionalidade de algumas normas do regime jurídico da gestação de substituição²⁵⁹.

A questão relevante surgiu em relação ao prazo para a revogabilidade do consentimento da gestante de substituição, que deveria se dar até o início dos processos terapêuticos de PMA, o que significava dizer que iniciado o tratamento de reprodução assistida e ocorrendo a gravidez, não haveria o direito ao arrependimento em favor da gestante, que deveria entregar a criança após o nascimento ao casal beneficiário, que teriam o direito de filiação para todos os fins legais.

Entendeu-se que a referida ausência do direito ao arrependimento representava ofensa ao princípio fundamental da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, protegidos pelo Código Civil²⁶⁰.

Um ano após essa decisão, foi aprovado pela Assembleia da República o Decreto nº 383/XIII²⁶¹, que propunha a sétima alteração à Lei nº 32/2006, inserindo modificações ao regime jurídico da gestação de substituição.

Porém, este decreto foi vetado pelo Presidente da República, que levou ao Tribunal Constitucional um pedido de controle preventivo da constitucionalidade de duas normas

259 O acórdão declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das disposições que não admitiam a revogação do consentimento da gestante de substituição até a entrega da criança aos beneficiários e na imposição de sigilo às pessoas nascidas por reprodução assistida, por violação à dignidade da pessoa humana e ao direito ao desenvolvimento da personalidade da criança e da gestante. TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 225/2018**. 24-04-2018. Relator: Pedro Machete. [Em linha], pp. 1945-1946. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940> [Consult. em 29-07-2024].

260 REIS, Rafael Vale e – O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal. **Observador**. [Em linha]. Disponível em: <https://observador.pt/opinia/o-difícil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/> [Consult. em 21-07-2024].

261 ASSEMBLEIA da República – **Decreto nº 383/XIII**. [Em linha]. Disponível em: [Decreto nº 383/XIII](#) [Consult. em 25-07-2024].

previstas no artigo 2º do Decreto, resultando no Acórdão nº 465/2019²⁶², que pronunciou-se pela inconstitucionalidade parcial do artigo 2º e por via consequencial culminou na proibição da gestação de substituição em Portugal até o ano de 2021, quando sobreveio a Lei nº 90/2021²⁶³, de 16 de janeiro, que reintroduziu a gestação de substituição, respeitando os fundamentos consignados no referido acórdão.

Entendeu-se que o referido decreto padecia de vício de constitucionalidade material, por descumprimento do Acórdão 225/2018, ao ter reintroduzido a norma que previa a revogação do consentimento somente até o início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida, que já havia sido declarada inconstitucional²⁶⁴.

Nos fundamentos do Acórdão 465/2019, o Tribunal Constitucional consignou que o direito ao arrependimento deveria se dar até o momento do registro da criança, sob pena de violação legal ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos²⁶⁵.

Porém, após a decisão do Tribunal Constitucional, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, nos Pareceres 104/CNEV/2019²⁶⁶ e 111/CNEV/2020²⁶⁷, chegou a se pronunciar de forma desfavorável aos projetos de lei que, em decorrência das declarações de inconstitucionalidade, permitiam a revogação livre e desmotivada do consentimento da gestante até o prazo para o registro da criança nascida, por entender que não se deve subordinar o destino do projeto parental à vontade da gestante, na medida em que implica na frustração do projeto

262 TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 465/2019**. 18-09-2019. Relatora: Joana Fernandes Costa. [Em linha], p. 117. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/465-2019-125468550> [Consult. em 29-07-2024].

263 PORTUGAL – **Lei nº 90/2021** (16-01-2021). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/90-2021-175983728> [Consult. em 28-07-2024].

264 Segundo Diana Coutinho, o TC fundamentou a declaração de inconstitucionalidade da gestação de substituição em razão da excessiva indeterminação do artigo 8º, nº 4, 10 e 11º da LPMA, a limitação da liberdade de revogação e ausência da possibilidade de nulidade do contrato de gestação de substituição (artigo 8º, nº 12, LPMA). Adicionalmente, declarou como inconstitucional o anonimato dos doadores e da gestante de substituição (artigo 15º da LPMA), por violação do princípio da segurança jurídica, da determinabilidade das leis, o direito ao desenvolvimento da personalidade em conjunto com o princípio da dignidade humana, o direito a constituir família e o direito à identidade pessoal. COUTINHO, Diana – Breves considerações sobre o modelo português de gestação de substituição à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In **Liber Amicorum Benedita Mac Crorie**. [Em linha], p. 339. Disponível em <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97> [Consult. em 16-07-2024].

265 Sobre o direito de arrependimento da gestante, consigna-se que apesar da gestação de substituição da lei portuguesa ter sido inspirada pelo modelo britânico, o ordenamento inglês prevê que a mãe legal é a gestante de substituição, tendo os beneficiários que recorrerem ao judiciário requerendo o estabelecimento da paternidade, com o consentimento expresso da gestante, após o prazo de 6 semanas do nascimento da criança, conforme os ditames do “parental order”.

266 CONSELHO Nacional de Ética sobre a Vida – **Parecer nº 104/CNECV/2019**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/104-cneqv-2019> [Consult. em 25-07-2024].

267 CONSELHO Nacional de Ética sobre a Vida – **Parecer nº 111/CNECV/2020**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/111-cneqv-2020> [Consult. em 25-07-2024].

já iniciado, desvirtua o equilíbrio do contrato e o enquadramento ético fundado no altruísmo e solidariedade da gestante, relativizando, também, o interesse da criança que virá a nascer, pois o desfecho do projeto e o destino da criança serão incertos.

Registre-se que o conselheiro André Dias Pereira, então diretor do Centro de Direito Biomédico, votou de forma contrária aos referidos pareceres²⁶⁸.

Ademais, conforme leciona Benedita Mac Crorie, deveria adotar-se uma abordagem mais cuidadosa do princípio da dignidade, ao consignar que não existe instrumentalização quando a pessoa não se considera instrumentalizada, salvo em casos extremos que ponham em causa a sua autodeterminação futura ou quando a instrumentalização pressuponha um particular desprezo ou desconsideração, somada a uma "intenção subjacente" e o "significado social da ação"²⁶⁹.

Na contramão destes entendimentos, o atual regramento da PMA referente à gestação de substituição, promovido pela Lei nº 90/2021, dispôs expressamente que apesar de o bebê resultante da gestação de substituição ser considerado filho dos beneficiários, é concedido à gestante o direito de "arrependimento" até ao registo do nascimento da criança, de modo que se houver a revogação do consentimento antes do nascimento do bebê, ele será considerado filho da gestante.

Aqui, discordamos parcialmente do Tribunal Constitucional Português e da atual legislação, ao atribuírem menor valor ao direito contratual dos beneficiários de concretização do projeto de procriação e de constituição da família, pois partiu-se apenas do princípio de que a gestante é a parte mais vulnerável da relação e que a gestação é um fenómeno dinâmico e imprevisível, que cria uma relação entre a grávida e o feto, com alteração dos genes, anticorpos e emoções e que, portanto, justificaria uma eventual alteração das circunstâncias do consentimento da gestante, em razão da imprevisão do que pode ocorrer durante a gravidez e o parto, e que tal processo pode interferir na autocompreensão da própria gestante.

Porém, tal entendimento não leva em conta a possível violação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais reprodutivos do casal beneficiário, no caso de um possível arrependimento unilateral da gestante e de quebra das expectativas empreendidas nesse complexo projeto parental em razão da rescisão contratual sem justa causa.

268 PEREIRA, André Gonçalo Dias – **Declaração de Voto no Parecer com o n.º 104/CNECV/2019**. [Em linha] Lisboa. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/declaracao-conselheiro-andre-dias-pereira1> [Consult. em 25-07-2024].

269 CRORIE, Benedita Mac – O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. In **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**, p. 62.

O contrato de gestação de substituição, apesar da natureza peculiar e personalíssima, não deixa de ser um contrato e o fundamento primário deveria ser a análise no caso concreto da intenção manifestada expressamente no acordo de gestação de substituição, que gera direitos e deveres a ambas as partes.

Deve se levar em conta, ainda, que o primeiro passo em todo esse processo foi a intenção do casal de serem pais daquela criança, que foi gerada através de um embrião criado por uma fertilização *in vitro*, que por sua vez foi colocado no útero da gestante e deu início à gravidez.

Portanto, além do material genético do pai intencional ou de ambos, aquela criança jamais seria concebida se antes não tivesse havido o início da concepção daquele projeto parental manifestado pela intenção do casal, de modo que em havendo o conflito entre os pais intencionais e a gestante, entendemos que deve ser atribuído um valor maior a quem teve a intenção de ser pais e criar a criança como sua.

Ademais, no caso de Portugal ainda se tem uma agravante, pois jamais a gestante de substituição terá contribuído com seu próprio gameta, o que revela ainda mais crítica a opção da lei de PMA.

Este, inclusive, tem sido o entendimento adotado pela Suprema Corte da Califórnia²⁷⁰ em conflitos dessa natureza, ao consignar que para o reconhecimento da maternidade nos casos de gestação de substituição, leva-se em conta o fator mental referente à expectativa gerada durante todo esse processo, de modo que se a lei reconhece a maternidade à mulher que dá a luz e também a que possui vínculo biológico, que ordinariamente se constitui na mesma pessoa, deverá preponderar a estabilidade daquela relação inicial, onde havia ficado estabelecido que a mãe intencional seria a mãe natural da criança que viesse a nascer.

A propósito, sobre a gestação de substituição transfronteiriça, informa-se que em razão da sua proibição em Portugal até o advento da Lei nº 90/2021 e da respectiva regulamentação em 2023, casais heterossexuais e casais masculinos que necessitavam utilizar deste tipo de procedimento, procuraram acender seu projeto parental em outros países.

Devido às diferenças culturais, sociais e políticas entre as comunidades, a gestação de substituição é tratada de maneira bem diversificada entre os Estados, que vai desde criminalizá-la e proibi-la ou até permiti-la, com condições das mais diversas.

A falta de uniformidade na abordagem dessas questões levanta conflitos, e não há consenso internacional sobre como lidar com os problemas de filiação nesses casos. A

270 SUPREME Court of California. **Johnson v. Calvert**. 851 P.2d 776. 20-05-1993. [Em linha]. Disponível em: https://bioethics.gr/api/files/download/1907/Johnson_v_calvert-summary.pdf?attachment=false [Consult. em 09-08-2024].

disparidade entre as legislações nacionais sobre gestação por substituição levou muitas pessoas a buscarem esse procedimento em países onde a prática é mais aceita, resultando na chamada gestação por substituição transnacional, ou "*cross-border surrogacy*".

Em países como o México e a Ucrânia, por exemplo, a gestação por substituição é permitida, até mesmo com compensação financeira, onde o primeiro permite o procedimento por casais homoafetivos.

Portanto, a regulamentação da gestação por substituição em todo o mundo ainda é muito diversa. Desde cenários de proibição total até permissões com poucas restrições, havendo uma ampla variedade de abordagens que levam em consideração diferentes fatores.

12. Os direitos reprodutivos nas uniões homoafetivas e a limitação de acesso aos homens em Portugal: o princípio da igualdade e a proibição de discriminação.

Os casais homoafetivos masculinos e os homens solteiros são excluídos do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida pela Lei nº 32/2006, uma solução legislativa que levanta dúvidas quanto à sua constitucionalidade, por violação aos direitos fundamentais reprodutivos, considerados como de quarta geração, que se manifesta no direito a procriar e a não procriar²⁷¹.

A família atual, que se destaca pela variedade de configurações familiares, é construída sobre vínculos de amor e apoio para criar estruturas que antes não eram comuns. Dentro dessa diversidade, há um aumento significativo de famílias formadas por casais do mesmo sexo que já exercem o direito de procriar ou manifestam a intenção de exercer esse direito, o que resulta em conflitos frequentes, ante a ausência de reconhecimento legal, antes em relação às uniões homoafetivas femininas e ainda hoje nas uniões entre pessoas do sexo masculino.

Nesse contexto, casais do mesmo sexo têm demonstrado cada vez mais intenção de exercer o direito de constituir uma família de acordo com o planejamento familiar que incluía filhos, o que traz consigo uma abordagem parental distinta.

Em que pese a lei portuguesa estipular que a reprodução humana assistida deve ocorrer de forma subsidiária e não alternativa (artigo 4/1, da LPMA), ela mesma estabelece que as técnicas de PMA devem estar disponíveis para todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade (artigo 4/3 da LPMA), havendo, neste caso, um contrasenso.

271 DANTAS, Eduardo – **Direito Médico**, p. 353.

Se a norma reconhece o direito de as mulheres recorrerem às técnicas de PMA, independente do estado civil e orientação sexual, deveria permitir também aos homens solteiros e aos pares do sexo masculino, sob pena de restrição legal ilegítima.

Considerando que os casais homoafetivos são “biologicamente inférteis”, posto que não se reproduzem entre si, a única possibilidade de exercerem seus direitos reprodutivos é através da procriação medicamente assistida e, estando ela disponível para as mulheres lésbicas, tal como se sucede com as mulheres solteiras e os casais heterossexuais inférteis, assim deveria ocorrer com os homens.

É cediço que a reprodução assistida heteróloga ocorre quando não é possível a combinação de gametas do casal, que pode se dar nas hipóteses de incapacidade de procriação natural por infertilidade de um deles ou nas hipóteses de casais de mulheres, que necessariamente necessitam de um gameta masculino de um terceiro.

Portanto, sendo possível o recurso à doação de material genético de terceiro para que o procedimento prospere, não pode ser este o fundamento de exclusão do direito aos pares masculinos.

O método utilizado por casais formados por mulheres pode se dar através da inseminação artificial ou por FIV, que envolve a fertilização do óvulo de uma ou de ambas as parceiras, utilizando material genético de um doador anônimo ou não, cuja gravidez será suportada por uma delas, o que não apresenta grandes desafios em termos de realização.

Para o legislador português, este é um dos fundamentos favoráveis à permissão deste direito, em razão da capacidade biológica da mulher de utilizar seu próprio material genético e de gerar uma criança dentro do seu útero enquanto órgão reprodutor.

Diferentemente, a reprodução assistida para casais formados por homens é mais complexa, pois só pode ser realizada através da fertilização *in vitro*, utilizando a técnica conhecida como gestação por substituição, com o gene de um deles ou de ambos.

E este parece ter sido um dos fundamentos para a exclusão do exercício do direito dessa categoria, ante a impossibilidade dos homens de gerar a criança, o que faz com que necessitem tanto do óvulo de uma mulher, quanto do órgão reprodutor de outra mulher, que irá engravidar. Necessitam, portanto, fazer uso de uma doadora de gameta feminino e de uma “gestante de substituição”.

Ocorre que, sendo admissível atualmente o recurso à gestação de substituição a casais heterossexuais, que se sucede nas hipótese em que uma mulher engravida em favor de outrem, posto que a mulher beneficiária não tem capacidade de engravidar e que junto com seu

companheiro serão considerado os pais da criança que nascer, nada impede o benefício em favor dos casais maculinos.

Portanto, a escolha legislativa em Portugal entra em conflito com vários princípios constitucionais ao negar esse direito aos homens, em uma forma de exclusão injustificada que revela intolerância e desigualdade.

Nesse cenário, há uma clara e arbitrária discriminação contra o gênero masculino, uma vez que esse direito é garantido, inclusive, a uma mulher solteira, desde que seja incapaz de engravidar devido à ausência de útero, à condições clínicas que impeçam uma gestação saudável ou mesmo independente de diagnóstico de infertilidade, como nos casos de “infertilidade social”²⁷².

É importante ressaltar que os direitos reprodutivos são considerados direitos humanos, e sua proteção deve ser universal e não dirigida para um grupo específico de cidadãos, sejam casais heterossexuais ou mulheres.

Não há fundamento consistente e justificável que permita um amplo acesso às técnicas de PMA às mulheres, independentemente da orientação sexual, enquanto se nega esse acesso aos homens, o que importa em clara violação dos princípios da igualdade e da não discriminação com base no gênero.

O que se vê, portanto, é uma clara divergência entre o tratamento jurídico dispensado às uniões homoafetivas masculinas e as demais entidades familiares, no que diz respeito ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Ademais, registre-se que os destinatários do princípio da igualdade incluem tanto aqueles que aplicam a lei, como os órgãos responsáveis por criar a lei, além dos titulares dos direitos fundamentais, já que a igualdade não apenas significa a aplicação equitativa da lei, mas também a criação de leis uniformes para todos²⁷³.

Portanto, resta clara a forma discriminatória de exclusão dos homens e dos casais de homens quanto ao acesso das técnicas de procriação medicamente assistida, prevista no art. 6ª da Lei nº 32/2006, onde o legislador parece ter concluído que se os homens não possuem órgãos reprodutores como as mulheres, significa dizer que estão proibidos de fazer uso da PMA.

O Estado português falha em duas áreas: quando discrimina pessoas com base na orientação sexual e gênero e quando não fornece os fundamentos para a diferença de tratamento operada pela legislação²⁷⁴.

272 DANTAS, Eduardo – **Op cit**, p. 354.

273 ALBUQUERQUE, Martim de – **Da igualdade: introdução à jurisprudência**, p. 75.

274 DANTAS, Eduardo – **Op cit**, p. 355.

Não obstante, os opositores do direito de reprodução aos pares formados pelo mesmo sexo, afirmam que a liberdade reprodutiva deve levar em conta, também, as habilidades reprodutivas e as parentais, o que significa que as técnicas de reprodução assistida que permitem a concepção a certas pessoas não estão disponíveis para todos, uma vez que são regulamentadas pelo Direito para imitar a reprodução natural, diminuindo assim a "artificialidade" dessas práticas.

Porém, tal fundamento é retrógrado e vai de encontro a todo o arcabouço jurídico de permissão da assistência médica procriativa, pois dentro do contexto social moderno, o conceito de paternidade deve incluir outros valores, especialmente o afeto, o que significa que casais homoafetivos também podem se tornar pais ou mães.

Ora, limitar o acesso à procriação medicamente assistida apenas a casais heterossexuais não remove a artificialidade da técnica, pois sendo ela utilizada para pares de sexos diferentes ou do mesmo sexo, haverá em ambas as hipóteses a imitação do ato sexual capaz de gerar a vida humana.

Outro fundamento favorável ao direito de reprodução para os homens solteiros e casais de homens é a permissão legal para a adoção, posto que em ambos os casos haverá o exercício do direito à parentalidade.

Não se justifica a ausência de resistência do Estado no caso da adoção, na qual nenhum dos pais ou mães possui laços biológicos com a criança e a limitação do uso na PMA, em que um dos pais pode ter ascendência biológica sobre o filho.

Essa questão evidencia que a aceitação e o reconhecimento dos direitos reprodutivos aos pares homoafetivos masculinos são mais um dilema social do que legal ou biológico.

Entende-se que a adoção é vista como uma solução para um problema existente, onde a criança já está presente, muitas vezes abandonada ou em situação de risco, e o Estado é chamado a intervir para ampará-la, de modo que a adoção por casais homoafetivos é tratada como uma forma de resolver essa questão, assegurando que a criança cresça em um ambiente familiar e aliviando o fardo do Estado²⁷⁵.

O argumento principal em favor da adoção por casais homossexuais para os contrários ao acesso às técnicas reprodutivas não se concentra diretamente nos interesses do casal ou em sua capacidade parental, mas justifica-se com base nas crianças em situação de risco, sugerindo-

275 Sobre as diferenças entre esses os institutos da PMA e adoção, consultar PEDRO, Rute Teixeira – Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? In **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**, pp. 155-158.

se que seria melhor a adoção por pares do mesmo sexo do que a permanência dessas crianças em instituição de acolhimento.

E para os defensores dessa lógica, a reprodução assistida não deve ser admitida em favor dos pares homoafetivos, pois a criança ainda estaria por vir, tratando-se de algo evitável. Possuem, inclusive, uma narrativa de que o desejo de um casal homossexual de ter um filho, utilizando das técnicas de reprodução assistida, não passa de um “mero capricho”.

Um dos principais argumentos contra o acesso à reprodução assistida heteróloga por casais do mesmo sexo é a importância dada à filiação biológica natural e de ofertar uma família normal à criança, pois jamais um casal homossexual seria capaz de procriar naturalmente²⁷⁶.

Portanto, de forma claramente distinta, diferencia-se a filiação quando esta é planejada por meio da reprodução assistida por casais homoafetivos, ao entender que nestes casos deve ser invocado o “superior interesse da criança” previsto no art. 1974/1 do CCP.

Tal exclusão se trata, em verdade, de intervenção estatal discriminatória no planejamento familiar, dificultando a concepção de uma nova vida e violando os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade. Se a adoção é possível a todos, a prática da PMA por casais homoafetivos também impõe-se ser.

Ademais, em termos de filiação, o parentesco proveniente de adoção ou reprodução tem a mesma validade jurídica, sendo indiferente a origem dos filhos, tal como prescreve o artigo 1593 do Código Civil Brasileiro, ao prever que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem.

Assim, percebe-se que essa outra origem mencionada refere-se à paternidade resultante da adoção, reprodução assistida com gameta do(a) parceiro ou de uma relação socioafetiva, o que significa que pode ser aplicada aos filhos de casais homoafetivos, quer sejam adotados ou concebidos por reprodução assistida.

A filiação é compreendida, portanto, como o *status* legal de uma pessoa em decorrência da relação de procriação natural, induzida (PMA) ou suposta com um terceiro, e, por ser um estado, constitui uma situação ou posição que envolve um conjunto de relações jurídicas entre os que procriam e os que são procriados²⁷⁷.

276 MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Villela – Filiação e tecnologias de reprodução assistida: entre medicina e direito. **Physis: Revista De Saúde Coletiva**. [Em linha], pp. 601-602. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000200014> [Consult. em 17-07-2024].

277 SANTOS, Eduardo do – **Direito de Família**. Citado por SENNA, Carina Cátia Bastos de – **O estabelecimento da filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa**, p. 33. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/113246> [Consult. em 17-07-2024].

Deste modo, a filiação socioafetiva ocorre em três hipóteses: nos casos de adoção, na reprodução assistida heteróloga, para o pai/mãe sem o vínculo genético e na posse do estado de filho²⁷⁸.

O mesmo pode ser extraído por interpretação dada ao artigo 36º, nº 4 da CRP, quando dispõe sobre a igualdade entre os filhos e de forma cogente pelo artigo 67º, nº 2, ao reconhecer o direito à liberdade de planejamento familiar e a obrigação estatal de promoção de acesso aos métodos da procriação assistida.

Deste modo, tratar de forma diferente quando o fundamento para o exercício do direito é o mesmo, constitui patente discriminação indevida, ao dispor que a capacidade de procriar naturalmente determina automaticamente a competência parental, ignorando as condições materiais e emocionais dos pais, sua disponibilidade afetiva e a habilidade para criar e auxiliar no desenvolvimento da criança.

Seria o mesmo que afirmar que o ato sexual que reflete em uma procriação natural está diretamente ligado à competência para o exercício da parentalidade, ignorando-se, deste modo, todas as circunstâncias de fato presentes, o que na prática não condiz com a realidade da vida contemporânea e com a liberdade sexual, vez que a prática do ato sexual está muita mais ligada à satisfação pessoal do indivíduo do que necessariamente com a intenção de ter filhos, que não raras vezes pode ter um resultado inesperado ou indesejável, advindo uma gravidez não planejada.

Por outro lado, no que tange aos pares do mesmo sexo, o desejo de ter filhos se dá através de um projeto parental consciente e maduro, que quando não é levado a cabo por exclusões legais, perpassa por um longo e difícil caminho relacionado à questões de natureza psicológica, casos de insucessos na reprodução assistida, ausência de assistência do Estado, caráter discriminatório durante o processo, dentre outros.

Significa dizer que quando os pares do mesmo sexo finalmente conseguem concretizar o projeto parental através das técnicas procriativas, este costuma ser antecedido de um longo e tenebroso caminho de inseguranças, fatores psicológicos, aneuploidias, falha de implantação e, mais do que tudo, perseverança e consciência clara sobre a responsabilidade e seus deveres parentais.

Reduzir todo esse processo a um “mero capricho” é um paradoxo dissociado de todo o arcabouço dos direitos fundamentais relacionados à reprodução humana e aos direitos de família, consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana. Prega-se que a família

278 **Idem** – p. 33.

é o elemento essencial da sociedade e exclui-se as famílias homoafetivas com base em discriminações infundadas.

Em sentido inverso, Elizabeth Roudinesco afirma que a crescente visibilidade social do desejo de estabelecer relações conjugais entre pessoas do mesmo sexo, e as consequências disso, como a parentalidade, nos moldes exatos das relações conjugais heterossexuais, são vistas como desconfortáveis e representam uma ameaça aos valores tradicionais da família, como seu papel fundamental na estrutura social²⁷⁹.

Nessa perspectiva, para os defensores dessa posição, seria incongruente que pessoas homossexuais busquem se integrar a uma instituição que eles mesmos repeliam em razão de seu caráter opressor e que passaram agora a desejar fazê-la parte de suas vidas. Esse movimento destaca uma crise, considerada por alguns como indesejável, que teve início com o declínio do modelo patriarcal²⁸⁰.

Tratam-se de argumentos descabidos e eivados de preconceitos, pois causar prejuízos ou restringir os direitos fundamentais de um indivíduo devido à sua orientação sexual e/ou gênero é uma forma de tratar a pessoa de maneira indigna.

Conforme leciona Eduardo Dantas, “não se deve, sob hipótese alguma, simplesmente ignorar a condição pessoal do indivíduo, genuinamente essencial para a sua identidade pessoal (onde se deve incluir a orientação sexual e o gênero)”, ante a sua conexão direta com o respeito à dignidade humana²⁸¹.

Segundo JJ. Canotilho e Vital Moreira, o princípio da dignidade da pessoa humana alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo-se qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidade²⁸².

O artigo 13/1 da CRP estabelece claramente que todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei. Já o nº 2 do mesmo artigo adicionalmente afirma que *"ninguém pode ser favorecido, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever"* com base no gênero ou orientação sexual.

279 Afirma a referida autora que “Hoje em dia tais declarações são julgadas obsoletas pelos interessados, e mesmo hostis à nova moral civilizada em busca de norma e de um familiarismo redescoberto. Pois tudo indica que o acesso tão esperado a uma justa igualdade dos direitos em matéria de práticas sexuais — para as mulheres, crianças e para os homossexuais — tenha tido como contrapartida não a proclamação de uma ruptura com a ordem estabelecida, mas uma forte vontade de integração a uma norma outrora infame e fonte de perseguição ainda”. ROUDINESCO, Elizabeth – **A família em desordem**, pp. 4-5.

280 MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela – **Op. cit**, pp. 4-5.

281 DANTAS, Eduardo – **Direito Médico**, p. 356.

282 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, pp. 198-199.

Sendo ainda mais específico, o artigo 36º, nº 1 da CRP, reforça que todos têm o direito de formar uma família em condições de total igualdade.

De forma semelhante, o artigo 14º da CEDH esclarece que o desfrute dos direitos e liberdades protegidos pela convenção deve ser assegurado sem discriminações com base no sexo ou em outros motivos, incluindo a orientação sexual e o artigo 8º, nº 2 afirma que não deve haver interferência do Estado na vida privada e familiar das pessoas, exceto se for necessária em uma sociedade democrática para proteger a saúde, moralidade ou os direitos e liberdades de terceiros.

Seguindo a mesma linha, o artigo 17º, nº 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estipula que ninguém deve ser sujeito a interferências arbitrárias em sua vida privada ou familiar.

A igualdade, seja na aplicação ou na criação do direito, é um dos princípios estruturantes do sistema de direitos fundamentais, conforme alerta Canotilho em outra de suas obras, ao estabelecer que a igualdade jurídica é fundamental para a liberdade individual e implica não apenas a aplicação uniforme da lei, mas também a ideia de que a própria lei deve tratar todos os cidadãos de forma igual²⁸³.

Uma vez que o princípio da igualdade está consagrado na Constituição portuguesa, qualquer forma de diferenciação a ser feita deve ser devidamente justificada e seguir uma lógica e racionalidade em linha com os princípios estabelecidos na lei fundamental. Caso contrário, qualquer discriminação ou tratamento diferenciado pode ser considerado arbitrário e, portanto, inconstitucional.

Uma ação ou omissão é considerada discriminatória quando se baseia em distinções que violem a igual dignidade e o reconhecimento devido a todas as pessoas, como seres humanos.

Segundo leciona Jorge Reis Novais, o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligado à igualdade e universalidade, que preconizam a igualdade de dignidade e direitos fundamentais para todos, eliminando privilégios e proibindo qualquer forma de estigmatização ou discriminação individual, seja baseada em características pessoais, pertença a um grupo, classe, ideologia, sexo, religião, raça ou etnia, estando dentro desse rol a discriminação por orientação sexual e gênero.

283 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

A dignidade é principalmente o resultado de uma luta por justiça, pelos ideais utópicos ou revolucionários de igualdade e liberdade, abolição de privilégios e reconhecimento da dignidade intrínseca das pessoas, um reconhecimento que se tornou generalizado e consensual nas sociedades ocidentais²⁸⁴.

Ademais, exigir que um homem homossexual tenha relações sexuais com uma mulher para conceber uma criança viola seu direito de exercer a própria sexualidade, que é inata e imutável.

Neste sentido, entendemos que a regra de subsidiariedade como critério para a utilização das técnicas de PMA imposta pela legislação portuguesa é válida apenas quando a reprodução por meio de relações sexuais é possível.

Em casos de riscos clínicos ou quando o ato sexual compromete drasticamente as predileções básicas da vida do ser humano, tal como se dá na hipótese de infertilidade social decorrente da orientação sexual pelo mesmo sexo, o direito de reprodução artificial se impõe.

E é nesse contexto que aumentou-se os casos de casais de homens portugueses, que buscam o projeto parental em outros países, notadamente em alguns estados do Estados Unidos da América, que permitem que os casais intencionais sejam formados por pessoas do mesmo sexo, masculino ou feminino, gerando conflitos transacionais e as críticas ao chamado “turismo procriativo”²⁸⁵.

Como visto, é comum que casais homoafetivos masculinos busquem o projeto parental em países onde existe a possibilidade da gestação de substituição de forma onerosa, tal como ocorre na Colômbia, nos Estados da Flórida e Califórnia nos EUA, México e Ucrânia.

A busca desse recurso no estrangeiro vem ocorrendo constantemente também por cidadãos provenientes de países onde só é possível o acesso à gestação de substituição de forma gratuita, como se sucede no Brasil e no Reino Unido.

Nestes casos, é imperioso estabelecer um certo grau de afinidade com a mulher que esteja disposta a engravidar de forma generosa em favor do casal intencional, demonstrando o altruísmo necessário para proporcionar a outrem a maternidade/paternidade de uma criança

284 NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**, p. 23.

285 “Physicians at fertility clinics follow only state medical licensing requirements, but face no separate requirements for fertility clinics. Their practices are limited only by medical licensing and general contract, tort and criminal law. In the absence of specific governmental regulation, professional societies such as the American Society for Reproductive Medicine have developed practice guidelines that many clinics follow but which do not carry the force of law (Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine [ASRM], 2006b). Clinics in most states are free to determine who to accept as patients and what treatments they will offer, including the number of embryos to implant, use of donor gametes and surrogates, and disposition of frozen embryos”. GLENNON, Theresa – Regulation of Reproductive Decision-making. In **Regulating Autonomy: sex, reproduction and family**, p. 150.

concebida intencionalmente para esse fim, ante a impossibilidade de os beneficiários suportarem a gravidez por si próprios.

Neste tema, Portugal está alinhado com a visão tradicional dos membros do Conselho da Europa e da Comunidade Europeia, que defendem a gratuidade do contrato de gestação de substituição, invocando, dentre outros, o disposto no artigo 21º da Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, que proíbe a disposição do próprio corpo, visando o lucro²⁸⁶, o que a nosso ver depende de uma análise mais acurada e despida de intervenções desnecessárias.

Ao contrário de outros sistemas onde se permite a onerosidade, as responsabilidades assumidas pela gestante não têm uma contrapartida a ser fornecida pelos beneficiários da gestação e, por isso, trata-se de uma situação excepcional e difícil de se levar a cabo, por envolver outras questões para além do exercício da parentalidade²⁸⁷.

Importante esclarecer, porém, que nesta investigação científica não abordaremos as questões éticas e jurídicas envolvendo a proibição fundada na solidariedade da gestante, em países como Portugal, Brasil e Inglaterra, que se inclinaram a impossibilitar o lucro por entenderem estarem diante de uma legítima restrição ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante de substituição, ainda que ela manifeste uma vontade expressa e inequívoca.

Ademais, observa-se que outro argumento de exclusão dos direitos reprodutivos aos pares do mesmo sexo é fundado no superior interesse da criança, quando em verdade deriva de padrões religiosos e morais já superados, que não podem servir de critério para restringir direitos fundamentais, como os direitos reprodutivos, já que tais limitações só se justificam para proteger direitos fundamentais de outras pessoas ou garantir bens jurídicos de relevo específico, como a segurança, a ordem pública ou direitos fundamentais de terceiros.

Portanto, a exclusão dos pares do sexo masculino e de homens solteiros ao direito de procriar por intervenção médica é de clara inconstitucionalidade, ainda mais presente quando se alargou os beneficiários e se permitiu o acesso das mulheres independentemente da infertilidade, ante a ausência de uma justificativa sólida e lógica, em termos científicos, legais e éticos, acrescentando-se, ainda, a permissão da utilização da gestação de substituição introduzida pela alteração da lei de procriação em 2021.

286 CONVENÇÃO sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina – Aprovada pela Resolução nº 1/2001 da Assembleia da República n.º 1/2001. [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/1-2001-235128> [Consult. em 25-07-2024].

287 GUIMARÃES, Maria Raquel – ‘Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. In **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**, p.115.

Deste modo, é incompreensível que se restrinja o acesso dos homens - individualmente ou em união com outro homem - à gestação por substituição, considerando a natureza dessa técnica de PMA, que sempre envolve a participação de uma terceira mulher ao casal beneficiário, independente da orientação sexual. Portanto, do ponto de vista do procedimento clínico, é irrelevante se o casal que busca a PMA é formado por homens, mulheres ou por casais heterossexuais.

O legislador deveria ter intervido para estender o direito ao gênero masculino, quando teve a oportunidade de revisar o regime de acesso às técnicas de PMA a partir do alargamento dos beneficiários pela Lei n.º 17/2016 ou quando restabeleceu a gestação de substituição pela Lei n.º 90/2021, o que teria evitado a recorrência de violação aos princípios da igualdade e da não-discriminação.

Sendo assim, considerando que a procriação é um direito fundamental inerente a todos os cidadãos, qualquer restrição a ele deve ser acompanhada de uma evidência clara do interesse público diretamente relacionado a essa limitação, o que não foi observado pelo Estado Português ao decidir sobre a exclusão dos homens *gays* no rol dos beneficiários das técnicas procriativas previsto no artigo 6º da Lei 32/2006.

CONCLUSÃO

A proteção do núcleo familiar contra intervenções externas excessivas é garantida pelo direito de constituir família, que reconhece a importância das relações familiares plurais e impede interferências injustificadas do Estado e de outras entidades na formação, manutenção e desenvolvimento dessas relações.

Os direitos reprodutivos são cruciais para assegurar que as pessoas possam exercer sua sexualidade e reprodução sem discriminação e violência, com acesso a informações e recursos para o planejamento familiar e que recebam serviços de saúde que respeitem seus direitos.

A reprodução humana difere de outras espécies animais, pois não se restringe apenas ao ato sexual, mas a uma prática desejada para a realização pessoal, como se sucede na procriação medicamente assistida.

É dever do Estado regular a reprodução humana assistida, salvaguardando a dignidade da pessoa humana quanto ao direito de ter filhos, consubstanciada no direito ao desenvolvimento de sua personalidade e da autonomia reprodutiva.

O acesso à procriação medicamente assistida é justificado quando há infertilidade ou outras condições que demandem essa técnica, como no caso de mulheres solteiras, lésbicas e gays.

A exclusão de casais homoafetivos masculinos e homens solteiros homossexuais dessas técnicas é de patente inconstitucionalidade, pois viola os direitos fundamentais reprodutivos, incluindo o direito de procriar e de não procriar.

A igualdade, seja na aplicação ou na criação do direito, é um dos princípios fundamentais do sistema de direitos e essencial para a liberdade individual, o que implica não apenas a uniformidade na aplicação da lei, mas também a ideia de que a própria legislação deve tratar todos os cidadãos de forma equitativa.

A capacidade de procriar naturalmente não determina a aptidão parental, que se estabelece nas condições materiais e emocionais dos pais, na sua capacidade afetiva e nas habilidades para cuidar e contribuir para o desenvolvimento da criança, que não está relacionada à orientação sexual do indivíduo.

Atualmente, o ato sexual é normalmente dissociado do desejo de procriar, uma vez que se caracteriza pela satisfação pessoal do indivíduo e que pode, eventualmente, implicar em uma gravidez não planejada.

No caso de casais do mesmo sexo, seja de homens ou mulheres, o desejo de ter filhos geralmente surge de um projeto parental consciente e bem pensado, tendo o direito um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais reprodutivos dessas categorias.

Considerando que o princípio da igualdade é um dos pilares do Estado, qualquer diferenciação deve ser devidamente justificada e seguir uma lógica e racionalidade alinhadas aos princípios estabelecidos na lei fundamental. Caso contrário, qualquer forma de discriminação ou tratamento diferenciado pode ser considerada arbitrária e, portanto, inconstitucional.

No caso da exclusão dos homens *gays* das técnicas de procriação medicamente assistida, não há uma evidência clara de interesse público ou outro fundamento jurídico que justifique essa restrição.

Considerando que os casais homoafetivos são "biologicamente inférteis" entre si, a procriação medicamente assistida é a única forma viável para exercerem seus direitos reprodutivos.

Conclui-se, portanto, que urge a necessidade de alteração legislativa que permita a inclusão dos casais masculinos no rol de beneficiários da procriação medicamente assistida em Portugal, tal como já ocorreu com os casais do sexo feminino, a fim de se compatibilizar com todos os mandamentos constitucionais examinados neste estudo científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS.

Bibliografia.

ALBUQUERQUE, Afonso de – A homossexualidade e alguns dos seus problemas. **Revista Portuguesa De Medicina Geral e Familiar**. [Em linha]. Vol. 20, nº 3, 2004, p. 373–383. ISSN 2182-5181. Disponível em: <https://homossexualidade-e-alguns-de-seus-problemas> [Consult. em 19-07-2024].

ALBUQUERQUE, Martim de – **Da igualdade: introdução à jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 1993. ISBN 978-9724007137.

ALMEIDA, Miguel Vale de – Antropologia e Sexualidade: consensos e conflitos teóricos em perspectiva histórica. In FONSECA, Lígia; *et al* (Coord.) – **A sexologia, perspectiva multidisciplinar**. [Em linha]. Coimbra: Quarteto, 2003, vol. II, p. 53-72. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/ppgan/wp-content/uploads/2017/10/antropologia-e-sexualidade.pdf> [Consult. em 15-07-2024].

ALMEIDA, Susana – **Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2015. ISBN 978-853-62-5559-0.

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**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1596-0.

AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-I)**. [Em linha]. Washington, D.C., 1952. Disponível em: <https://www.turkpsikiyatri.org/arsiv/dsm-1952.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-II)**. [Em linha], Washington, D.C., 1968. Disponível em: <https://www.madinamerica.com/wp-content/uploads/2015/08/DSM-II.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-III)**. [Em linha]. Washington, D.C., 1980. Disponível em:

<https://aditpsiquiatriaypsicologia.es/images/CLASIFICACION%20DE%20ENFERMEDADES/DSM-III.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV)**. [Em linha]. Washington, D.C., 1994. Disponível em: <https://img3.reoveme.com/m/2ab8dabd068b16a5.pdf> [Consult. em 31-07-2024].

AMERICAN Psychiatric Association – **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V)**. [Em linha]. Washington, D.C., 2013. ISBN 978-0-89042-554-1. Disponível em: [https://repository.poltekkes-kaltim.ac.id/657/1/Diagnostic%20and%20statistical%20manual%20of%20mental%20disorders%20_%20DSM-5%20\(%20PDFDrive.com%20\).pdf](https://repository.poltekkes-kaltim.ac.id/657/1/Diagnostic%20and%20statistical%20manual%20of%20mental%20disorders%20_%20DSM-5%20(%20PDFDrive.com%20).pdf) [Consult. em 31-07-2024].

AMARO, Fausto – **Sociologia da Família**. Lisboa: Pactor, 2014. ISBN 978-989-69-3031-8.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos constitucionais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2009. 4ª ed. ISBN 978-972-40-3716-5.

ASCENSÃO, José de Oliveira – O casamento de pessoas do mesmo sexo. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 71, vol. II, abr-jun. 2011, pp. 391-411. ISSN 0870-8118.

AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão de; MATOS, Lorena Araújo – Adoção homoparental, melhor interesse da criança e relações de poder: uma análise a partir da teoria de Michel Foucault. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. [Em linha], vol. 6, nº 2, pp. 23-41, jul.-dez. 2020. ISSN: 2525-9849. Disponível em: https://doi.org/10.26668/2525-9849/Index_Law_Journals/2020.v6i2.7031 [Consult. em 15-07-2024].

BALESTRO, Gabriela Soares – O casamento como um instituto de Direito Civil: a homoafetividade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [Em linha]. Ano 2, 2013, nº 11, pp. 12033 -12054. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/11/2013_11_12033_12053.pdf. ISSN 2182-7567. [Consult. em 16-07-2024].

BARBOSA, Rui – **Oração aos Moços**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2019. Vol. 271. ISBN 978-85-528-0058-3.

- BARROS, Alberto – Procriação Medicamente Assistida: novos direitos, novos desafios. *In* NETO, Luísa; TEIXEIRA, Rute (Resp.) – **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pp. 7-8. ISBN 978-989-154-5.
- BARROSO, Luís Roberto – **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 978-857-70-0639-7.
- BARROSO, Luís Roberto – Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. [Em linha]. Nº 17, jan.-jun. 2011, pp. 105-138. ISSN 1983-2303. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42573> [Consult. em 16-07-2024].
- BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos** (traduz. do italiano). Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª tiragem. ISBN: 978-85-352-1561-8.
- BOBBIO, Norberto – **Liberalismo e democracia** (trad. do italiano). Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017. ISBN 978-85-7283-995-2.
- BONAVIDES, Paulo – A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha], vol. 2, nº 3, 2008, pp. 82–93. ISSN 2527-0001. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534> [Consult. em 16-07-2024].
- BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. 15ª ed. ISBN: 978-85-7420-621-9.
- BONE, Leonardo Castro de - A jurisprudência do tribunal europeu de direitos do homem nos casos de gestação de substituição internacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. [Em linha], ano 8, nº 6, 2022, pp. 1169-1203. ISSN 2183-539X. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/6/2022_06_1169_1204.pdf [Consult. em 16-07-2024].
- BRAGA, Isabel Mendes Drumond. – Pelo universo da sexualidade proibida: os mouriscos portugueses e o pecado nefando de sodomia. **Revista Lusófona de Ciência das Religiões**. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2018. Nº 21, 1º s, pp. 7-25. ISBN 1645-5584.

- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús – **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1ª ed. ISBN 978-85-2032-237-6.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas – **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. ISBN 978-857-147-846-6.
- CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – A comunidade familiar. *In* OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) – **Textos de direito da família: para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, pp. 9-29. ISBN 978-989-26-1112-9.
- 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**. Lisboa, vol. III, ano 66, 2006, pp. 73-86. ISSN 0870-8118.
- CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 2018. 4ª ed. ISBN 978-972-40-7643-0.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. I, 1ª ed. ISBN 978-85-203-3044-9.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CHAVES, Marianna – A tecnologia a serviço da reprodução assistida. *In* SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.) – **Direitos das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família IBDFAM, 2021, pp. 215-240. ISBN 978-85-69632-05-4.
- CHAVES, Marianna – **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. Curitiba: Juruá, 2015. 3ª ed. ISBN 978-85-362-5471-5.
- CID, Nuno de Salter – Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar. *In* **Separada da Revista Economia e Sociologia**. Évora, nº 66, 1998, pp. 189-235. ISSN 0870-6026.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família: introdução, direito matrimonial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. Vol. I, 5ª ed. ISBN 978-989-26-1166-2.

CONSELHO Federal de Medicina – Resolução CFM nº 2013/2013, que trata das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil (16-04-2013). **Diário Oficial da União**. [Em linha]. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> [Consult. em 07-08-2024].

CONSELHO Federal de Medicina – Resolução CFM nº 2.320/2022, que trata das normas deontológicas a serem observadas nas técnicas de reprodução assistida no Brasil (20-09-2022). **Diário Oficial da União**. [Em linha]. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> [Consult. em 23-07-2024].

CONSELHO Nacional de Ética sobre a Vida – **Parecer nº 104/CNECV/2019**, sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/104-cnecv-2019> [Consult. em 25-07-2024].

CONSELHO Nacional de Ética sobre a Vida – **Parecer nº 111/CNECV/2020**, sobre os Projetos de Lei n.º 71/XIV (BE) e n.º 247/XIV (PAN) em matéria de gestação de substituição. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/111-cnecv-2020> [Consult. em 25-07-2024].

CONSELHO Nacional de Justiça – **Resolução n.º 175/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo (14-05-2013). Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça. [Em linha]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754> [Consult. em 25-07-2024].

CORRAZE, Jacques – **La Homosexualidad** (trad. do francês para espanhol). Cidade do México: Publicaciones Cruz, 1997. ISBN 968-20-0254-8.

CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona – Homoafetividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal. In DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (Coord.) – **Escritos de direito das famílias: uma perspectiva luso-brasileira**. Porto Alegre: Magister, 2008, pp. 24-38. ISBN 978-858-52-7-515-0.

CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona – **Direito da Família: tópicos para uma reflexão crítica**. Lisboa: AAFDL - Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. 2ª ed. ISBN 978-0000-054272.

CÔRTE-REAL, Carlos Pamplona; *et al* – **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3452-2.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque – Direitos reprodutivos, planeamento familiar e reprodução humana assistida no Brasil no atual estado da arte. In **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. [Em linha], vol. 5, nº 3, jul.-set. 2016, Brasília. ISSN 2358-1824. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v5i3.316> [Consult. em 20-07-2024].

COSTA, Marta – **Convivência more uxorio na perspectiva de harmonização do direito de família europeu: uniões homossexuais**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1933-3.

COULANGES, Numa Denys Fustel de – **A cidade antiga** (trad. do francês). Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2006. ISBN 978-65-860-1497-6.

COUTINHO, Diana Sofia Araújo – Breves considerações sobre o modelo português de gestação de substituição à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO Patrícia – **Liber Amicorum Benedita Mac Crorie**. [Em linha], vol. I, pp. 333–353. Braga: UMinho Editora, 2022. ISBN 978-989-8974-85-3. Disponível em: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97> [Consult. em 16-07-2024].

COUTINHO, Diana Sofia Araújo – Gestação de substituição transfronteiriça à luz da jurisprudência do TEDH: algumas reflexões. In **VII Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”**. Atas. [Em linha]. Braga: UMinho Editora, 2021 pp. 81-86. ISBN 978-

989-8974-38-9. Disponível em: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.30> [Consult. em 17-07-2024].

CRORIE, Benedita Mac – O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. In NETO, Luísa; TEIXEIRA, Rute (Resp.) – **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pp. 55-62. ISBN 978-989-154-5.

CRUZ, Rossana Martingo – **União de Facto Versus Casamento: questões pessoais e patrimoniais**. Coimbra: Gestlegal, 2019. ISBN 978-989-89-5108-3.

DANTAS, Eduardo – **Direito Médico**. Salvador: JusPodivm, 2021. 5ª ed. ISBN 978-65-5680-546-7.

DIAS, Cristina Manuela Araújo – Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar. In SOUSA, Marcelo Rebelo de; *et al* (Coord.) – **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012. Vol. VI, pp. 451-470. ISSN 0870-3116.

DIAS, Maria Berenice – **Homoafetividade e direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 7ª ed. ISBN 978-85-203-7027-8.

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2021. 14ª ed. ISBN 978-65-5680-354-8.

DIAS, Maria Berenice – **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 5ª ed. ISBN 978-85-203-4168-1.

DUARTE, David José Peixoto – Perspectivas constitucionais da família. In FELIX, Antônio Bragão; *et al* (Coord.) – **Traços da família portuguesa**. Lisboa: Direcção-Geral da Família, 1994. pp. 77-112. ISBN 972-27-0749-3.

EUROPEAN Court of Human Rights – Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights. Right to Marry. **Council of Europe**. [Em linha]. Last update: 29-02-2024. Disponível em: https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_12_eng [Consult. em 17-07-2024].

- FERRARINI, Letícia – Sociedade tecnológica e de consumo, relações líquidas e novas formas de constituir família: perspectivas inovadoras para o Direito. **IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família**. [Em linha], set. 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Let%C3%ADcia%20Ferrarini> [Consult. em 20-07-2024].
- FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2016. 2ª ed. ISBN 978-85-362-6209-3.
- FREUD, Sigmund – **Totem e Tabu** (trad. do alemão). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. ISBN 978-8563560612.
- GIRARDI, Viviane – **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN 978-85-734-8368-0.
- GLENNON, Theresa – Regulation of Reproductive Decision-making. In SCLATER, Shelley Day; *et al* (Coord.) – **Regulating Autonomy: sex, reproduction and family**. Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 149-168. ISBN 978-1-84113-946-3.
- GONÇALVES, Anabela – Procriação medicamente assistida. In ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Org.) – **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais**. Lisboa: Universidade Católica, 2019. Vol. I, pp. 646-669. ISBN 978-972-54-0667-0.
- GOZZO, Débora – Novas tecnologias e a responsabilidade da reprodução humana artificial. In PEREIRA, André Dias; *et al* (Coord.) – Novas tecnologias e responsabilidades: nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico. **Cadernos Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora, 2019. Nº 4, vol. I, pp. 169-178. ISBN 978-989-8891-48-8.
- GRODIN, Joseph – Rediscovering the State Constitutional Right to Happiness and Safety. In **Hastings Constitutional Law Quarterly**. [Em linha]. Vol. 25, 1997, pp. 1-34. ISSN 0094-5617. Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/208 [Consult. em 18-07-2024].

- GUIMARÃES, Maria Raquel – ‘Subitamente, no verão passado’: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. *In* NETO, Luísa; TEIXEIRA, Rute (Resp.) – **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pp. 107-126. ISBN 978-989-154-5.
- INTER-AMERICAN Court of Human Rights – Gender Identity, Equality, and Non-Discrimination for Same-Sex Couples. **Advisory Opinion OC-24/2017**. [Em linha], 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf [Consult. em 26-07-2024].
- JARDIM, Maria Chaves – O mercado de fertilização in vitro no Brasil. **Política & Sociedade**. [Em linha], vol. 21, nº 51, mai.-ago., 2022, pp. 15-46. ISSN 2175-7948. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/91402> [Consult. em 26-07-2024].
- KRELL, Olga Jubert Gouveia – **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. 1ª ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011. ISBN 85-362-1202-0.
- LEÃO, Anabela Costa – O Contributo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *In* NETO, Luísa; TEIXEIRA, Rute (Resp.) – **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pp. 23-40. ISBN 978-989-154-5.
- MATTAR, Laura Davis – Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 5, nº 8, 2008, pp. 60-83. [Em linha]. ISSN 1983-3342. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004> [Consult. em 07-08-2024].
- MIRANDA, Jorge – A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *In* Honorem D. José Policarpo: Patriarca de Lisboa e Magno Chanceler da Universidade Católica Portuguesa. **Didaskalia**, vol. 29, nº 1-2, 1999, pp. 473-485. [Em linha]. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/didaskalia.1999.1440> [Consult. em 07-08-2024].
- MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro Villela – Filiação e tecnologias de reprodução assistida: entre medicina e direito. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**. [Em

linha], nº 20, 2010, pp. 591–607. ISSN 1809-4481. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000200014> [Consult. em 17-07-2024].

MORAIS, Daniel Silva; PINHEIRO, Jorge Duarte – **Hipóteses e materiais para a disciplina de direito da família**. 2ª ed. AAFDL - Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 2022. ISBN 978-97-262-9832-8.

MUTCHERSON, Kimberly – Procreative Pluralism. **Berkeley Journal of Gender, Law & Justice**. [Em linha], vol. 30, nº 22, 2015. ISSN 1933-1045. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2621223> [Consult. em 07-08-2024].

NETO, Luísa – O (novo) Regime da Procriação Medicamente Assistida: possibilidades de restrições. In NETO, Luísa; TEIXEIRA, Rute (Resp.) – **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pp. 83-92. ISBN 978-989-154-5.

OLIVEIRA, Guilherme de – Aspectos jurídicos da Procriação Assistida. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, ano 49, vol. III, dez. 1989, pp. 767-791. ISSN 0870-8118.

OLIVEIRA, João Manuel de – Orientação Sexual e Identidade de Género na psicologia: notas para uma psicologia lésbica, gay, bissexual, trans e queer. In CONCEIÇÃO, Nogueira; OLIVEIRA, João Manuel de (Org.) – **Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de género**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de género, 2010, pp. 19-44. ISBN 978-972-597-326-4

OTERO, Paulo – Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula e Costa (Coord.) – **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra: Edições Almedina, 2008. Vol. I, pp. 107-138. ISBN 978-972-40-3568-0.

PEDRO, Rute Teixeira– Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? In NETO, Luísa; TEIXEIRA, Rute (Resp.) – **Debatendo a Procriação Medicamente Assistida**. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017, pp. 149-168. ISBN 978-989-154-5.

PEREIRA, André Gonçalo Dias; FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva – Diálogo(s) de direitos fundamentais no direito biomédico. In **Cadernos da Lex Medicinae – Revista**

- Portuguesa de Direito da Saúde.** Coimbra: Coimbra Editora, 2019. N° 4, vol. I, pp. 91-108. ISBN 978-989-8891-48-8.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva - **Direito da Família.** 3ª ed. Lisboa: AAFDL - Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 2019. ISBN 978-972-629-329-3.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha – Princípio da Afetividade. *In* DIAS, Maria Berenice (Coord.) – **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 3ª ed. pp.141-154. ISBN 978-85-203-7112-1.
- PERROT, Michelle – O nó e o ninho. *In* **Veja 25 anos: reflexões para o futuro.** São Paulo: Abril Editora, 1993, pp. 75-81. ISSN 0100-7122.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – Critério biológico e critério social ou afetivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores. **Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família.** Ano 5, n.º 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 5-12. ISSN 1645-9660.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito da família contemporâneo.** 7ª ed. Reimp. Coimbra: Gestlegal, 2021. ISBN 978-989-8951-44-1.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O ensino do Direito da Família Contemporâneo.** Lisboa: AAFDL - Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. ISBN 978-00-000-7183-5.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; *et al* – **Teoria Geral do Direito Civil.** 5ª ed. Reimp. Coimbra: Gestlegal, 2021. ISBN 978-989-9851-53-3.
- PIOVESAN, Flávia – Proibição da discriminação por orientação sexual nos sistemas regionais de proteção dos direitos humano. *In* DIAS, Maria Berenice (Coord.) – **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 3ª ed. pp. 327-343. ISBN 978-850203-7112-1.
- PITÃO, José Antônio França – **Uniões de Facto e Economia Comum.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-97-240-4616-7.
- POMJÉ, Caroline; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso – Critérios de legalidade constitucional para a função normativa do Conselho Nacional de Justiça: o exemplo do

- direito de família. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas** [Em linha]. Vol. 25, nº 2, 2020, pp. 1-14. ISSN:2317-2150. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/241560> [Consult. em 19-07-2024].
- PRAG, Patrick; MILLS, Melinda – Cultural determinants influence assisted reproduction usage in Europe more than economic and demographic factors. **Human Reproduction**. [Em linha]. Oxford University Press, vol. 32, ed. 11, nov. 2017, pp. 2305–2314. ISSN 1460-2350. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/dex298> [Consult. em 21-07-2024].
- RAPOSO, Vera Lúcia – “Dá-me licença que tenha filhos?”: restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida. **Revista Direito GV**. [Em linha]. Fundação Getúlio Vargas, vol. 15, nº 2, 2019, pp. 1-27. ISSN 2317-6172. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201915> [Consult. em 21-07-2024].
- RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião In Vitro**. Teses de doutoramento. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5194-9.
- REIS, Rafael Vale e, – O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal. Lisboa: **Observador**. [Em linha]. 09-08-2017. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/o-dificil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/> [Consult. em 21-07-2024].
- REIS, Rafael Vale e – **Procriação medicamente assistida: gestação de substituição, anonimato do dador e outros problemas**. 1ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2022. ISBN 978-989-9136-06-9.
- ROITMAN, Isaac – O que é ser feliz. **UNB Notícias**. Portal de notícias da Universidade de Brasília. [Em linha]. Brasília, 29-09-2022. Disponível em: <https://noticias.unb.br/artigos-main/o-que-e-ser-feliz> [Consult. em 31-07-2024].
- ROUDINESCO, Elizabeth – **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. ISBN 978-85-711-0700-7.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Direitos, Liberdades e Garantias. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord.) – **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**. Lisboa: Quid Juris, 2013, pp. 130-132. ISBN 978-972-724-642-7.

- SANTOS, Alethele Oliveira; *et al* – Reprodução Humana Assistida: regulamentação no Brasil e em Portugal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. [Em linha], vol. 16, 2019, pp. 18-44. ISSN 2316-6959. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/397 [Consult. 21-07-2024].
- SANTOS, Duarte. **Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1733-9.
- SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-789.
- SARTORI, Giana Lisa Zanardo – Reprodução humana assistida: um direito fundamental? 2^a ed. Curitiba: Appris, 2021. ISBN 978-65-250-0079-4.
- SENNA, Carina Cátia Bastos de – O estabelecimento da filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1^a Região**. [Em linha]. Brasília, vol. 29, nº 7/8, pp. 32-44. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/113246> [Consult. em 21-07-2024].
- SILVA, Silvana – **Procriação medicamente assistida: práticas e desafios**. Lisboa: ICS - Imprensa de Ciências Sociais, 2014, p. 87. ISBN 978-97-267-1326-5.
- UNITED Nations – WHO report says 1 in 6 people worldwide are affected by infertility. **UN News**. Global perspective Human stories. 04-03-2023. [Em linha]. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/04/1812312> [Consult. em 07-08-2024].
- UNITED Nations – Reproductive Rights Are Human Rights: a Handbook For National Human Rights Institutions. **Danish Institute for Human Rights**. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. [Em linha], dez. 2014. Disponível em: <https://www.unfpa.org/publications/reproductive-rights-are-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. Reimp. Coimbra: Almedina, 2019. Depósito Legal 250316/06.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti – **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Spessotto, 2019. ISBN 978-85-59-7309-20.

VUNDAMATI, Rajyalakshmi – Right to marry and found family: a most challenged human right in postmodern era. **Indian Journal of International Law**. [Em linha], vol. 59, 2021, pp. 229–255. ISSN 0019-5294. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40901-020-00119-8> [Consult. em 21-07-2024].

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; *et al* – The International Glossary on Infertility and Fertility Care. **Human Reproduction**. [Em linha]. Oxford University Press, vol. 32, nº 9, set. 2017, pp. 1786–1801. ISSN 1460-2350. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/dex234> [Consult. em 20-07-2024].

WORLD Health Organization – **International Classification of Diseases (ICD-11)**. Family of International Classifications Foundation. [Em linha]. Disponível em: <https://icd.who.int/browse/2024-01/foundation/en#411470068> [Consult. em 31-07-2024].

Fontes documentais.

I. Fontes Legislativas.

ARGENTINA – **Código Civil**. Ley nº 340/1869. Boletín Oficial de la República (25-09-1869). [Em linha]. Disponível em: [Código Civil de la República Argentina](#) [Consult. em 23-07-2024].

BRASIL – **Código Civil**. Lei nº 10406/2002. Diário Oficial da União (10-01-2002). [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm [Consult. em 23-07-2024].

BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União (05-10-1988). [Em linha]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm [Consult. em 23-07-2024].

BRASIL. **Lei nº 8069/90.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União (13-07-1990). [Em linha]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm [Consult. em 29-07-2024].

BRASIL. **Lei nº 9263/96.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar (12-01-1996). Diário Oficial da União. [Em linha]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm [Consult. em 25-07-2024].

BRASIL. **Lei nº 11105/2005.** Lei de Biossegurança. Diário Oficial da União (24-03-2005). [Em linha]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm [Consult. em 30-07-2024].

EUROPEAN Union – **Charter of Fundamental Rights of the European Union.** Official Journal of the European Union. 2016/C 202/02 (26-10-2012). [Em linha]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR> [Consult. em 25-07-2024].

FRANCE – **Déclaration du 26 août 1789 des Droits de l'homme et du citoyen.** (26-08-1789). [Em linha]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000697056/> [Consult. em 23-07-2024].

NETHERLANDS – **Dutch Civil Code.** (01-01-1992). [Em linha]. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> [Consult. em 23-07-2024].

JAPAN – **Constitution of Japan.** (03-05-1947). [Em linha]. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html> [Consult. em 23-07-2024].

PORTUGAL – **Código Civil.** Decreto-Lei N.º 47344. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 274 (25/11/1966). Disponível em: [Código Civil \(CC\) | Diário da República Eletrónico – DRE](#) [Consult. em 25-07-2024].

PORTUGAL – **Código Penal.** Decreto-Lei N.º 48/95. Diário da República, Série I-A. [Em linha]. N.º 63 (15/03/1995). Disponível em [Código Penal \(CP\) | Diário da República Eletrónico – DRE](#) [Consult. em 23-07-2024].

PORTUGAL – **Constituição da República Portuguesa**. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 86 (10/04/1976). Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view?q=constituicao+da+república+portuguesa> [Consult. em 23-07-2024].

PORTUGAL – **Decreto nº 9/XI**. Resultado da aprovação da Proposta de Lei n.º 7/XI/1, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Diário da Assembleia da República, II série A. [Em linha]. Nº 42 (01-03-2010). [Em linha], pp. 2-3. Disponível em: <file:///C:/Users/TJPB/Downloads/dar11sl01n042.pdf> [Consult. em 25-07-2024].

PORTUGAL – **Decreto Regulamentar nº 06/2017**. Regulamenta o acesso à gestão de substituição. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 146 (31-07-2017). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-regulamentar/6-2017-107785481> [Consult. em 25-07-2024].

PORTUGAL – **Decreto nº 383/XIII**. Procede à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, que regula a procriação medicamente assistida. (19-07-2019). Vetado pelo Presidente da República. [Em linha]. Disponível em: [Decreto nº 383/XIII](#) [Consult. em 25-07-2024].

PORTUGAL – **Lei nº 7/2001**. Adopta medidas de protecção das uniões de facto. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 109 (11-05-2001). Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/7-2001-314194> [Consult. em 30-07-2024].

PORTUGAL – **Lei nº 32/2006**. Procriação medicamente assistida. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 143 (26-07-2006). Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/32/2006/p/cons/20211216/pt/html> [Consult. em 23-07-2024].

PORTUGAL – **Lei nº 9/2010**. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 105 (31-05-2010). [Em linha]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/9-2010-332460> [Consult. em 30-07-2024].

PORTUGAL – **Lei n.º 2/2016**. Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares. Diário da República, Série I. [Em linha]. Nº 41 (29-02-2016). Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/2-2016-73740375> [Consult. em 30-07-2024].

PORTUGAL – **Lei n.º 17/2016**. Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 116 (20-06-2016). [Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/17/2016/06/20/p/dre/pt/html> [Consult. em 23-07-2024].

PORTUGAL – **Lei n.º 25/2016**. Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 160 (22-08-2016). [Em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/17/2016/06/20/p/dre/pt/html> [Consult. em 23-07-2024].

PORTUGAL – **Lei nº 90/2021**. Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006. Diário da República, Série I. [Em linha]. N.º 242 (16-12-2021). Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/90-2021-175983728> [Consult. em 30-07-2024].

PORTUGAL – **Proposta de Lei n.º 7/XI/1**. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Diário da Assembleia da República, II Série A. [Em linha]. N.º 18 (22-12-2009). Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=35004> [Consult. em 25-07-2024].

PORTUGAL – **Resolução da Assembleia da República nº 1/2001**. Aprova a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Diário da República, Série I-A. [Em linha]. N.º 2 (03-01-2001). Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/resolucao-assembleia-republica/1-2001-235128> [Consult. em 25-07-2024].

SOUTH Korea – **Constitution of the Republic of Korea** (rev. 1987). [Em linha]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987?lang=en [Consult. em 25-07-2024].

UNITED States – **Virginia Declaration of Rights** (12-06-1776). [Em linha]. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED States – **Declaration of Independence** (04-07-1776). [Em linha]. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED States – **Constitution of United States, Philadelphia Constitutional Convention, 1787 – note of Amendment XIV**, 1868. [Em linha]. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm> [Consult. em 25-07-2024].

II. Pactos, Declarações e Convenções Internacionais.

COUNCIL of Europe – **European Convention on Human Rights** (03-09-1953). As amended by Protocols N^os. 11 and 14. Council of Europe Treaty Series, N^o 5. Rome 1950. [Em linha]. Disponível em: https://70.coe.int/pdf/convention_eng.pdf [Consult. em 25-07-2024].

ORGANIZATION of American States (OEA) – **American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica"** (18-07-1078). [Em linha]. Disponível em: https://www.oas.org/dil/access_to_information_American_Convention_on_Human_Rights.pdf [Consult. em 25-07-2024].

UNITED NATIONS – **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights** (16-12-1966). [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED NATIONS – **International Covenant on Civil and Politics Rights** (16-12-1966). [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED Nations – **Universal Declaration of Human Rights** (10-12-1948). [Em linha]. New York, General Assembly, 217-A (III). Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED Nations – **Declaration on Social Progress and Development** (11-12-1969). [Em linha]. New York, General Assembly, Resolution 2542 (XXIV). Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-social-progress-and-development> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED Nations – **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women** (03-09-1981). [Em linha]. New York, General Assembly, 18 December 1979. Entry into force: 3 September 1981, in accordance with article 27(1). Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> [Consult. em 25-05-2024].

UNITED Nations – **Declaration of 4^a International Conference on Population and Development**. International Conference on Population, 6-14 August 1984, Mexico City. [Em linha]. Disponível em: [declaration of 4^a conference population development](#) [Consult. em 25-07-2024].

UNITED Nations – **Cairo Declaration on Population & Development**. International Conference on Population and Development 5–13 September 1994, Cairo. Disponível em: <https://www.unfpa.org/resources/cairo-declaration-population-development> [Consult. em 25-05-2024].

UNITED Nations – **Declaration and Platform for Action of the IV World Conference on Women**. Fourth World Conference on Women, 4-15 September 1995, Beijing, China. [Em linha]. Disponível em: <https://www.un.org/en/conferences/women/beijing1995> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED Nations – **Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women** (06-10-1999). [Em linha]. New York, General Assembly, Resolution 54/4. [Em linha]. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/OP_CEDAW_en.pdf [Consult. em 25-05-2024].

UNITED Nations – **Proclamation of Teheran** (13-05-1968). International Conference on Human Rights in Tehran, May 13, 1968. [Em linha]. Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/instrtree/l2ptichr.htm> [Consult. em 25-07-2024].

UNITED Nations Educational, Scientific and Cultural Organization – **Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights** (11-11-1997). Adopted at the UNESCO General Conference at its 29th session, 1997. [Em linha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-human-genome-and-human-rights> [Consult. em 25-07-2024].

III. Jurisprudência e Precedentes.

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Beck, Copp and Bazeley versus The United Kingdom - Applications n°s. 48535/99, 48536/99 and 48537/99.** 22-10-2002. [Em linha]. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60697>. [Consult. em 25-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Chapin and Charpentier versus France. Application n° 40183/07.** 09-06-2016. [Em linha]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163436> [Consult. em 26-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Perkins and R. versus The United Kingdom. Applications n°s. 43208/98, 44875/98.** 22-10-2002. [Em linha]. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60695> [Consult. em 26-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Christine Goodwin versus The United Kingdom. Application n° 28957/95.** 11-07-2002. [Em linha]. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596> [Consult. em 26-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Dudgeon versus The United Kingdom. Application n° 7525/76.** 22-10-1981. [Em linha]. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473> [Consult. em 26-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Fedotova and others versus Russia. Application n°s. 40792/10, 30538/14 and 43439/14.** 17-01-2023. [Em linha]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-222750> [Consult. em 06-08-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Rees versus The United Kingdom. Application n° 7525/76.** 17-10-1986. [Em linha]. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57564> [Consult. em 26-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Salgueiro da Silva versus Portugal - Application n° 33290/96.** 21-12-1999. [Em linha]. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58404>. [Consult. em 25-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Schalk and Kopf versus Austria. Application nº 30141/04.** 24-06-2010. [Em linha]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605> [Consult. em 26-07-2024].

INTER-AMERICAN Court of Human Rights – **Case Atala Riffo and daughters versus Chile.** Serie C-239. 24-02-2012. [Em linha]. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf [Consult. em 26-07-2024].

EUROPEAN Court of Human Rights – **Case Orlandi and others versus Italy. Applications nºs. 26431/12, 26742/12, 44057/12 and 60088/12.** 14-12-2017. [Em linha]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179547> [Consult. em 26-07-2024].

SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão REsp nº 1.183.378/RS.** Brasília. 25/10/2011. Relator: Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. DJe 01/02/2012, RSTJ vol. 226. [Em linha]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012 [Consult. em 29-07-2024].

SUPREME Court of California – **Case Johnson v. Calvert.** 851 P.2d 776. 20-05-1993. [Em linha]. Disponível em: https://bioethics.gr/api/files/download/1907/Johnson_v_calvert-summary.pdf?attachment=false [Consult. em 09-08-2024].

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão ADI nº 4277/DF.** 05/05/2011. Brasília. Relator: Ayres Britto. Plenário. Dje nº 198, 14/10/2011, Ementário nº 2607-3. [Em linha], pp. 611-880. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false> [Consult. em 29-07-2024].

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão RE nº 477554 AgR/MG.** Brasília. 16/08/2011. Relator: Celso de Mello. 2ª Turma. DJe nº 164, 26-08-2011, Ementário nº 02574-02. [Em linha], pp. 287-320. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false> [Consult. em 29-07-2024].

TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 690/98.** 15-12-1998. Lisboa. Relator: Luís Nunes de Almeida. 2ª Secção. [Em linha]. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980690.html> [Consult. em 28-08-2024].

TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão 101/2009**. 03-03-2009. Lisboa. Relator: Carlos Fernandes Cadilha. Plenário. Diário da República n.º 64/2009, Série II, 01-04-2009. [Em linha], pp. 12452-12472. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/101-2009-1143211> [Consult. em 28-08-2024].

TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 359/2009**. 09-07-2009. Lisboa. Relator: Carlos Pamplona de Oliveira. 1ª Secção. Diário da República n.º 214/2009, Série II, 04-11-2009. [Em linha], pp. 44970-44989. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/359-2009-3676594> [Consult. em 28-07-2024].

TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 121/2010**. 08-04-2010. Lisboa. Relator: Vítor Gomes. Plenário. Diário da República n.º 82/2010, Série II, 28-04-2010. [Em linha], pp. 22367–22383. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/121-2010-2897033> [Consult. em 28-07-2024].

TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 225/2018**. 24-04-2018. Lisboa. Relator: Pedro Machete. Plenário. Diário da República n.º 87/2018, Série I, 07-05-2018. [Em linha], pp. 1885–1979. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940> [Consult. em 28-07-2024].

TRIBUNAL Constitucional Português – **Acórdão nº 465/2019**. 18-09-2019. Lisboa. Relatora: Joana Fernandes Costa. Diário da República n.º 201/2019, Série I, 18-10-2019. [Em linha], pp. 117-137. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/465-2019-125468550> [Consult. em 28-07-2024].

TRIBUNAL da Relação de Lisboa – **Acórdão nº 6284/2006-8**. 15-02-2007. Lisboa. Relator: Pedro de Lima Gonçalves. [Em linha]. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/80694/> [Consult. em 28-07-2024].

UNITED States Supreme Court – **Case Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)**. [Em linha]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/> [Consult. em 29-07-2024].