



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS
MASCULINOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Juliana de Santa Cruz Oliveira

Orientadora: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número da candidata: 30000266

Julho de 2023

Lisboa

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos, Lara e Pedro.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus.

Aos meus pais, Fernando e Sandra, pela oportunidade e incentivo, pelo apoio incondicional e por me permitirem a busca pelos meus sonhos.

Ao meu marido, André, pelo apoio, ajuda, infinita paciência e por sempre acreditar em mim, mesmo nos momentos em que eu desacreditei.

Aos meus irmãos: Dani, companheira de sempre e Nandinho, por ser meu exemplo para a conclusão desta etapa. Obrigada por sempre se fazerem presentes.

Às amigas Ju Ferraz e Bia, pela companhia e momentos compartilhados durante este trajeto acadêmico.

À Professora Stela Barbas, fonte de inspiração para a realização deste estudo.

RESUMO

A presente dissertação busca analisar a exclusão dos casais homoafetivos masculinos do acesso à gestação de substituição na legislação portuguesa, sob a ótica dos princípios constitucionais da igualdade e não discriminação. Para tanto, iniciou abordando o fenômeno da gestação de substituição, expondo seus aspectos históricos e conceituais e analisando a regulamentação jurídica da matéria em Portugal. Ao final do capítulo, discorre-se com mais detalhes os assuntos dos beneficiários e do estabelecimento da filiação das crianças nascidas com recurso a contratos desta natureza. Em seguida, é explorado o tema das famílias homoafetivas, apresentando sua evolução histórica, conceitos e terminologias utilizadas para tratar do assunto, e faz-se uma contextualização cronológica da legislação portuguesa a este respeito. Nesse contexto, são destacados os princípios constitucionais da Dignidade Humana, Igualdade e Não Discriminação. Através desta análise principiológica, buscou-se salientar a incoerência do Legislativo em permitir a prática, mas não contemplar os casais homoafetivos do sexo masculinos como beneficiários da gestação de substituição, enquanto os casais de mulheres têm este direito legalmente garantido, argumentando que esta exclusão resulta em discriminação e violação do princípio da igualdade e do direito fundamental de constituir família, sobre o qual se discorrerá. Com base nessa investigação, pretende-se evidenciar a necessidade de uma revisão legislativa que garanta a igualdade de tratamento e a plena inclusão e proteção dos direitos fundamentais dos casais homoafetivos masculinos no contexto da gestação de substituição em Portugal. Por fim, é feito um breve estudo sobre o assunto nos seguintes países: Itália, França, Rússia, Ucrânia, Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e Brasil. A metodologia de pesquisa adotada foi de natureza qualitativa, com pesquisas bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais, abrangendo obras nacionais e estrangeiras, além da legislação correspondente.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Gestação de Substituição, Homoafetividade, Igualdade, Não Discriminação, Direitos Fundamentais

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the exclusion of male same-sex couples from accessing surrogacy in Portuguese legislation, from the perspective of the constitutional principles of equality and non-discrimination. To accomplish this, it begins with an initial approach to the phenomenon of surrogacy, presenting its historical and conceptual aspects, and analyzing the legal regulation of the matter in Portugal. At the end of the chapter, a more detailed discussion is conducted on the topics of beneficiaries and the establishment of parentage for children born through these contracts. Subsequently, the theme of same-sex families is explored, presenting their historical evolution, conceptions, and terminology used to address the subject, along with a chronological contextualization of Portuguese legislation in this regard. Within this context, the constitutional principles of Human Dignity, Equality, and Non-Discrimination are highlighted. Through this principled analysis, the aim is to emphasize the significant inconsistency of the legislature in allowing the practice while failing to include male same-sex couples as beneficiaries of surrogacy, while female couples have this right legally guaranteed, arguing that this exclusion results in discrimination and violation of the principles of equality and the fundamental right to form a family, which has been discussed. Based on this investigation, the intention is to highlight the need for legislative revision that ensures equal treatment, full inclusion, and protection of the fundamental rights of male same-sex couples in the context of surrogacy in Portugal. Finally, a brief study on the subject is conducted in the following countries: Italy, France, Russia, Ukraine, the United States, Canada, the United Kingdom, and Brazil. The adopted research methodology was qualitative, involving bibliographic, doctrinal, and jurisprudential research, encompassing national and foreign works, as well as relevant legislation.

Keywords: Human Rights, Surrogacy, Same-sex Relationships, Equality, Non-discrimination, Fundamental Rights

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	7
INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 - A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	12
1.1. Considerações Iniciais	12
1.2. Conceito e terminologias	18
1.3. Regulamentação no ordenamento jurídico português	22
1.4. Os Beneficiários	30
1.5. O estabelecimento da filiação	32
CAPÍTULO 2 – FAMILIAS HOMOAFETIVAS	42
2.1. Evolução Histórica.....	42
2.2 Conceitos e terminologia	47
2.3 Princípios aplicáveis	52
2.3.1. Dignidade da pessoa humana.....	54
2.3.2. Princípio da Igualdade	57
2.3.3. Princípio da Não Discriminação	62
2.4 Tratamento Jurídico em Portugal.....	65
CAPÍTULO 3 – A PROBLEMÁTICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO	69
3.1. Omissão legislativa quanto à gestação de substituição por casais homoafetivos masculinos	69
3.2 A gestação de substituição por casais homossexuais do sexo masculino e os princípios da igualdade e da não discriminação.	74
3.3. Os Direitos Fundamentais de constituir família e de procriar	80
3.4. A gestação de substituição noutros países	84
3.4.1. Países que proíbem a gestação de substituição.....	86
3.4.2. Países que permitem a gestação de substituição	89
3.4.3. Sistemas Mistos	92
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99
FONTES DOCUMENTAIS	107

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos de Homem

FIV – Fertilização *in vitro*

GIFT – Transferência Intratubária de Gametas

ICSI – Injecção Intracitoplasmática de Esperma

ILGA - Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais

LGBTQIA - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexuais e Assexuais

LPMA – Lei da procriação medicamente assistida

OMS – Organização Mundial de Saúde

PMA – Procriação medicamente assistida

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TET – Transferência Intratubária de Embriões

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

ZIFT – Transferência Intratubária de Zigotos

INTRODUÇÃO

As inovações científicas revolucionaram o Direito da Família, especialmente com o desenvolvimento das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Anteriormente, a família era tradicionalmente formada pelo casamento entre um homem e uma mulher, com filhos concebidos por meio do ato sexual entre os cônjuges. No entanto, ao longo do tempo, o conceito de família passou por várias transformações, assim como as possibilidades de gerar filhos foram ampliadas, ganhando novas proporções com os avanços científicos.

As técnicas de PMA eclodiram como uma possibilidade real para aquelas pessoas que desejavam um projecto parental com descendentes genéticos, entretanto enfrentavam dificuldades reprodutivas. Com a intensificação do uso desses métodos, ocorreram significativas mudanças na forma de composição das entidades familiares, principalmente no âmbito da filiação, o que originou um novo paradigma de arranjo familiar que rompeu com antigos padrões, como o da filiação estritamente biológica, decorrente do ato sexual.

Portugal tratou do assunto através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, chamada Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA), e dez anos depois, em 2016, através de uma alteração a esta Lei, passou a permitir a prática da gestação de substituição, inicialmente proibida de forma expressa. Não obstante, vale ressaltar que, como se explanará no primeiro capítulo deste estudo, apesar das alterações legislativas subsequentes, a gestação de substituição atualmente não está a ser praticada em Portugal, por ausência de regulamentação específica que permita a sua efetiva aplicação.

De acordo com o referido diploma legal, em seu artigo 8.º, n.º 1, trata-se da “situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”. Este é o instituto que mais gera polémicas e discussões no âmbito da procriação medicamente assistida, sejam de ordem ética, religiosa ou jurídica.

No que diz respeito às pessoas que podem se utilizar destas técnicas, chamados beneficiários, o n.º 1 do artigo 6.º, da LPMA elenca os casais heterossexuais, ou de duas mulheres, que estejam casados ou vivam em condição equivalente à de cônjuges, e quaisquer mulheres, independentemente de seu estado civil ou orientação sexual.

Diante deste rol, facilmente se visualiza que não foram contemplados os casais homoafetivos formados por dois homens. Porém, tal exclusão levanta questionamentos sobre a igualdade, a não discriminação e a dignidade humana, princípios fundamentais consagrados pela Constituição.

Nesse contexto, esta dissertação de mestrado tem como objetivo analisar a questão da exclusão dos casais homoafetivos masculinos do acesso à gestação de substituição, sob a ótica dos princípios da igualdade e da não discriminação. Para tanto, o primeiro capítulo abordará o fenômeno da gestação de substituição, apresentando em considerações gerais aspectos de sua evolução histórica em paralelo à evolução do conceito de família e em seguida conceituando o instituto, além de apresentar algumas terminologias utilizadas. Em seguida, será abordado o tratamento dado à matéria pelo ordenamento jurídico português, inicialmente através da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que alterou a LPMA, comentando, posteriormente, a decisão do Tribunal Constitucional que veio a declarar a inconstitucionalidade do regime da gestação de substituição. Por fim, será analisada, ainda neste primeiro capítulo, a questão dos beneficiários e o estabelecimento da filiação de crianças nascidas com recurso a este tipo de contratos.

No segundo capítulo será explorado o tema das famílias homoafetivas e os princípios constitucionais mais relevantes a respeito do assunto, quais sejam: dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação.

O reconhecimento social e legal da homoafetividade em conjunto com outros fatores históricos e sociais, fez com que o conceito de família passasse a ser encarado sob uma perspectiva mais dinâmica. Após muita luta e movimentos sociais da comunidade LGBTQIA+, esse grupo teve aumentada a sua visibilidade social e jurídica, porém, suas demandas ainda encontram muitas dificuldades de concretização, pois inobstante tenham sido reconhecidos direitos de liberdade e não discriminação, ainda existe muito preconceito enraizado.

Assim, após fazer uma breve exposição do curso evolutivo das famílias homoafetivas, o presente trabalho adentrará na seara dos conceitos. Em seguida, no estudo dos princípios pertinentes ao tema, após análise do princípio da dignidade da pessoa humana, será abordada a importância da igualdade perante a lei e da não discriminação como fundamentos essenciais para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. Por fim, serão estudados os avanços legislativos e os marcos jurídicos que reconhecem e protegem os direitos das famílias homoafetivas em Portugal.

No terceiro e último capítulo, será enfatizada a exclusão dos casais de homens do rol de beneficiários da gestação de substituição, demonstrando como tal fato viola os princípios

constitucionais em comento e será desenvolvido também o tema do direito fundamental de constituir família.

A gestação de substituição é uma prática complexa que requer cautela na sua regulamentação, porém, uma vez admitida por lei, não deve haver distinções injustificadas.

O que caracteriza esta prática é o ato de gestar para outrem, assim necessariamente fará parte do processo uma pessoa do sexo feminino que vai ceder temporariamente seu útero para a gestação. Diante de tal, será visto que não há diferença no uso deste mecanismo por um casal homossexual do sexo feminino ou masculino, um casal heterossexual ou, até mesmo, uma pessoa solteira.

A exclusão dos casais homoafetivos masculinos, portanto, gera uma incoerência legal, pois casais de mulheres têm acesso a todas as técnicas de PMA, inclusive à gestação de substituição em casos mais extremos, enquanto os homens são privados desse direito, sem justificativa adequada. A exclusão impede o acesso à gestação de substituição para casais para quem essa técnica é a única opção viável de reprodução com descendentes genéticos, sendo uma afronta à sua dignidade e aos princípios da igualdade e não discriminação, violando também o direito fundamental de constituir família.

É importante ressaltar que este trabalho não se propõe a defender ou criticar a prática da gestação de substituição. O que se argumenta é que a aplicação dos princípios constitucionais não pode ser comprometida através de permissões desiguais a grupos que se encontram em situações semelhantes.

Por fim, será realizada uma breve análise das distintas soluções normativas adotadas por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros no tocante à gestação de substituição, evidenciando o pluralismo jurídico global sobre o tema. O estudo pretende examinar a forma como os diferentes países enfrentam a questão da gestação de substituição, visando contribuir para a compreensão do tema e para a promoção de debates que busquem a equidade, a proteção da dignidade em contextos de diversidade familiar e o respeito aos direitos humanos.

A metodologia de pesquisa adotada neste trabalho foi de natureza qualitativa e para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais, abrangendo obras nacionais e estrangeiras, além da legislação correspondente. As pesquisas bibliográficas permitiram explorar uma ampla gama de materiais escritos, como livros, artigos científicos e dissertações, que tratam das temáticas abordadas. Essas fontes foram fundamentais para compreender o contexto histórico, os debates teóricos e os avanços legislativos relacionados ao assunto. Autores renomados e especializados na área do Direito da Família, dos Direitos

Humanos e do Direito das Diversidades foram consultados, enriquecendo o embasamento teórico do trabalho.

CAPÍTULO 1 - A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

1.1. Considerações Iniciais

Desde a Antiguidade e até às codificações civis modernas, a família teve, durante séculos, um modelo padrão, sendo formada através do matrimônio entre um homem e uma mulher, e os filhos eram provenientes do ato sexual entre os cônjuges. A maternidade era considerada sempre certa – *mater semper certa est* –, e atribuída à mulher que dava à luz. A paternidade, por sua vez, era decorrente de uma presunção em relação ao homem que casado fosse com aquela que deu à luz à criança, presunção essa que permanece disposta no ordenamento jurídico português, conforme o artigo 1826.º do Código Civil (CC).

Assim, conforme ensina Diogo Leite de Campos, na determinação da maternidade e da paternidade a regra assentava no respeito à verdade biológica. A intenção da lei era que os pais jurídicos coincidissem com os pais naturais, ou seja, “a mãe será aquela de cujo ventre o filho nasceu; o pai será aquele cujo espermatozoide fecundou o óvulo”¹.

Não se pensava na possibilidade de uma forma de procriação independente de uma relação sexual. Ademais, a ideia de uma pessoa poder gestar uma criança formada através de material de genético de outra mulher, carregando-a nove meses em seu ventre, era algo inimaginável.

No entanto, os avanços científicos causaram grande impacto nesta seara, possibilitando o que antes era impossível ou, ao menos, impensável. O conceito de família foi remodelado com o passar do tempo, para se adequar à realidade social, e a possibilidade de se gerar filhos ganhou novos contornos através dos progressos da ciência.

A deficiência reprodutiva é um problema que, desde sempre, assola aqueles que dela sofrem. O desejo de se efetivar um projecto parental com descendência genética é uma vontade/necessidade comum à maioria dos casais, e até pessoas solteiras, pois trata-se de uma

¹ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 321. ISBN: 9789724009933.

forma de realização pessoal. É o desejo de perpetuação da espécie, de imortalizar a herança genética da família.

Assim, na busca incessante do ser humano de superar barreiras, as técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA), ao permitirem a modificação do processo natural de reprodução humana, irromperam como uma alternativa para aquelas pessoas que objetivavam um projecto parental com descendentes genéticos, porém eram incapazes, por razões fisiológicas, de conceber e gestar naturalmente.

O surgimento desses métodos de concepção acarretou a formação de um novo modelo de estrutura familiar, quebrando antigos padrões, como a filiação estritamente biológica, fundada no acto sexual², o qual, a partir de então, tornou-se prescindível.

A PMA consiste num conjunto de procedimentos que objetivam a formação de um embrião humano, sem a necessidade da prática do acto sexual.³ Dentre estes, podemos enumerar a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* (FIVETE), a transferência intratubária de gametas (GIFT), zigotos (ZIFT) ou embriões (TET) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Conforme redação do artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, caberá ao médico responsável a recomendação da técnica mais adequada ao caso concreto.

Como bem explica Jorge Duarte Pinheiro, “a IA consiste na introdução de espermatozoides nos órgãos genitais femininos sem ser por intermédio de cópula. Na GIFT, óvulos e espermatozoides, previamente preparados em laboratório, são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo a que aí se dê a sua fusão. No que toca às técnicas de fecundação extracorporal, a FIVETE⁴ consiste na inseminação laboratorial de ovócitos previamente recolhidos e na transferência dos embriões assim obtidos para o útero. A ICSI também envolve a transferência de embriões para o útero, mas distingue-se da FIVETE, na medida em que a obtenção de embriões é conseguida mediante a introdução de um único espermatozoide no interior do ovócito, mais precisamente, no próprio citoplasma ovocitário”⁵.

A transferência intratubária de zigotos (ZIFT) e a transferência intratubária de embriões (TET) também são técnicas em que a inseminação dos ovócitos é feita *in vitro*, porém, os

² MARTINS, Flavio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; CARVALHO, Beatriz Santos. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. **Âmbito Jurídico**. [Em Linha]. Ano XII, n.º 69, (outubro, 2009). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&re%20vista_caderno=6 ISSN 1518-0360.

³ CASTRO MENDES TEIXEIRA DE SOUSA *in* PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 47.

⁴ Cabe ressaltar que na edição desta obra o autor ainda usa a sigla FIVETE para a tratar da Fertilização *in vitro*, porém, ela foi modificada posteriormente e a literatura passou a se utilizar da sigla FIV.

⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 49.

produtos de concepção são transferidos para as trompas de falópio, e não para o útero. No caso da ZIFT, são transferidos zigotos, ou seja, óvulos fertilizados, porém, que ainda não originaram embriões e no caso da TET, são transferidos embriões já formados⁶.

Ademais, para uma melhor compreensão do presente trabalho, vale mencionar que a fertilização assistida pode ser executada com a utilização de células reprodutoras do casal que vai ser submetido à técnica, ou com gametas de terceiros dadores. Nisso reside a diferença entre os processos homólogos e heterólogos: Quando os gametas são oriundos do próprio casal, a técnica de fertilização assistida será homóloga. Nos casos em que se recorre a um terceiro dador, por sua vez, o processo será heterólogo. Esta diferenciação é de grande importância pois repercute, principalmente, no estabelecimento da filiação, conforme estudaremos em tópico à frente.

Com a progressão do uso desses mecanismos de PMA, ocorreram diversas mutações na composição e formatação das entidades familiares, especialmente no que diz respeito à questão da filiação, surgindo, assim, um novo paradigma de estrutura familiar, rompendo com antigos padrões⁷.

Deste progresso resultou a difusão da prática que se convencionou chamar “gestação de substituição”. Sob o prisma filosófico, esta prática implica em uma redefinição do que anteriormente estava limitado ao âmbito natural ou restrito ao domínio da natureza, sem qualquer intervenção social. Isso significa que ao recorrer a técnicas de reprodução assistida e práticas como a gestação de substituição, o ser humano converte algo que estava originalmente dentro do domínio da natureza em uma questão social, uma vez que ele pode intervir diretamente nesse processo, de acordo com seus próprios desejos⁸.

Para a professora Stela Barbas, em razão desta revolução biotecnológica, com as tentativas do ser humano de mudar o curso da evolução da espécie, um dos grandes desafios do século XXI tornou-se a manutenção das raízes da identidade pessoal e genética, diante das possibilidades trazidas pela ciência. Segundo ela, a ciência caminha num ritmo frenético, nem sempre havendo tempo hábil para permitir uma ponderação dos interesses envolvidos.⁹

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p.50.

⁷ MARTINS, Flavio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; CARVALHO, Beatriz Santos. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. **Âmbito Jurídico**. [Em linha]. Ano XII, n.º 69, (outubro, 2009). Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-69/maternidade-de-substituicao-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-no-direito-comparado/>.

⁸ MOREIRA, Raquel Veggi; REIS, Verusca Moss Simões dos. Gestação de substituição: Implicações filosóficas e redefinição da noção de maternidade. **Em Construção: arquivos de epistemologia histórica e estudos de ciências** [Em linha]. N.º 6 (2019), p. 259. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/emconstrucao.

⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **O Direito da Família Português: algumas características**. In Jornadas de Direito Comparado, Portugal/Marrocos, ISMAT / *Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agadir*, 2013, p. 72.

A partir de então, a regra segundo a qual a maternidade resulta do facto do nascimento, ou seja, do parto, consagrada no artigo 1796.º, n.º 1 do CC, deixa de ser pacífica e passa-se, então, a questionar se a mãe é a mulher que tem o parto, a mulher que forneceu os ovócitos ou aquela que pretende o filho.¹⁰

Em realidade, a prática da gestação de substituição é muito antiga, e não surgiu apenas a partir do avanço da ciência e descoberta das técnicas de PMA. Porém, é verdade, foi, a partir destas, aprimorada e difundida, especialmente com o surgimento dos processos heterólogos de fertilização assistida.

A gestação de substituição remete à Antiguidade, e, como exemplos, vale citar as histórias bíblicas de Sarai e Abrão e a de Raquel e Jacob. Já nessa época, o problema da infertilidade atormentava muitas mulheres¹¹, sendo considerado como uma maldição na vida daquela pessoa, e provocando um forte sentimento de impotência, incapacidade e inferioridade.

Sarai, esposa de Abrão, não podia gerar filhos. O casal tinha uma serva de origem egípcia chamada Agar. Diante de sua esterilidade, Sarai entregou a escrava Agar a seu marido e pediu que Abrão a tomasse por mulher, para que, através dela, o casal tivesse filhos.¹²

Semelhante é a história de Raquel, que, por não poder ter filhos, ofereceu a seu esposo Jacob, sua serva Bila: "Aqui está Bila, minha serva. Deite-se com ela, para que tenha filhos em meu lugar e por meio dela eu também possa formar família". Por isso ela deu a Jacó sua serva Bila por mulher. Ele deitou-se com ela, Bila engravidou e deu-lhe um filho. Então Raquel disse: "Deus me fez justiça, ouviu o meu clamor e deu-me um filho". Por isso deu-lhe o nome de Dã.¹³

Em ambos os casos a mulher infértil acorda com o marido que ele deve ter relações fecundantes com uma outra mulher, e considera que a criança que vier a nascer será considerada filha do casal.¹⁴

Assim, percebe-se que este acordo, que trata da colaboração reprodutiva entre um casal e uma outra mulher, remonta os tempos antigos e, na sua forma mais moderna, através do uso das técnicas de PMA, já tem muitos anos. O que muda é que, inicialmente, as mulheres que cediam seu útero eram também as mães genéticas das crianças.

¹⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de Direito de Família: Volume II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 59.

¹¹ Uma vez que, nessa época, embora atualmente nos pareça absurdo, o problema da infertilidade era sempre atribuído à mulher, nunca ao homem.

¹² **Bíblia Sagrada**, Livro de Gênesis, Cap. XVI, vers. 1-4.

¹³ *Idem*, Cap. XXX, vers. 1-6.

¹⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 11.

Nesse sentido, Guilherme de Oliveira¹⁵ registra, no que se refere aos antecedentes do fenômeno em comento, que por volta do ano de 1955 nos EUA, pessoas pagavam milhões de dólares para ter uma criança, utilizando-se de prostitutas para conceber os filhos e entregá-los após o nascimento. Registre-se que, nessa época, havia uma quantidade suficiente de crianças adotáveis em relação ao número de casais inférteis que pretendiam um filho.

O primeiro caso de grande repercussão mundial e a primeira vez que a justiça americana analisou um evento envolvendo um contrato de maternidade por substituição, foi o caso do “Baby M”. No ano de 1985, o casal Stern, por haver dificuldades reprodutivas, celebrou com a pessoa de Mary Beth Whitehead um contrato de gestação de substituição. Segundo o acordo, esta mulher seria inseminada artificialmente com espermatozoides do elemento masculino do casal Stern e suportaria a gestação em favor destes. Quando do nascimento, se comprometeu a entregar o bebê, encerrando seu poder parental com relação a ele, e permitindo a adoção do mesmo pela pessoa de Elizabeth Stern, tornando-o filho jurídico do casal. Como pagamento, Mary Beth receberia o valor de dez mil dólares¹⁶.

Ocorre que, após o nascimento, ela se arrependeu e abandonou a intenção de entregar definitivamente a criança. Inconformado, o casal Stern procurou a Justiça e, em primeira instância o contrato foi reputado válido e a criança foi entregue ao pai genético, sendo inclusive autorizada a adoção por parte de sua esposa.

Porém, em sede de recurso, a Suprema Corte de New Jersey concluiu pela invalidade do contrato, determinando que a criança seria entregue àqueles que reunissem as melhores condições de criá-la¹⁷. O bebê foi entregue ao casal Stern, porém Mary Beth mantinha os poderes parentais.

Muito embora anos já tenham se passado, as discussões acerca dessa questão continuam, e o tema segue gerando polêmicas. Nesse caso do “Baby M”, acima narrado, vale ressaltar que, além do útero, Mary Beth cedeu também seus ovócitos, sendo a mãe biológica da criança, apesar de não ter, ao menos inicialmente, um projeto parental.

Nos últimos anos, a procura pela realização de negócios jurídicos de gestação de substituição cresceu de forma mais acelerada. O surgimento e aprimoramento das técnicas de PMA foram um grande propulsor desta popularização. A inseminação artificial tornou a

¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 14.

¹⁶ BARBOSA, Marina Pepe Ribeiro. **Maternidade por substituição**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2012. [Em linha]. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Marina%20Pepe%20Ribeiro%20Barbosa.pdf.

¹⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 147.

gestação de substituição uma possibilidade mais atrativa e a fertilização *in vitro*, não somente possibilitou a ruptura dos laços genéticos entre a gestante e o bebê, como tornou possível a criação de uma ligação genética entre a mãe intencional e a criança¹⁸.

Em paralelo, a maior aceitação das novas configurações familiares fez com que a procura por esse tipo de transação aumentasse. Ademais, houve um aumento expressivo nas taxas de infertilidade, fenómeno multifatorial que pode ser atribuído, entre outros aspectos, ao adiamento da maternidade por razões de ordem profissional, ao envelhecimento natural da população em idade reprodutiva, a doenças do aparelho reprodutor como a endometriose e a síndrome do ovário policístico, bem como às consequências de tratamentos médicos invasivos, como a quimioterapia e a radioterapia.

Soma-se a essa conjuntura, a crescente visibilidade e afirmação social de casais homoafetivos com intenções parentais, bem como o exercício da autonomia reprodutiva por indivíduos solteiros, fatores que também contribuem para a ampliação da demanda por esse tipo de contrato.

Ainda que a adoção se apresente como uma via legítima para a concretização do projecto parental por parte daqueles que enfrentam obstáculos à gestação natural, como pessoas inférteis, casais homoafetivos ou indivíduos que optam por constituir família de forma monoparental, muitos acabam por privilegiar a gestação de substituição. Essa preferência justifica-se, de um lado, pela possibilidade de estabelecer um vínculo genético com a prole, e, de outro, pelas dificuldades inerentes aos procedimentos adotivos, frequentemente marcados por longos trâmites e exigências burocráticas. Além disso, existem as incertezas com relação às crianças disponíveis para adoção, no que concerne a características, saúde e passado das mesmas¹⁹.

A este respeito, José de Oliveira Ascensão opina que a gestação de substituição realizada através da PMA heteróloga é uma forma de manipulação da vida que causa muitos conflitos existenciais e que a adoção seria eticamente muito mais valiosa, uma vez que existem milhares de crianças abandonadas que poderiam ser resgatadas por essas famílias²⁰.

¹⁸ *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements. Conferência de Haia de Direito Internacional Privado*. [Em linha]. (março, 2012). Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> p.6.

¹⁹ SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: A ordem pública internacional e o melhor interesse do menor**. [Em linha]. Brasília, 2020. p.10. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, apresentada à Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e Direito de Paternidade. In **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 358.

Em seu parecer n.º 63, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNEVC) a respeito de projetos de lei que tratam da PMA e gestação de substituição recomendou “a promoção de medidas que promovam a adoção e a simplificação dos respectivos processos”.

Trata-se de um fenómeno ainda muito polémico e discutido, em relação a todos os seus aspectos, especialmente, em razão dos valores e princípios que envolve. Porém, embora não seja algo pacífico e totalmente aceite, é uma prática que muitas pessoas buscam para atender a seus anseios, para realizarem-se e construírem uma família. A partir de agora passaremos a tratar do conceito e das diferentes terminologias relativas a esta prática para, em seguida, explicitar a evolução da legislação referente ao assunto em Portugal. Nesta seara, muito debate ainda acontece e as discussões estão longe de serem esgotadas, pois o direito português ainda não obteve êxito em regulamentar o instituto em todos os seus aspectos e ressaltando todas as suas nuances de forma satisfatória.

1.2. Conceito e terminologias

De forma mais abrangente, a gestação de substituição seria o fenómeno de gestar para outrem.²¹ Essa noção genérica, engloba os casos bíblicos comentados neste trabalho, em que as mulheres ofereceram as servas a seus maridos, independente de manifestação de vontade das mesmas. Atualmente, porém, esta prática vem embasada num compromisso entre as partes, além de se operar, principalmente, através do recurso a técnicas de PMA, razão pela qual mais adequado seria um conceito mais restrito.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que foi aprovada no ordenamento jurídico português com o intuito de regulamentar o uso das técnicas de PMA, ao tratar sobre o instituto da gestação de substituição, a definiu, de forma sucinta, em seu artigo 8.º, como sendo a “situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”²².

Conforme leciona Isilda Pegado, este instituto pode ser definido como um “processo de reprodução artificial em que uma mulher cede o seu útero para que nele seja implantado um

²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 136.

²² LEI n.º 32/2006. Regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) **Diário da República I Série**, n.º 143 (26-07-2006). p. 5245-5250.

óvulo já fecundado, comprometendo-se a gerar uma criança e a entregá-la, no final da gestação, à dadora do óvulo ou a uma terceira pessoa que lhe encomenda tal gestação”²³.

Stela Barbas, por sua vez, define como sendo casos em que “a mulher que se obriga por contrato a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois do parto”.²⁴

Em complemento, Jorge Duarte Pinheiro, ao definir esta prática, acrescenta que, além de suportar uma gravidez por conta de outrem e entregar a criança após o parto para outra mulher, a gestante deve reconhecer a esta a qualidade jurídica de mãe²⁵.

Ainda conforme ensinamentos do mesmo autor, a gestação de substituição, sob o ponto de vista do casal beneficiário, compreende três etapas: negociação, celebração do acordo e cumprimento da obrigação. Já pela perspectiva da gestante de substituição, a última etapa, do cumprimento da obrigação, seria subdividida em quatro fases, quais sejam: concepção ou implantação de embrião, gravidez, parto, e entrega da criança à mãe de recepção, reconhecendo que esta é a detentora da qualidade jurídica de mãe²⁶.

O que efetivamente identifica uma gestação de substituição é a reprodução para outra pessoa. Assim, uma mulher infértil, que não produza ovócitos, mas que tenha um projecto parental e seja capaz de gestar e gerar uma criança, recebendo para tanto os gametas de uma outra, não reflete uma gestação de substituição, e sim uma dação²⁷.

No que concerne às modalidades de gestação de substituição, podemos considerar a existência de duas. Na primeira delas existe a prática do ato sexual e, portanto, existe um laço genético entre o bebê e a gestante. Na segunda, a concepção se dá através de uma técnica de PMA. Aqui, pode existir ou não um laço genético entre a gestante de substituição e a criança. Na hipótese de uma inseminação artificial, o ovócito da gestante é inseminado dentro de seu corpo, e, portanto, é utilizado o material genético dela. Fora dessa hipótese, é implantando na gestante um embrião já formado, com células reprodutoras do casal beneficiário ou de terceiros dadores, caso em que nenhuma ligação genética com ela existirá.

Atualmente, esta modalidade em que há um laço genético entre gestante de substituição e bebê está em desuso, sendo a cada dia menos recorrente, inclusive nos países em que é

²³ PEGADO, Isilda. “**Barriga de aluguer**”. [Em linha]. Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.apfn.com.pt/news_detalle.php?id=806.

²⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 144.

²⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 77.

²⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 138.

²⁷ CORREIA, Eufrásia Georgina Neto. **Mater semper certa est? A maternidade de substituição no ordenamento jurídico português**. Tese de Mestrado em Direito. Porto: Faculdade de Direito Universidade do Porto, 9f. Porto, 2015.

permitida. Isso se dá para minimizar a ligação entre a gestante e o bebê, com o intuito de evitar o arrependimento da mesma, obstaculizando o que foi acordado²⁸.

Assim, após analisar as diversas vertentes, podemos definir a gestação de substituição como um acordo de colaboração reprodutiva, em que uma mulher aceita gestar uma criança em favor de outrem, recebendo em seu corpo células reprodutivas daqueles que são os titulares do projeto parental ou de terceiros dadores, quando necessário. Esta mulher se compromete a entregar o bebê após o nascimento, para aqueles com quem celebrou o acordo, reconhecendo-os como pais, e, portanto, abdicando de seus direitos e deveres decorrentes do estado de mãe.

A partir deste conceito, é possível verificar uma grande mudança, que tornou obsoleto o antigo axioma *mater semper certa est*, e, por consequência, o preceituado no n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil Português que estabelece que “Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento”.

No que se refere às terminologias para nomear este fenómeno, existem diversas: maternidade de substituição, gestação de substituição, “barriga de aluguer”, mãe portadora, mãe hospedeira, dentre outras.

Stela Barbas se utiliza dos diversos termos indistintamente, mas, diferencia a mãe portadora da mãe substitutiva. Segundo a autora, a mãe portadora recebe o óvulo já fecundado, enquanto que a mãe substitutiva é inseminada com o esperma puro, contribuindo, portanto, com seu material genético²⁹.

José de Oliveira Ascensão, por sua vez, utiliza a terminologia “gestação para outrem”³⁰ que, segundo ele, define o instituto de forma literal.

Para Jorge Duarte Pinheiro, todavia, nenhuma das designações é perfeita. Segundo ele, ao utilizar a palavra mãe, seja hospedeira, portadora ou de aluguer, se estaria sugerindo que aquela mulher seria mãe temporariamente, apenas durante o período da gestação, e depois deixaria de ser. Porém, a qualidade de mãe somente se verifica após o nascimento da criança. Ademais, o autor considera o termo “mãe de substituição” ambíguo, não estando explícito quem está a substituir quem³¹.

²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 16.

²⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 145.

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Ordem dos Advogados**. [Em Linha] Disponível: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542.

³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 133.

O termo “barriga de aluguer”, como é popularmente conhecida, não é apropriado no ordenamento jurídico português, pois demonstra um juízo de onerosidade, aludindo à possibilidade de uma mulher alugar o seu útero para gestar um filho de outra pessoa, mediante uma contraprestação em dinheiro. Esta onerosidade é repudiada pelo ordenamento jurídico e um contrato com tal objeto, de comercialização do útero, seria nulo por contrariar a ordem pública e os bons costumes.

Utilizando-se da terminologia “gestação de substituição” é possível entender que a gestante não está fornecendo material genético, sendo apenas responsável pela gestação de um embrião formado através de material biológico de outras pessoas. Nesse caso, se pode aferir que ela estaria apenas substituindo a titular do projeto parental na gestação.

Não parece acertada a utilização de uma expressão (maternidade de substituição) que restringe o papel maternal e o compara à atribuição de suportar uma gestação de uma criança pelo período de nove meses. O conceito de mãe é muito mais amplo e engloba muito mais do que o período de gravidez. Também não se resume ao fato de dar à luz a uma criança. Inclusive, vai além dos laços genéticos, adentrando numa esfera muito mais profunda, que envolve amor, cuidado e afetividade.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em seu texto original, proibia a prática em comento e a intitulava “maternidade de substituição”. O legislador, ao alterar esse diploma normativo, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e passar a permitir a celebração de contratos de gestação, modificou o termo e passou a utilizar, de forma acertada, a expressão “gestação de substituição”, mais adequada ao fim a que se propõe.

Este termo deixa de considerar a gestante como mãe, demonstrando de forma mais clara sua função de gestar, carregar a criança em seu ventre, com a finalidade de entregá-la, quando do seu nascimento, à mãe beneficiária, detentora do projeto parental. Uma vez que, em seu texto, a lei em epígrafe trouxe a proibição expressa da utilização do material genético da gestante, isso demonstra ainda mais cabalmente o acerto na alteração da nomenclatura.

Esta foi a posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em seu Parecer n.º 63³², que optou pelas expressões gestação de substituição e gestante de substituição, uma vez que estas “traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer

³² Parecer 63/CNECV/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. **Parecer sobre procriação medicamente assistida e gestação de substituição.** p. 8. 2012. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-sobre-procriacao-medicamente-assistida-e-gestacao-de-sub>.

entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”.

Assim sendo, esta será a terminologia adotada no presente trabalho, por reputar ser a mais adequada, além de estar em consonância com a legislação vigente.

1.3. Regulamentação no ordenamento jurídico português

O ordenamento jurídico português tratou do assunto da gestação de substituição pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, chamada Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA). A referida lei regula as técnicas e trata de outras questões pertinentes à matéria. Muito embora não seja uma técnica de PMA, a gestação de substituição vem regulada neste diploma legal, uma vez que é através da utilização destas técnicas que ela se torna possível.

No âmbito da PMA, a gestação de substituição é a prática que mais gera discussões e controvérsias, seja de índole ética, jurídica ou religiosa. Entre os estudiosos da área era, e para muitos ainda é, considerado um contrato que contraria a ordem pública e uma violação ao valor da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Embora seja um tema já debatido pelos doutrinadores há algum tempo, somente no ano de 2006 recebeu regulamentação pela lei em comento. Em seu texto original, o legislador utilizou-se da nomenclatura maternidade de substituição e optou pela proibição da prática, com a consequente nulidade de quaisquer contratos celebrados a este respeito, seja ele de forma gratuita ou onerosa³³.

Em consequência, conforme redação do número 3 do artigo 8º, no caso de realização de um contrato com este objeto, a gestante, e não a beneficiária/contratante, seria considerada a mãe do bebê que viesse a nascer³⁴.

Prevía ainda o referido diploma legal, em seu artigo 39º, número 1, a punição com pena de prisão de até 2 anos ou pena de multa de até 240 dias, para aquelas pessoas que celebrassem contratos de maternidade de substituição a título oneroso. Com relação ao contrato gratuito, a lei apenas determinava sua nulidade, não havendo responsabilidade criminal prevista.

³³ Art. 8.º, n.º 1, **Lei n.º 32/2006**, de 26 de julho: “São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.”

³⁴ Art. 8.º, n.º 3, **Lei n.º 32/2006**, de 26 de julho: “A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”

Conforme esclarecem Marta Costa e Paula da Silva³⁵, o regime jurídico português não apresenta qualquer permissividade em relação à gestação de substituição gratuita, negando a esta prática quaisquer efeitos jurídicos. Em caso de violação, aplica-se a regra geral do estabelecimento de filiação, prescrita no art. 1796.º, n.º 1 do CC: “relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento”.

Este panorama somente foi modificado no ano de 2016, quando, com a entrada em vigor da terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a prática da gestação de substituição passou a ser aceita, desde que o contrato seja realizado de forma gratuita.

Até esta data, diversos debates ocorreram e alguns projetos de lei foram apresentados sobre o tema, com o intuito de permitir a realização de contratos de gestação de substituição em Portugal, mas nenhum deles foi aprovado. Nesse interim, o CNECV emitiu um parecer (número 63, de 2012) a respeito do assunto, no qual apresentou uma série de recomendações, que deveriam estar presentes numa lei que tratasse do instituto da gestação de substituição, autorizando sua prática no ordenamento jurídico. Dentre elas, podemos citar a possibilidade de revogação do consentimento da gestante a qualquer momento, até o início do parto, e a impossibilidade de a mesma ser dadora de ovócitos quando participe na condição de gestante de substituição.

No ano de 2016 foi apresentado mais um projeto de lei³⁶ com vistas a legalizar a gestação de substituição no país, porém ele foi objeto de veto pelo Presidente da República por considerar que as condições necessárias ao aceite do tema, propostas pelo CNECV, não estavam sendo atendidas naquele texto. Em seguida, o projeto foi reformado e, posteriormente, promulgada a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que operou a terceira alteração da LPMA, trazendo a permissão de celebração de contratos de gestação de substituição.

A referida lei alterou o artigo 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho que, a partir de então, passou a admitir contratos dessa natureza, desde que a título excepcional e gratuito, e desde que ocorra uma das restritas hipóteses previstas, quais sejam: ausência de útero, lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações

³⁵ COSTA, Marta e SILVA, Paula Martinho da. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 166.

³⁶ Decreto n.º 27/XIII, de 13 de maio de 2016. Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396c4e5755785a474d344e6930784d444e6c4c54526d597a51744f574d334d5330334e6d466c4e32497a4d574a694f474d755a47396a&fich=e5e1dc86-103e-4fc4-9c71-76ae7b31bb8c.doc&Inline=true>

clínicas que o justifiquem³⁷. Ademais a nomenclatura utilizada passou a ser “gestação de substituição”, conforme recomendado pelo CNEVC em seu parecer.

Em seu número 1, o artigo 8.º manteve o conceito do texto original, apenas alterando o termo “maternidade” por “gestação”. No número 3, o legislador determinou que a gestação de substituição somente pode ser realizada através de uma técnica de PMA e desde que o embrião implantado seja formado por material genético de pelo menos um dos membros do casal beneficiário, não sendo possível, em nenhuma hipótese, a utilização de ovócitos da gestante.

Desta forma, conforme entendimento de Vera Lucia Raposo, a lei impõe que, existindo dois beneficiários (um casal), pelo menos um deles deve contribuir com seus gametas, para que tenham algum laço genético com a criança. No caso de uma mulher singular, que deseje recorrer à gestação de substituição, poderá fazê-lo, desde que contribua com seus próprios ovócitos e, contanto que preencha os requisitos previstos no número 2 da norma em análise³⁸. No caso de homem singular, a lei não permitiu o recurso a este tipo de contratos, assim como casais homossexuais formados por homens. Trataremos com mais profundidade deste assunto, que, inclusive, é o tema do presente estudo, em tópico a seguir.

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), todavia, possui entendimento diverso, e afirma que “para efeitos da possibilidade de celebração de contratos de gestação de substituição, apenas podem ser considerados como beneficiários os casais heterossexuais ou os casais formados por duas mulheres”³⁹.

O diploma legal em comento, trouxe, ainda, a necessidade de autorização prévia do CNPMA para a celebração de contratos desta natureza, entidade que será responsável pela supervisão de todo o processo.

O Conselho é a autoridade legitimada para “regular, disciplinar e acompanhar a prática da PMA em Portugal, acompanhando a evolução científica e técnica e as suas implicações éticas, sociais e legais”⁴⁰. Ademais, ele também é responsável por elaborar o “contrato-tipo”, que contém os elementos essenciais pertinentes a este tipo de acordo, e funciona como se fosse

³⁷ Art. 8.º, n.º 2, Lei n.º 32/2006, com redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto: “A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.”

³⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 12.

³⁹ Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de outubro do CNPMA. **Interpretação do conceito de beneficiários**. Disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-mandato-II.aspx#:~:text=Delibera%C3%A7%C3%A3o%20n.%C2%BA%2020%2FII,recurso%20a%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o>.

⁴⁰ CNPMA. **Missão e atribuições**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Missao-e-Atribuicoes.aspx>.

uma minuta modelo de contrato, conforme redação do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho.

O Conselho deve supervisionar os contratos, que devem ser elaborados por escrito e, neles devem constar, obrigatoriamente, disposições para os casos de má formação ou doenças fetais, além de prever também os casos de interrupção voluntária da gravidez.⁴¹ Ademais este contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante, nem impor normas que atentem contra seus direitos de liberdade e dignidade.

Em resumo, se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos para que o contrato de gestação seja admitido, e, na ausência de qualquer deles, será considerado nulo. Abaixo listamos os requisitos, conforme apresentados por Vera Lúcia Raposo:

- i) Aprovação prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), após audição da Ordem dos Médicos (artigo 8.º/4);
- ii) Proibição de qualquer pagamento ou doação, excepto despesas de saúde tidas pela gestante (incluindo transportes), devidamente comprovadas por recibo (artigo 8.º/5);
- iii) Forma escrita do contrato (artigo 8.º/10);
- iv) Inclusão no contrato de cláusulas que prevejam as hipóteses de aborto voluntário ou aborto em caso de malformação ou doença do embrião ou do feto (artigo 8.º/10)[11];
- v) Proibição de que as cláusulas contratuais restrinjam o comportamento da gestante ou violem os seus direitos, liberdade e dignidade (artigo 8.º/11).⁴²

Ao determinar a natureza gratuita dos contratos de gestação de substituição, o legislador proibiu aos beneficiários efetuar qualquer tipo de pagamento ou doação para a gestante. Exceção a essa regra são os valores referentes a despesas com acompanhamento de saúde e transportes para tal.

Com relação às pessoas que podem participar na condição de gestante de substituição, a lei determina apenas que, para se submeter a uma técnica de PMA, é necessário ser maior de idade. O legislador não apresentou outras exigências com relação à pessoa da gestante, apenas definindo, além da maioridade, que não pode ocorrer uma relação de subordinação econômica entre gestante e beneficiários, especialmente de natureza laboral ou prestação de serviços. Por

⁴¹ Art. 8.º, n.º 10 da **Lei n.º 32/2006**, com redação dada pela Lei n.º 25/2016: A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.

⁴² RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 13.

exemplo, a gestante não pode ser trabalhadora de uma empresa de propriedade do casal beneficiário ou não pode prestar serviços para ele.

Sobre a determinação da filiação, a grande novidade trazida por este diploma legal é a indicação de que as crianças, cuja gestação foi objeto de contrato dessa natureza, serão consideradas, para todos os efeitos, como filhas dos beneficiários/contratantes⁴³, e não da gestante, como previa anteriormente. Este assunto será abordado com mais profundidade no próximo tópico deste trabalho.

No que diz respeito ao consentimento, o artigo 14.º da lei em comento, determina que deve ser livre e esclarecido, de forma expressa e por escrito, podendo ser revogado livremente até o início dos processos terapêuticos de PMA. Desta forma, apenas até este momento, a lei autoriza que as partes mudem de ideia, tanto a gestante quanto os beneficiários, revogando o consentimento anteriormente prestado e encerrando, assim, o acordo. Através da leitura deste dispositivo, pode-se inferir, portanto que, após o início dos processos terapêuticos nenhuma das partes poderia desistir do acordado, revogando o seu consentimento, devendo cumprir com todas as obrigações constantes do acordo.

Todavia, na prática, sabemos que o ser humano é movido por seus desejos e vontades, que estão em constante modificação. Assim, é bastante possível que haja uma mudança de opinião, de vontade ou até mesmo necessidade, após aquele prazo estipulado pela lei. Todavia, o texto legal não trouxe a solução para estes casos.

Isto torna este tema bastante polêmico, havendo larga discussão a respeito da validade do preceito, no âmbito da gestação de substituição, em face do direito de arrependimento da gestante. Antes do parto, talvez ela ainda não tenha a dimensão do laço que será criado com aquele bebê durante a gestação. Pode ocorrer aquela mulher ter, inicialmente, um projeto altruísta, de suportar uma gravidez com a intenção de entregar a criança após o parto. Porém, posteriormente, durante o período de gestação, se afeiçoar ao bebê e iniciar um projeto parental seu, arrependendo-se da decisão tomada inicialmente, antes de ter aquele embrião se desenvolvendo em seu ventre.

Este ponto foi tratado no Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional (TC), tendo sido considerado que o fato de se obrigar a gestante de substituição a cumprir um contrato com interesses que já não compactua mais, seria uma forma de instrumentalizá-la, violando sua dignidade. Segundo o referido tribunal, é necessário garantir o direito de escolha desta mulher, através da livre revogabilidade do seu consentimento prestado, até o momento final de

⁴³ Art. 8.º, n.º 7 da **Lei n.º 32/2006**, com redação dada pela Lei n.º 25/2016: “A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.”.

cumprimento das obrigações a que se comprometeu, reconhecendo a ela a possibilidade de assumir para si mesma, por laços constituídos durante a gestação, um projeto parental inicialmente desenvolvido para o casal beneficiário⁴⁴.

Em posição diversa, Vera Lúcia Raposo afirma que qualquer das hipóteses, admissão ou proibição do arrependimento da gestante após parto, seriam aceitáveis, “desde que ambas as partes estejam integralmente esclarecidas dos riscos e obrigações que assumem ao celebrar um contrato deste tipo”. Aduz ainda que, apesar deste entendimento, se inclina mais pela solução legal de recusa a este direito de arrependimento se a gestante não possui vínculos genéticos com a criança, como é o caso das hipóteses legalmente aceitas⁴⁵.

Finalmente, o artigo 39.º, da lei em comento, estabelece as sanções a serem aplicadas em caso de ilícito criminal. Aqui, a grande inovação desse texto legal é que a punibilidade alcança, além daquelas pessoas que celebram contratos de gestação de substituição de forma onerosa, também aqueles que o fazem de forma gratuita, mas fora dos casos permitidos pela lei. Para este segundo caso a pena é menos severa. Uma outra novidade é que o legislador optou por diferenciar as condutas dos beneficiários, da gestante e de terceiros que promovem contratos ou se beneficiam economicamente destes, sendo punidos com sanções diferentes.

No ano seguinte, através do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, ocorreu a regulamentação da gestação de substituição. O advento desta lei trouxe para Portugal muitos casais estrangeiros, especialmente espanhóis, com o intuito de celebrarem contratos de gestação de substituição, tendo em vista que “o decreto-regulamentar não limitou o acesso aos cidadãos nacionais. Portanto, quer os beneficiários quer a gestante podem ter nacionalidade estrangeira, desde que cumpram os requisitos legais”⁴⁶.

A aprovação da lei em comento foi objeto de inúmeras críticas, por razões diversas como a falta de regulamentação sobre o estabelecimento da filiação nos casos de descumprimento ou nulidade contratual, a questão do arrependimento da gestante após o parto, lacunas na lei a respeito das cláusulas contratuais necessárias e suficientes para um contrato com esta importância, a falta de proteção adequada aos direitos da gestante e criança a nascer, dentre outras.

⁴⁴ Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 23.

⁴⁶ COUTINHO, Diana. **Um parto difícil: Da (in) constitucionalidade da gestação de substituição**. [Em Linha]. Braga, 2018. Universidade do Minho. Escola de Direito. Disponível em <https://www.direito.uminho.pt/pt/Sociedade/PublishingImages/Paginas/Atualidade-Juridica/Um%20parto%20dif%C3%ADcil%20-%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

Muito embora a gestação de substituição esteja calcada num contrato, regulado pelo direito dos contratos, envolve muitas questões específicas e delicadas, relacionadas ao estado de pessoas e ao Direito de Família. Por isso, exige uma regulamentação mais completa e precisa, com o intuito de salvaguardar os direitos e interesses das partes envolvidas, especialmente o melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana.

Com o advento desta lei, o Legislativo apenas autorizou a celebração de contratos de gestação de substituição, determinou as condições em que os mesmos podem ser admitidos e impôs uma série de proibições, trazendo preceitos escassos e dúbios. Não houve, no texto legal, uma regulamentação precisa de seus contratos, de forma que o regime ficou muito aberto às decisões das partes e ao direito dos contratos.

Embora exista o princípio da liberdade contratual, presente no direito dos contratos, algumas questões necessitam de regulação mais precisa e consistente, uma vez que se trata de contrato *sui generis*, envolvendo direitos e interesses muito delicados. Conforme afirma Vera Lúcia Raposo, “prever uma figura jurídica e impor-lhe um par de proibições não é regulamentá-la e estes contratos, pela sua especial sensibilidade e pelos direitos e interesses envolvidos, mereceriam (e necessitariam) tal regulamentação”⁴⁷.

No ano de 2017, um grupo de deputados solicitou a fiscalização da constitucionalidade da LPMA, com redação das Leis n.º 25/2016, de 22 de agosto e n.º 17/2016, de 20 de junho. Foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 8.º da LPMA, e demais normas referentes à gestação de substituição presentes nesta lei, além de alguns outros preceitos que não serão objeto do presente estudo, com fundamento na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade e por descumprimento do dever do Estado de proteção à infância⁴⁸.

No que tange ao objeto do presente estudo, o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 225/2018, de 07 de maio, veio a declarar a inconstitucionalidade de quase todo o texto do artigo 8.º da LPMA. A decisão, todavia, não operou efeitos retroativos com relação aos contratos com execução iniciada.

Em sua fundamentação, o TC considerou que a gestação de substituição, por si só, não configura uma violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, seja do ponto de vista da gestante ou da criança, e não viola o dever do Estado de proteção da infância. Todavia,

⁴⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 10.

⁴⁸ Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

considerou inconstitucional a limitação ao direito de arrependimento da gestante (até o início dos processos terapêuticos), ponderando que este deve ser garantido na sua “extensão temporal máxima”, ou seja, até o momento de entrega do bebê aos beneficiários que celebraram o contrato. Para que seja garantida a dignidade da gestante, o seu consentimento prestado deve se manter atual ao longo de todo o processo, tendo em vista a imprevisibilidade do que pode ocorrer durante o período de gestação e, até mesmo, no parto.

Fundamentou sua decisão, também, na acentuada indeterminação da lei, considerando-a silente sobre matérias referentes a interesses fundamentais que estão em causa num contrato de gestação, não oferecendo medidas jurídicas suficientes que estabeleçam as regras de conduta para beneficiários e gestante, e que fixem os critérios de autorização prévia dos contratos em que o CNPMA deve se embasar.

Ademais, o TC, em sua decisão, condenou a ausência de regulamentação apropriada do regime de nulidade dos contratos de gestação de substituição. A previsão de um mero regime de nulidade para hipóteses de violação das regras contidas na LPMA, sem estatuir minuciosamente eventuais consequências que possam derivar deste contrato nulo, especialmente no que diz respeito à filiação da criança que vier a nascer, poderá violar gravemente o seu superior interesse.

Após esta decisão, o recurso a contratos de gestação de substituição foi suspenso, ressalvados, como acima mencionado, os contratos que já haviam iniciado, até que as necessárias alterações em seu texto fossem realizadas, adequando o regime aos princípios e direitos fundamentais.

Em dezembro de 2021 foi publicada no Diário da República a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, alterando o regime de acesso à gestação de substituição, em face da declaração de inconstitucionalidade operada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 225/2018, de 07 de maio. Dentre as modificações em seu texto, podemos citar o arrependimento da gestante, que passa a ser possível até o momento de registro da criança e a garantia do direito à interrupção voluntária da gravidez. Ademais, além da Ordem dos Médicos, passa a ser necessário um parecer da Ordem dos Psicólogos para a autorização da celebração dos contratos. Com relação à gestante de substituição, o novo regramento determina que deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe.

A referida lei entrou em vigor na data de 01 de janeiro de 2022, porém até o momento encontra-se inaplicável, uma vez que ainda não foi regulamentada.

1.4. Os Beneficiários

Beneficiários, num contrato de gestação de substituição, são aquelas pessoas que a este recorrem, pois têm um projeto parental, desejam ter filhos, com descendência genética, mas, por algum impedimento biológico, estão impossibilitadas de tal intento, não sendo a eles viável uma gravidez, seja por uma doença, ausência de útero, ou outra razão análoga.

Para muitas pessoas que vivem estes tipos de problemas, existe a intenção muito forte, como forma de realização pessoal e sentimento de perpetuação da espécie e continuação da família, de ter laços genéticos com os futuros filhos. Ademais, muitos sonham com o acompanhamento da gestação, formação e desenvolvimento do bebê. Por estes e outros motivos, muitas destas pessoas não consideram a adoção como a opção mais adequada, e, por isso, recorrem aos contratos de gestação, no qual uma outra mulher, que não faz parte da relação familiar, se dispõe a gestar o futuro filho daquele casal, que poderá acompanhá-lo, desde sua concepção, até o nascimento, além de partilhar com ele laços genéticos.

Como já explicitado anteriormente no presente estudo, a LPMA inicialmente não aceitava a gestação de substituição, considerando nulos os contratos celebrados. Em sua redação inicial, ao tratar das técnicas de PMA, trazia como beneficiários as pessoas casadas, desde que não estivessem separadas judicialmente ou de facto, ou aquelas pessoas que vivessem em condições análogas à dos cônjuges há pelo menos dois anos, desde que fossem de sexos diferentes⁴⁹. Os casais formados por pessoas do mesmo sexo e as pessoas singulares estavam excluídos do acesso a técnicas de PMA.

Na visão da época, uma família biparental e tradicional, ou seja, formada por um casal heterossexual e baseada no casamento, ou no máximo, vivendo em condições análogas a este, teria melhores condições de proporcionar a uma criança um ambiente familiar saudável e “normal” do que uma família monoparental ou homoafetiva. Segundo Jorge Duarte Pinheiro, “o modelo familiar tido como juridicamente desejável para o filho menor é aquele em que este tem dois progenitores”.⁵⁰ Diogo Leite de Campos, por sua vez, afirma que existe um “interesse evidente do filho em viver no seio de uma família completa e não, unicamente, unilinear”⁵¹.

⁴⁹ Art. 6.º, n.º 1, **Lei n.º 32/2006**, versão original: Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

⁵⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p.71.

⁵¹ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito de Família e das Sucessões**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008 p. 320.

Com o advento da segunda alteração à LPMA, através da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, foram incluídos no rol de beneficiários os casais homossexuais do sexo feminino e as mulheres solteiras.

Atualmente, o n.º 1 do artigo 6.º da LPMA, utilizando-se da epígrafe Beneficiários, determina que podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida os casais formados por pessoas de sexos distintos ou por duas mulheres, que sejam casados ou que vivam em condições análogas à dos cônjuges, assim como qualquer mulher, de forma singular, independente de ser casada ou da sua orientação sexual.

A redação do n.º 3 do artigo 8.º desta mesma lei, por sua vez, estabelece que a gestação de substituição somente pode ser autorizada através de uma técnica de PMA, sendo necessária a utilização de gametas de pelo menos um dos beneficiários, e proíbe a gestante de contribuir com seus ovócitos no processo em que é parte. Aqui, a utilização do termo “beneficiários” remete ao preceito acima referido (n.º 1 do artigo 6.º).

Embora alguns autores possuam entendimento diverso, como é o caso de Vera Lúcia Raposo⁵², o CNPMA, em sua Deliberação n.º 20-II/2017, considerando que a gestação de substituição não é uma técnica de PMA e, ainda, seu caráter excecional, afirma que o conceito de beneficiários, nessas situações, não coincide com aquele apresentado para os demais casos de aplicação de técnicas de PMA. Segundo o Conselho, a referência ao termo “beneficiários” no número 3 do artigo 8.º, não seria uma remissão para o conceito global do artigo 6º, devendo o conceito ser compatibilizado. Através de tal compatibilização, considera como beneficiários no âmbito dos contratos de gestação de substituição, apenas casais heterossexuais ou formados por duas mulheres, casados ou que vivam em condições análogas à dos cônjuges, excluindo assim, além dos casais homoafetivos formados por dois homens e homens de forma singular, a mulher singular que busca tal intento.

Nesta deliberação, o Conselho destacou que a gestação de substituição foi idealizada para situações excepcionais e com requisitos de admissibilidade bastante rigorosos. Ademais, veio a ser admitida no ordenamento jurídico português apenas com a alteração da LPMA dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e, portanto, após a definição de “beneficiários” das técnicas de PMA dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. Assim, segundo este órgão, “as

⁵² Cf. página 13 do presente trabalho. Conforme entendimento da autora, a referência ao termo beneficiários consiste numa remissão global ao art. 6.º, n.º 1 da LPMA, considerando ela que tanto casais, heterossexuais ou formados por duas mulheres, poderiam recorrer à contratos de gestação de substituição, quanto mulheres de forma singular. Casais formados por dois homens e homens de forma singular, estão excluídos pela lei.

normas que a regulam situam-se numa relação de especialidade para com os restantes comandos legislativos que regulam a PMA.”⁵³

O Tribunal Constitucional ainda não se posicionou sobre esta matéria, com o intuito de definir se todos os “beneficiários” referidos no artigo 6.º, n.º 1, da LPMA são igualmente “beneficiários” para efeitos do disposto no artigo 8.º e demais preceitos a ele relacionados, como é o exemplo dos artigos 14.º, n.º 6, 16.º, n.º 1, ou 30.º, n.º 2, alínea p).⁵⁴

Cabe destacar aqui que a lei, ao tratar dos beneficiários, em violação a princípios fundamentais, como o da igualdade, excluiu os casais homoafetivos formados por dois homens (e também os homens singulares, para aqueles que entendem que todos os beneficiários contidos no artigo 6.º seriam os possíveis beneficiários de um contrato de gestação de substituição). Esta é uma matéria extremamente controversa, que será discutida no terceiro capítulo deste trabalho.

1.5.O estabelecimento da filiação

O estabelecimento da filiação de crianças oriundas de processos de gestação de substituição é um tema delicado, passível de suscitar infindáveis discussões. Sobre o assunto, pertinentes os seguintes questionamentos apresentados por Diogo Leite de Campos em sua obra *Lições de Direito da Família e das Sucessões*: “E quem é a mãe? Aquela de cujo ventre sai a criança? Privilegiar-se-iam as mães de substituição. Aquela que cedeu o óvulo? Penalizar-se-iam, eventualmente, as generosas doadoras de óvulos a mulheres estéreis. A quem pertence a criança quando uma mulher traz no útero um nascituro, gerado com células de um homem (talvez do marido, talvez de terceiro...) e de outra mulher, destinado a outro casal (ou a outro homem, ou a outra mulher) que nada tem a ver com os anteriores?”⁵⁵

⁵³ Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de outubro do CNPMA. **Interpretação do conceito de beneficiários.** Disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-mandato-II.aspx#:~:text=Delibera%C3%A7%C3%A3o%20n.%C2%BA%2020%2FII,recurso%20a%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o>. p. 5.

⁵⁴ Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

⁵⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 333.

Segundo a professora Stela Barbas⁵⁶, o estabelecimento da filiação se baseia, via de regra, em relações de natureza genética. No entanto, nem sempre isso ocorre e a justificativa principal não reside na falta de meios de prova, mas sim nas escolhas sobre quais filiações devem ser reconhecidas socialmente, levando em consideração os fundamentos culturais, sociais e econômicos em que essas opções se baseiam.

São muitas as implicações que o surgimento das técnicas de PMA têm apresentado em sede de estabelecimento da filiação.

No campo da gestação de substituição, em seu texto original, como já visto, a LPMA vedava o acesso a este tipo de prática e determinava que, na ocorrência de um contrato com este objeto, o mesmo seria nulo e a gestante seria tida como a mãe da criança.

No que diz respeito à paternidade, seu estabelecimento poderia decorrer de uma presunção com relação ao marido da mãe, conforme artigo 1826.º do CC ou, poderia se dar por perfilhação ou decisão judicial em ação de investigação de paternidade, conforme redação do artigo 1847.º do CC.

Até então, a lei seguia o que preceitua o artigo 1796.º do Código Civil no que concerne ao estabelecimento da maternidade: "Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento"⁵⁷.

Todavia, o legislador da época em que este diploma foi redigido levou em consideração tão somente casos em que a mãe de gestação também é a mãe biológica, pois não vislumbrava a possibilidade de se dissociar a maternidade uterina da genética, sendo o parto considerado a ligação genética incontestável entre a parturiente e o bebê⁵⁸.

O que se questionava é que esta solução, de se considerar a gestante como mãe da criança em razão da nulidade do contrato, se mostrava deveras inapropriada, uma vez que não se pode atribuir a uma mulher a maternidade a título de sanção. O interesse a ser levado em consideração deveria ser o da criança que nascerá, princípio este que não se estava sendo respeitado nesses casos⁵⁹.

⁵⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **O Direito da Família Português: algumas características**. In Jornadas de Direito Comparado, Portugal/Marrocos, ISMAT / *Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agadir*, 2013, p. 72.

⁵⁷ **CÓDIGO Civil: Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966**. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7090-2.

⁵⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lições, 4.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 151.

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Disponível [Em Linha]: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542.

Atualmente, a regra, segundo a LPMA com redação dada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é que a criança nascida através de recurso a contratos de gestação será tida como filha dos beneficiários⁶⁰. Ainda segundo esta lei, através do próprio conceito do instituto⁶¹, por contrato, a gestante renuncia aos poderes e deveres próprios da maternidade quando da entrega da criança aos beneficiários, que assumirão a maternidade/paternidade jurídica, criando, assim, um regime *sui generis* de estabelecimento da filiação.

Assim, ao ocorrer o nascimento de uma criança, decorrente da celebração de um contrato de gestação de substituição considerado válido, a lei impõe o afastamento da regra geral de estabelecimento da filiação, tanto em relação à mãe, quanto ao pai, e considera aquele novo nato como filho daquelas pessoas que figuraram na qualidade de beneficiários no referido contrato⁶².

Desta forma, no que se refere à maternidade, duas hipóteses se apresentam, de acordo com a lei, já que a gestante não pode contribuir com seu material genético. Na primeira delas, o ovócito é proveniente da mãe beneficiária, sendo esta, também, a mãe genética. Na segunda hipótese, haveria recurso a uma terceira dadora, que, em havendo fornecido seus gametas, teria laços biológicos com a criança. A mãe beneficiária, que seria também a mãe jurídica, nesse caso, não coincide com a biológica. Nessas hipóteses, conforme preceito legal, é obrigatório que os espermatozoides sejam provenientes do elemento masculino do casal, uma vez que é necessário que a criança tenha laços genéticos com pelo menos um dos beneficiários. No caso de um casal homoafetivo, formado por duas mulheres, não seria possível o recurso a terceira dadora de ovócitos⁶³, ao passo que, com relação ao material genético masculino, haveria, por implicação lógica, a necessidade de uma dação.

No que diz respeito à paternidade, temos as mesmas duas hipóteses correlacionadas. Se o contratante/beneficiário for o fornecedor dos espermatozoides, será o pai jurídico e biológico. Já nos casos em que se recorre à dação de gametas masculinos, o beneficiário será o pai legal, mas não terá laços genéticos com a criança. A mãe beneficiária, nestes casos, será obrigatoriamente a pessoa que forneceu os óvulos, dada a necessidade prevista na lei de ligação

⁶⁰ Art. 8.º, n.º 7, **Lei n.º 32/2006**, com redação dada pela Lei n.º 25/2016: “A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.”

⁶¹ Art. 8.º, n.º 1, **Lei n.º 32/2006**, com redação dada pela Lei n.º 25/2016: “Entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”

⁶² **Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

⁶³ Pois, como já explicitado, a lei exige que haja ligação genética com pelo menos um dos membros do casal beneficiário. Uma vez que se trata de duas mulheres, por implicação lógica, uma das duas deve fornecer o ovócito e os gametas masculinos, obviamente, devem provir de uma dação.

genética com pelo menos um dos beneficiários. No que se refere a casais homoafetivos formados por dois homens, a lei os excluiu do acesso ao instituto da gestação de substituição, o que será objeto de análise e críticas no terceiro capítulo do presente estudo.

Com relação à dação de gametas, muito bem coloca o autor José de Oliveira Ascensão, quando afirma que é princípio fundamental nesta seara que um mero dador não pode ser juridicamente o progenitor, uma vez que “atua fora de processos naturais e de qualquer projeto de paternidade”.⁶⁴ Sua ação se completa com o fornecimento de material genético para reprodução. Por esta razão, no futuro, não poderá reivindicar a paternidade ou maternidade, nem a sucessão da criança nascida a partir da doação de suas células. Todavia, tal fato não tem a ver com o conhecimento da origem biológica daquele novo ser. A questão do anonimato do dador é uma outra discussão, sobre a qual não nos cabe aprofundar no presente trabalho.

Deste regramento trazido pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, decorre a mitigação do preceituado no artigo 1796.º do CC, o qual apresenta uma predominância pelo critério biológico, baseado no parto, na determinação da maternidade. Porém, nos dias de hoje, este preceito deixou de ser visto como uma verdade absoluta, pois, conforme vimos, o útero que abrigou a gestação pode ser diferente daquele de onde saiu o óvulo que, uma vez fecundado, gerou a criança.

Conforme entendimento de Guilherme Oliveira, o parto, que tem valor social e emocional, constituía também, o fundamento da presunção de que a mulher que gerou a criança também forneceu o óvulo, ou seja, a mãe geradora coincidia com a mãe genética. Presunção esta que era, até então, incontestável. Porém, hoje, “a simples prova de que a gestação desenvolveu um ovo criado com base num óvulo de outra mulher – fecundado *in vitro* e transferido para o útero capaz de gerar – tem a virtualidade de mostrar que aquela presunção é relativa; isto é, que a mãe geradora não é a mãe genética”⁶⁵.

Stela Barbas, no estabelecimento da filiação, privilegia a referência genética ao afirmar que “a mãe será sempre a que forneceu o elemento biológico fundamental para a determinação do património genético da criança”⁶⁶.

⁶⁴ ASCENSÃO, José Oliveira de. O início da vida. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: EMERJ. V. 11, nº 44, 2008, p. 25. [Em Linha]. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_17.pdf.

⁶⁵ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 74.

⁶⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Património Genético**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 159.

Ainda segundo essa autora⁶⁷, a regra clássica estatuída no Código Civil deveria ser substituída pelo “princípio do respeito ao direito da mãe genética”, pois defender que a gestante seria sempre a mãe jurídica, conforme consta do preceito em comento seria contraditório, uma vez que acarretaria a necessidade de a mãe genética recorrer ao instituto da adoção para estabelecer a filiação com seu próprio descendente, geneticamente falando.

Com opinião no mesmo sentido, Diogo Leite de Campos afirma que a filiação é uma relação calcada na biologia e assevera que estes preceitos normativos ameaçam um elemento fundamental da dignidade da pessoa humana que é “ser filho dos seus pais biológicos – e não de quem o legislador entenda”⁶⁸.

Conforme ensinamento de Jorge Duarte Pinheiro, “atribuir à mãe portadora a qualidade legal de mãe pode representar um factor de criação de uma situação de risco para a criança, dada a escassa motivação da mãe forçada para prestação dos cuidados parentais”⁶⁹. O Legislativo português, compactuando com este entendimento, definiu pela atribuição da maternidade/paternidade ao casal beneficiário, especialmente considerando a ausência de vínculo genético entre a gestante e o bebê.

José de Oliveira Ascensão⁷⁰ defende que “quem dá apenas material biológico, sem projeto de paternidade, não entra na relação jurídica de filiação”. Assim, segundo o entendimento deste autor, quando são utilizadas células dos beneficiários, a estes deve ser atribuída a filiação, porém, em casos de dação de gametas, deve-se verificar se existe um projeto parental envolvido, sendo este o fator que diferencia pai/mãe de um mero dador(a). Caso não haja, a filiação deixa de se fundar na biologia e deve ser atribuída a quem tem o projeto parental. Assim, “a gestante pode não ser a mãe biológica, e a mãe de destino ou mãe social pode não ser nem uma nem outra”.

Enfim, para todos os efeitos, o legislador admitiu que a filiação que será instituída para bebês nascidos com recurso a contratos de gestação de substituição, deverá ser atribuída aos beneficiários, os quais, devem contribuir (ou ao menos um deles) com seu material genético,

⁶⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **O Direito da Família Português: algumas características**. In *Jornadas de Direito Comparado, Portugal/Marrocos, ISMAT / Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agadir*, 2013, p. 75.

⁶⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito**. [Em Linha]. 2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>.

⁶⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 152.

⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Procriação Medicamente Assistida e Direito de Paternidade**. In **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 353.

extirpando qualquer tipo de ligação biológica da gestante de substituição com o novo ser, afastando o aprofundamento de quaisquer laços com a mesma.

Esta, ao ingressar no processo, como parte de um projeto parental alheio, acorda, de forma livre e voluntária, que não tem intenções maternas com relação à criança que virá a nascer, reconhecendo a mesma como filha do casal contratante/beneficiário, o qual fundou aquele processo num projeto parental, com a ligação genética necessária, determinada na lei como critério de admissibilidade.

No caso de uma família homoafetiva formada por duas mulheres, como obrigatoriamente uma delas contribuiu com seu material genético, esta vai ser considerada mãe, pois contribuiu com material genético e tinha projeto parental. A paternidade do dador de sémen é excluída pela própria lei, sendo a criança filha das duas beneficiárias. No que diz respeito a famílias homoafetivas formadas por homens, por se tratar do objeto principal do presente estudo, faremos comentários e analisaremos mais profundamente no terceiro capítulo deste trabalho, em razão da exclusão destas pessoas do rol de beneficiários.

Assim, ocorrerá sempre um vínculo genético em relação a um dos membros do casal, e a atribuição da parentalidade com relação ao outro, que, mesmo não tendo fornecido seu material genético, consentiu com a dação de gametas, devendo a criança ser considerada filho do casal de mulheres beneficiárias.

Porém, com relação ao tema da filiação, as polêmicas se intensificam quando entra em discussão o direito de arrependimento das partes, que poderá levar a um concurso de parentalidade, podendo este ser positivo ou negativo, com relação ao ser que está para nascer. Da mesma forma, se discute como ficaria a questão da filiação daquela criança, no caso de ocorrência de irregularidades que levem à invalidade do contrato. Assim, se o contrato for nulo, a determinação da filiação também será considerada nula? Se os beneficiários desistirem do projeto parental durante a gestação, a quem se atribui a filiação? E o que acontece no caso de a gestante se arrepender do acordado e decidir interromper a gravidez ou, ao contrário, decidir manter a criança para si?

Segundo entendimento de Vera Lucia Raposo⁷¹, a nulidade do contrato por ausência de algum de seus requisitos essenciais, o torna sem efeitos, porém, não seria correto que disso derivasse a nulidade da parentalidade dos contratantes, devendo esta ser mantida. Ademais, conforme comentado pela autora, não existe norma expressa na lei que afaste a regra constante do artigo 8.º, n.º 7, nem mesmo ao tratar a lei das consequências em caso da prática de ilícito

⁷¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 13.

criminal. A norma restou silente no que diz respeito à relação de filiação do menor nascido num caso de descumprimento das condições contratuais, porém, em razão da especificidade e dos interesses envolvidos nesse tipo de contrato, não seria possível remeter essa problemática para o regime geral de nulidade dos contratos.

O Tribunal Constitucional, na fundamentação do Acórdão n.º 225/2018, entendeu que nos casos de declaração de nulidade dos contratos de gestação de substituição e, na falta de um regramento específico, a norma especial de filiação deixa de ser aplicável, e a matéria passa a ser regulamentada pelo regime geral, previsto no artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil, ou seja: relativamente à mãe, a filiação deriva do facto do nascimento. Assim, nestes casos, a gestante, e não os beneficiários, deveria ser considerada a mãe jurídica da criança.⁷² A este respeito, já foi apresentado o ponto de vista de José de Oliveira Ascensão⁷³, adotado na presente dissertação, que critica esta posição, considerando que, desta forma, se estaria atribuindo a maternidade a título de sanção.

Já na discussão sobre o direito de arrependimento da gestante, Vera Lucia Raposo critica o entendimento que busca atribuir à gestante de substituição a maternidade, garantindo a ela o direito de se arrepender e manter a criança para si quando do nascimento. Segundo ela, “porque há de a gestação da criança, isolada de qualquer outro dos critérios de maternidade, valer mais do que a contribuição genética, ou até do que a vontade de manter para si a criança?”⁷⁴

Além disso, esta questão do direito ao arrependimento foi abordada no acórdão do TC, e constituiu um dos fundamentos para a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O TC⁷⁵ afirmou que a dignidade da gestante de substituição estaria sendo violada pela norma que proíbe seu arrependimento após o início dos processos terapêuticos de PMA. Segundo o Tribunal, para que o consentimento seja considerado livre, ele deve ser atual e, para tanto, a mulher gestante, como todo ser humano, não é estática e não está livre de mudanças de pensamentos, principalmente na gestação, onde há muita influência de hormônios, ocasião em

⁷² **Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>: “Um dos efeitos visados pelo recurso à gestação de substituição é o estabelecimento da filiação da criança dada à luz pela gestante em relação aos beneficiários, isto é, àqueles que celebraram com aquela um contrato de gestação de substituição (cf. o artigo 8.º, n.º 7, da LPMA e supra o n.º 8). Assim, caso os efeitos deste contrato sejam eliminados do ordenamento em consequência da declaração da sua nulidade, na ausência de regulamentação específica, aquela regra especial de filiação deixa de ser aplicável, passando a matéria a reger-se pela lei geral: relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento (artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil). Deste modo, a gestante passa a ter de ser considerada mãe da criança.”

⁷³ Vide página 23 do presente trabalho.

⁷⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38, p. 17.

⁷⁵ **Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

que laços biológicos e afetivos podem nascer em relação ao bebê e a mesma pode mudar de ideia e desistir do intento ou, até mesmo, passar a comungar de um projeto parental que antes não era seu, e querer ficar com a criança para si.

Ainda segundo o TC⁷⁶, o consentimento prestado pela gestante de substituição quando da celebração do acordo, não significa que permanecerá imutável durante toda a execução. Embora, conforme determinação legal, seja necessária a prestação de informações sobre todo o processo de gestação de substituição e suas consequências, cada gestação é única e envolve uma série de fatores imprevisíveis, razão pela qual, diante desta imprevisibilidade, o consentimento jamais será totalmente informado e dotado de plena consciência quanto a todas as suas consequências. A gestação é um fenômeno complexo e dinâmico, de onde surge e se desenvolve uma relação biológica e afetiva entre a gestante e o feto, podendo interferir na auto compreensão daquela, alterando as circunstâncias que, de forma subjetiva, a fizeram prestar o seu consentimento.

Assim o TC entendeu que apesar de vinculante o consentimento prestado inicialmente, para que seja garantida a dignidade pessoal da gestante, ele deve se manter atual em todo o processo de gestação de substituição, especialmente por ocasião do cumprimento de suas obrigações principais. Em algum momento a gestante pode afastar-se do projeto parental de que participa, por não querer levar a gestação até o fim, realizando sua interrupção voluntária, ou, ao contrário, por querer levá-la até o fim e realizar um projeto parental seu, e não mais de terceiros.

No que se refere à desistência de participar daquele projeto parental dos beneficiários, do qual a gestante já não partilha, obrigá-la a cumprir com a obrigação principal do contrato (ou seja, proibir a interrupção voluntária da gravidez), geraria a instrumentalização da mesma àquele projeto parental, violando sua dignidade pessoal e interferindo na capacidade de autodeterminação da mesma.

Assim, no acórdão em análise entendeu-se que: “Deste modo, a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir desproporcionadamente o respetivo direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana”⁷⁷.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ **Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

Todavia, o caso de um concurso positivo de pretensões parentais sobre aquela criança que irá nascer traz maior complexidade, uma vez que, nestes casos, é necessário considerar, especialmente, o superior interesse da criança. A partir do nascimento, seu interesse deve ser o critério principal de qualquer decisão tomada em relação ao seu destino. Aqui, não está em causa o fato de os beneficiários terem contribuído com seu material genético, sendo ambos progenitores genéticos do menor, ou apenas um deles. O que realmente importa é a escolha entre o projeto parental dos beneficiários, ou aquele assumido tardiamente pela gestante, em função do melhor interesse da criança que está para nascer. Nestes casos, a mudança do consentimento da gestante já não envolve apenas a proteção de seus bens pessoais.

Aqui, as soluções apresentadas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, não deixavam abertura para uma ponderação casuística, estabelecendo a prevalência das razões dos beneficiários, sem espaço para analisar também as que a gestante pudesse apresentar, em favor do seu projeto parental.

Assim, segundo o TC, nestes casos de conflito positivo de projetos parentais, respeitando os interesses fundamentais da gestante, o critério principal para sua solução precisa estar calcado no superior interesse da criança. Isso, todavia, só é possível a partir de uma análise casuística, pois, do contrário, se estaria negando a condição de sujeito de direitos daquele menor e o Estado estaria infringindo seu dever de proteção da infância.

Segundo Stela Barbas⁷⁸, “o estabelecimento da filiação é e será sempre objeto de opções fundamentais em função de valores considerados preponderantes no tempo e no espaço”. E acrescenta, “a problemática da filiação reside, por vezes, não tanto na opção da filiação certa do ponto de vista científico, mas na que se configura como sendo a melhor para a criança”.

Assim, nas circunstâncias em que a gestante demonstra seu direito de arrependimento, informando que deseja assumir para si aquele projeto parental de que participava na condição de terceira, a melhor solução deverá ser apresentada pelos Tribunais, a partir da análise do caso concreto. Deve-se ponderar e analisar os cenários sob os pontos de vista de ambos os pais concorrentes, chegando a uma solução através da concretização do melhor interesse do menor, uma vez que o Legislativo não teria condições de, em abstrato, fazer constar num preceito legal uma solução desta complexidade, variável conforme as peculiaridades das partes envolvidas.

A Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que alterou o regime de acesso à gestação de substituição, modificou esta questão do arrependimento da gestante, que passou a ser possível

⁷⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **O Direito da Família Português: algumas características**. In Jornadas de Direito Comparado, Portugal/Marrocos, ISMAT / *Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agadir*, 2013, p. 75.

até o momento do registro da criança. Porém, este é um ponto que ainda pode causar instabilidade e incerteza quanto ao futuro da criança que está para nascer. A faculdade dada à gestante de poder assumir um projeto parental seu até o momento determinado para o registro do bebê ainda gera uma insegurança jurídica, de forma a não atender ao melhor interesse da criança, deixando a questão da atribuição da filiação muito incerta.

Assim, nos casos de um concurso positivo de parentalidade, atribuir esta faculdade à gestante, por um lado lhe traz respeito e atende a sua dignidade enquanto ser humano, mas por outro, pelo ponto de vista do novo nato, pode estar trazendo uma situação de incerteza e insegurança.

As situações mais comuns são estas, acima mencionadas, em que ambas as partes querem assumir um projeto parental em face da criança. Mas e quando nenhum dos contraentes, após o nascimento, quiser o bebê? Se, por exemplo, os beneficiários se divorciaram no curso da gestação e desistiram daquele projeto parental, não querendo mais o bebê?

Estes e outros questionamentos estão longe de serem solucionados, pois as inúmeras dúvidas e questões que ainda se põem, não têm uma resposta precisa, exata, inequívoca e comprovada cientificamente, como se exige para o cumprimento dos princípios do superior interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Porém, ao regular estas questões, o Legislativo não pode deixar de levar em conta as complicações de ordem social, psicológicas e jurídicas que podem surgir, que se tornam ainda mais relevantes quando se leva em conta o número de pessoas (seis) que podem reclamar direitos de parentalidade: i) a dadora do óvulo; ii) a gestante de substituição; iii) a beneficiária; iv) o dador do espermatozoide; v) o marido da gestante (sujeito simplesmente ignorado na presente lei e cujo consentimento é fundamental atendendo à presunção de paternidade); e vi) o beneficiário⁷⁹.

Assim, apesar de todas as modificações legais já ocorridas no acesso à gestação de substituição, ainda se faz necessária uma regulamentação apta a reger o assunto em todas as minúcias que o caso requer, cabendo aos tribunais, caso a caso, analisar os interesses das partes e definir naquela situação, qual atende ao melhor interesse da criança.

⁷⁹ **Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

CAPÍTULO 2 – FAMILIAS HOMOAFETIVAS

2.1. Evolução Histórica

Há pouco mais de cinquenta anos, na época em que ainda estava em vigor o anterior Código Civil Português, de 1867, a família considerada legítima era apenas aquela baseada no casamento, e este somente poderia se dar entre um homem e uma mulher, sendo esta subordinada ao seu esposo. Era a chamada família tradicional. A celebração do casamento era realizada pelo sacerdote da igreja católica ou oficial do registro civil⁸⁰.

Era um instituto inicialmente indissolúvel, com fins procriativos e fazia parte de um modelo patriarcal, monogâmico e, essencialmente, heterossexual. As uniões de facto eram socialmente reprovadas e não possuíam regulamentação, assim como o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, que não era aceito pela sociedade nem reconhecido no mundo jurídico.

Numa sociedade marcada pela influência da religião, a condenação das relações homossexuais era baseada no preceito divino de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, e o homem e a mulher se completam com o intuito de perpetuação da espécie, como na história bíblica de Adão e Eva.

Qualquer outro tipo de união, que não fosse baseada no casamento, estava à margem do Direito, não possuindo proteção ou regulamentação, uma vez que não eram consideradas legítimas perante a lei. As relações afetivas entre homossexuais eram legadas à invisibilidade e ao preconceito, não gozando de nenhum tipo de reconhecimento, muito embora tenham existido desde sempre.

A essas uniões, não derivadas do instituto do casamento, tardiamente, foi reconhecida a possibilidade de partilha do património, evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa de uma das partes. Eram, pois, consideradas sociedades de facto, porém, sem nenhum carácter familiar.

⁸⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Perspectivas da Evolução do Direito de Família em Portugal**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 350.

Com o passar dos anos e a evolução da sociedade, esse modelo mais primitivo de família, retratado no antigo Código Civil Português, que tratava a mulher como ser subordinado e defendia que o ato sexual deveria ser praticado apenas com o intuito de procriar, deu lugar a uma entidade com a função de trazer a realização pessoal de seus membros. A finalidade de procriação foi abandonada, dando lugar à busca pela valorização dos seus integrantes, enquanto seres humanos. A família teve, assim, alterada a sua função, passando a concentrar-se nas pessoas e na busca pela sua plena realização, tornando-se uma série de relações complexas e mutáveis, e não mais algo simples baseado em um contrato e com uma finalidade. A partir daí, a entidade familiar passou a ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esta evolução gerou profundas modificações, tendo surgido, a partir de então, novas formas de composição e formação familiar e, diante de tal, tornou-se necessário que a legislação se adaptasse a esta nova realidade. O reconhecimento da afetividade como valor jurídico foi uma dessas mudanças, passando o operador do Direito a atribuir valor e reconhecimento às relações derivadas do afeto, e não apenas àqueles grupos familiares com a formação socialmente imposta, até então.

Além de tudo isso, a evolução científica passou a permitir a reprodução humana sem a necessidade do ato sexual, através das técnicas de PMA. Desta forma, novas configurações familiares, inexistentes, impensadas ou apenas antes não reconhecidas como tal, passaram a gozar de proteção legal, fundamentada nesta valorização jurídica das relações afetivas. Famílias monoparentais, multiparentais, informais, matrimoniais, homoafetivas e mais uma infinidade de possibilidades de núcleos familiares eclodiram.

Conforme ensinam Maria Berenice Dias e Marianna Chaves: “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir *status* de família merecedora da proteção do Estado”⁸¹.

Através destas mudanças, a necessidade de uma celebração matrimonial deixou de ser pressuposto e meio único para a existência e o reconhecimento de uma entidade como família, assim como a procriação e o patrimonialismo deixaram de ser seus objetivos basilares.

Assim, a formação da entidade familiar foi desvinculada da celebração de um contrato de casamento, e o conceito de família tornou-se aberto e plural, ajustável às diversas realidades sociais, permitindo uma interpretação mais abrangente, para incluir os diversos arranjos familiares existentes. Segundo o TC, no acórdão n.º 121/2010, de 08 de abril, “a Constituição

⁸¹ DIAS, Maria Berenice, CHAVES, Marianna. **As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal**. *Lex Familiae* Revista Portuguesa de Direito de Família. Ano 5, n.º 9 (Janeiro / Junho 2008), p. 3. ISSN 0882-2863.

não definiu o que é a família, dando protecção aos distintos modelos de família que existem na nossa realidade social”.

As entidades familiares devem ser entendidas dentro do contexto social, cultural e regional em que se integram, e seu significado, embora não de forma expressa, é modificado no decorrer do tempo, pois mudam os costumes, mudam os conceitos e modificam-se os hábitos e crenças das pessoas com o passar dos anos. Assim, não existe uma formatação ou um conceito que seja válido para todo e qualquer lugar e período. Segundo Ana Carolina Holanda Araújo, “a forma como a pluralidade familiar se estabelece é definida pelos costumes de determinada sociedade. A Constituição Portuguesa, por exemplo, no capítulo destinado aos direitos, deveres e garantias, defende a liberdade de constituir família”⁸².

Apesar desse novo conceito, amplo e plural, ainda existem grandes barreiras para certos grupos, que ainda são eivados de preconceito e desconsiderados como entidade familiar, como os casais formados por pessoas do mesmo sexo. Ocorre que, nas palavras de Ana Carolina Araújo, “reconhecer as mudanças pelas quais a família passou, e vem passando, não requer abnegação do passado, tampouco a desconsideração da família tradicional”⁸³. Estas novas estruturas familiares denotam mudanças no contexto social, nos valores e nas relações entre os indivíduos, que fazem surgir, em decorrência, novas necessidades, o que não significa a eliminação da forma “tradicional” de família.

As uniões formadas por casais do mesmo sexo são uma realidade social que existe há muito tempo. A homossexualidade remonta à antiguidade, e está cada vez mais presente de forma aberta e evidente no mundo atual. Conforme ensinam Marianna Chaves e Maria Berenice Dias, “a homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada pelo estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencionais”⁸⁴.

A necessidade do reconhecimento como família, porém, é que se trata de um fenômeno mais recente, antecedido pelo reconhecimento social e minimização de preconceitos. Por este motivo, as leis precisaram se adequar, para amparar e dar protecção e reconhecimento às mesmas.

Apenas no ano de 2001, conforme veremos com mais profundidade no último tópico deste capítulo, com a entrada em vigor da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que este grupo passou a receber algum tipo de tutela jurídica. A referida lei alterou a anterior Lei n.º 135/99, de 28 de

⁸² ARAÚJO, Ana Carolina Holanda Maciel. **Novas Concepções de Família e Adoção**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa, p. 45. Lisboa. 2019.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. **As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal**. *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito de Família*. Ano 5, n.º 9 (Janeiro / Junho 2008), p. 6. ISSN 0882-2863.

agosto e, ao definir as uniões de facto, passou a incluir em seu texto a expressão “independentemente do sexo”, incluindo assim, os casais homoafetivos em seu âmbito de proteção e regulamentação.

No ano de 2010, um novo grande avanço para este grupo social foi alcançado, sendo permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, alterou a redação do artigo 1577.º do CC, e o instituto do casamento passou a ser definido como o “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família, mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”, retirando-se, assim, de seu texto, a expressão “duas pessoas de sexo diferente”.

Em apreciação da matéria pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 121/2010, de 08 de abril, não foi identificado nenhum tipo de incompatibilidade desta modalidade de casamento com a Constituição Portuguesa.

Globalmente, como resultado de esforços das organizações da sociedade civil de cada país, a nível regional e internacional, cada vez mais Estados vêm ampliando a definição de casamento para incluir os casais de mesmo sexo. Segundo pesquisa realizada pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (ILGA)⁸⁵, cerca de trinta países ao redor do mundo já admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como é possível visualizar no mapa constante do anexo X. Segundo os dados apresentados, a Holanda foi o primeiro país do mundo a permitir, por lei, o casamento entre pares homossexuais no ano 2000. Desde então, diversos outros seguiram o mesmo exemplo como África do Sul, Brasil, Uruguai, Canadá, Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Portugal, dentre outros. Este fato é decorrência de esforços das organizações da sociedade civil e movimentos LGBTQIA+ de cada país e também da difusão das políticas efetivadas pelos países precursores.

Em alguns países, porém, como Itália, a união civil segue sendo a única possibilidade reconhecida para estas pessoas. Por outro lado, este tipo de união ainda segue sendo configurada como ilegal em muitos países, especialmente no Oriente Médio e África.

Assim, percebe-se que, nos últimos anos, diversos países criaram leis ou formaram jurisprudência no sentido de reconhecer as famílias homoafetivas, dando a estas os direitos que lhe cabem, dos quais já são titulares as heteroafetivas há muito tempo.

⁸⁵ *State Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update. Ilga.org, 2020 Updated Edition.* [Em Linha]. Disponível em https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf.

Este reconhecimento da homoafetividade e, especialmente, sua aceitação, é uma temática atual e polêmica. Através deste progresso, em conjunto com outros elementos sociais e históricos, o conceito de família passou a ser classificado segundo uma perspectiva mais dinâmica e, assim, casais homossexuais acabaram por conquistar direitos, inclusive no âmbito familiar. Através do reconhecimento do direito de liberdade, da não discriminação em função da orientação sexual e a aplicabilidade do princípio da dignidade humana, passou-se a buscar a igualdade de todos dentro da sociedade.

A partir daí, este grupo social teve sua visibilidade ampliada também no mundo jurídico. Nos países em que tiveram direitos reconhecidos, a orientação sexual deixou de ser qualificada como um atributo individual vexatório e ilegítimo, para tornar-se um direito, a ser exercido de forma livre, com base na Constituição. Porém, embora este grupo tenha obtido o reconhecimento e deixado de ser visto com repúdio por parcela da sociedade, suas reivindicações, ainda que tenham por base princípios previstos expressamente no texto constitucional, e com fundamento nos Direitos Humanos, seguem encontrando dificuldades de concretização⁸⁶, colidindo especialmente com a falta de uma regulamentação adequada, como é o caso do acesso à parentalidade, por meio da gestação de substituição, tema do presente trabalho.

Assim, é possível se verificar que existe uma desconformidade entre a evolução social e a legal, não conseguindo, o ordenamento jurídico, acompanhar de forma eficiente as mudanças sociais ao longo dos anos.

Desta feita, apesar do reconhecimento, não é possível afirmar que se chegou a uma solução, aceitação e eliminação de todo tipo de discriminação. Muito ainda precisa ser feito para uma defesa mais efetiva das famílias homoafetivas, pois o preconceito que circunda este tipo de relação ainda é muito evidente, fruto de pensamentos de gerações passadas, que acabam se enraizando no subconsciente das pessoas. Porém, pode-se perceber que, atualmente, a aceitação social aumentou, relativamente a estes grupos, que passaram a ser reconhecidos por camadas mais expressivas da população.

A orientação sexual de uma pessoa não a eleva e nem a degrada, não a torna superior ou inferior às demais. Todos os seres humanos são dotados de sentimentos, medos, desejos e caminham para um destino comum que é em busca de sua sobrevivência e felicidade. Desta forma, o preconceito não deve prosperar, não possuindo o mínimo de fundamentação com relação a estas uniões, especialmente em função da liberdade de cada pessoa, direito garantido

⁸⁶ CRUZ, Marjory de Oliveira. **Gestação de substituição por famílias homoafetivas**. Trabalho de conclusão de curso de Bacharelado em Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014. p. 23-25.

constitucionalmente, de livremente escolher a forma que deseja construir sua família, para atender suas próprias necessidades.

As relações de afeto estabelecidas através de duas pessoas do mesmo sexo também constituem uma entidade familiar, uma vez que a afetividade é o elemento central e fundamento das famílias. Assim como nos relacionamentos entre homens e mulheres, aqueles formados por homossexuais também se baseiam no afeto, merecendo, portanto, igual reconhecimento, não havendo diferenças estruturais significantes, a ponto de se justificar um tratamento diferenciado entre esses tipos de uniões. Um determinado modelo familiar não é melhor e nem superior aos demais, todos merecendo tratamento digno, reconhecimento e proteção jurídica.

2.2 Conceitos e terminologia

Como explicitado logo acima, a homossexualidade, por fugir do que foi classificado como “tradicional”, é um tema que vem cravado de preconceitos e mitos. Conforme ensina Maria Berenice Dias, “tudo que se situa fora dos estereótipos resta por ser rotulado de ‘anormal’, ou seja, fora da normalidade, que não se encaixa nos padrões convencionais”⁸⁷.

Ainda segundo a mesma autora⁸⁸, o silêncio torna mais fácil a invisibilidade de tudo aquilo que se afasta do que é tido como tradicional, mantendo-se o que é socialmente aceito como certo, apenas pelo fato de ser igual. Para a sociedade, o importante é respeitar os costumes, que são apenas repetições daquilo que é definido como correto e moral pelas gerações passadas, sem se preocupar se o modelo tem serventia para a atualidade. Esse tipo de comportamento engessa o pensamento humano que tende a criar mecanismos de rejeição para tudo aquilo que foge daqueles padrões de atitudes e escolhas consideradas como corretas. Desta forma, todos aqueles que se afastam do que é tido como convencional, tendem a viver de forma excluída da sociedade, na obscuridade.

Estes grupos marginalizados, inclusive no seio familiar, em especial os homossexuais, enfrentaram, e ainda enfrentam, muitas dificuldades para romper o obstáculo da invisibilidade. Porém, esta realidade começou a ser modificada. Através da evolução social, acompanhada da

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – aspectos jurídicos e sociais**. 2004. [Em Linha]. Disponível em <https://berenicedias.com.br/uniao-homossexual-aspectos-sociais-e-juridicos/>.

⁸⁸ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004. ISBN 85-86456-94-2.

mudança de valores, crenças e definição de moral e honra, assim como através da luta e reivindicações de movimentos sociais LGBTQIA+ para o reconhecimento de seus direitos, o tema da orientação sexual passou a ser tratado de forma mais expressa e com mais naturalidade, e a sociedade passou a ser mais tolerante com a diversidade. Todavia, o Judiciário e o Legislativo ainda são, de certa forma, conservadores, e o preconceito ainda traz empecilhos para uma completa efetividade dos direitos desses grupos.

Tratando agora de conceitos, inicialmente, cabe enfatizar que não se deve confundir a transexualidade com a homossexualidade, que são realidades completamente distintas. A primeira expressão apresentada trata daquelas pessoas que não se identificam com seu sexo de nascimento, afirmando uma desconformidade entre ele e o gênero a que pertencem. São indivíduos que, psicologicamente, se identificam com o sexo oposto àquele que nasceram.

Segundo o sociólogo espanhol Javier Rubio Arribas⁸⁹, a transexualidade pode ser definida como uma condição em que uma pessoa de um determinado sexo tem a convicção de que é, na realidade, membro do sexo oposto, não coincidindo sua anatomia com a identidade de gênero, conforme a qual o indivíduo trans vive socialmente. Ademais, o sociólogo ressalta que não se deve confundir a transexualidade com o travestismo, que são aquelas pessoas que se vestem com roupas e adereços do sexo oposto, porém não têm conflitos com sua identidade sexual.

Em um passado próximo, a transexualidade foi tratada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma patologia, caracterizada por um transtorno de identidade psicosssexual. Todavia, no ano de 2019, este chamado “transtorno da identidade de gênero”, atribuído às pessoas trans, indicando que não se identificam com seu gênero de nascimento, foi retirado da lista de doenças mentais e comportamentais, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde da OMS, passando, a partir daí, o transexualismo a ser classificado como uma “incongruência de gênero”, tratado no capítulo dedicado à saúde sexual do referido documento, e não mais naquele dos transtornos mentais. Esta incongruência de gênero pode ser caracterizada como “um sentimento de angústia, vivenciado quando a identidade de uma pessoa entra em conflito com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento”⁹⁰.

⁸⁹ ARRIBAS, Javier Rubio. *Aspectos Sociológicos de la Transexualidad*. [Em linha] Nómadas. *Critical Journal of Social and Juridical Sciences*. vol. 21, núm. 1, 2009. ISSN: 1578-6730. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18111521019>.

⁹⁰ ONU. **OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais**. [Em linha] 2019. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/83343-oms-retira-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais>.

A sexualidade pode ser expressada de diversas formas e sobre ela podem ser apresentadas as mais variadas denominações. A heterossexualidade é a “orientação sexual” mais frequente na sociedade humana e, por esta razão, é, para muitos, o modelo ideal de comportamento sexual. Esta terminologia é formada através do prefixo grego “hetero”, que significa “outro”, associado ao termo em latim “sexus”, que significa sexo, e ao sufixo grego “idade”, que quer dizer “indicativo de”. Assim, em sentido literal, o termo traduz a ideia de sexualidade diferente, ou seja, inclinada a pessoas do sexo oposto.

Já o termo homossexual, como leciona Maria Berenice Dias, é uma palavra com origem etimológica grega, e seu prefixo, *homo* ou *homus*, traduz a ideia de semelhança, do que é igual ou análogo. O sufixo *sexus*, de origem latina, como visto, se refere ao sexo. Em outras palavras, significa “homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter”⁹¹.

Assim, uma união homoafetiva é aquela formada por pessoas do mesmo gênero, caracterizando um relacionamento homossexual. Segundo Taísa Ribeiro Fernandes⁹², o termo homossexual se refere ao indivíduo que tem o desejo de se relacionar com outra pessoa do mesmo sexo que o seu. É o caso de homens que se sentem atraídos por outros homens, ou mulheres que se atraem por outras mulheres. Diferente do que ocorre com uma pessoa transexual, o homossexual não nega sua formação biológica, mas tão somente tem interesse ou desejo físico, sexual e/ou afetivo relativos a pessoas de mesmo gênero que o seu.

Difere da bissexualidade, pois, nesta, não existe esta exclusividade no interesse apenas por pessoas do mesmo sexo, mas sim a pluralidade, significando que, nestes casos, a pessoa se interessa por ambos os sexos.

Para alguns estudiosos, na busca de se explicar sua origem, a causa da homossexualidade seria hereditária, decorrente de fatores genéticos ou biológicos, para outros, pode resultar apenas da interação do ser humano com ambiente social e afetivo em que vive, da educação que recebe ou de algum outro fator externo. No âmbito da psicologia, muitas são as opiniões a respeito da origem da homossexualidade. Já na seara da psiquiatria, ela ainda traduz “um mistério a ser decifrado”⁹³.

Inobstante os diversos estudos em busca destas causas, para explicar se a homossexualidade é decorrência de elementos genéticos, comportamentais, biológicos ou

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – aspectos jurídicos e sociais**. [Em linha] 2004. Disponível em <https://berenicedias.com.br/uniao-homossexual-aspectos-sociais-e-juridicos/>.

⁹² FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 21. ISBN 85-86456-94-2.

⁹³ *Idem*.

sociais, nada conclusivo pode ser apresentado, sendo possível afirmar, apenas, que não é proveniente de uma conduta consciente e destinada a este fim.

O que se pode dizer, com certeza, é que a homossexualidade não traduz uma patologia nem um tipo de perversão, mas se trata de um modo e ser e de interagir através de laços afetivos e de contato sexual com um parceiro do mesmo sexo. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, não se trata de uma simples opção ou uma orientação, mas de um determinismo de causa desconhecida. Assim, estes autores afirmam evitar a expressão “opção sexual”, pois, segundo eles, “da mesma forma que o heterossexual não escolhe este modo de vida, o homossexual também não”⁹⁴.

De acordo com Taísa Ribeiro Fernandes, a sexualidade pode ser expressa de formas diversas e não se refere a um impulso automático. Assim, a homossexualidade não pode ser considerada como uma opção, uma escolha, mas também não se trata de um desvio da personalidade. Esta autora retrata como sendo simplesmente uma “variante natural da expressão sexual humana, uma forma diferente, porém normal de vida, merecedora de todo respeito e compreensão”⁹⁵.

A filósofa Judith Butler⁹⁶, em sua Teoria Queer, defende que o gênero não se trata de um elemento inato e imutável, ao contrário, ele seria uma construção social e cultural, performado e repetido através de atos costumeiros, como os gestos, os comportamentos e o modo de vestir-se. Ela também critica a ideia de que existem apenas duas categorias de gênero, o masculino e o feminino, afirmando a existência de uma variedade de identidades de gênero, enfatizando a importância de reconhecer e validar as identidades não conformes, que desafiam as normas estabelecidas. Butler também questiona as normas heteronormativas, que assumem a heterossexualidade como o padrão dominante e deslegitimam outras orientações sexuais. Ela argumenta que a heterossexualidade é construída como natural e desejável, enquanto as identidades não heterossexuais são estigmatizadas e reprimidas.

Assim, pode-se dizer que a expressão sexual de cada pessoa se dá através de uma causa natural e própria dos seres humanos. Não retrata, pois, uma escolha ou opção nem um tipo de doença, seja ela física ou psicológica.

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015 p. 482. ISBN 978-85-02-62331-6.

⁹⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 31-32. ISBN 85-86456-94-2.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Eurídice. Desfazendo o gênero: a teoria queer de Judith Butler. [Em linha] 2018. **Revista Criação & Crítica**, (20), 40-55. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/criacaoecritica/article/view/138143>.

No que diz respeito à terminologia, diversas são as utilizadas a respeito deste tema. Muitas são empregadas de maneira correta e coerente, outras denotam formas pejorativas de tratar sobre este grupo de pessoas.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho⁹⁷, a expressão “homossexualismo” deveria ser evitada, pois remete à época em que era tratada como uma doença pela Organização Mundial de Saúde, caracterizada pela utilização do sufixo “ismo”. Estes mesmos autores, também não consideram adequada a expressão “homoerotismo”, uma vez que este grupo de pessoas, ao menos nesta seara de pesquisa relacionada ao Direito de Família, deve ser visto como uma união vinculada pelo afeto, e não através da sua esfera sexual e erótica.

Daniela Bogado Bastos de Oliveira⁹⁸ utiliza a nomenclatura homoparentalidade ou família homoparental para tratar do grupo familiar. Segundo ela “a homoparentalidade, como uma designação de família composta por homossexuais com filho(s), torna-se um novo paradigma de família pós- convencional, que pode desassociar a ideia de reprodução da filiação, o que dá ênfase à socioafetividade. A discussão sobre a homoparentalidade não inaugura uma realidade social, somente propicia visibilidade ao fato de que os homossexuais atualmente não ocupam apenas o lugar de eternos filhos, irmãos, tios, sobrinhos e primos, mas o de pais, na estrutura familiar. E tal condição a inclui na pauta de conquista de direitos, concorrendo para a ampliação da concepção de entidade familiar”.

O conceito desse núcleo familiar, assim como de todos os demais, reside na existência de um vínculo, central e principal, que une o grupo: o afeto. Assim, atualmente, se entende que o termo mais adequado é homoafetividade ou família homoafetiva, traduzindo-se no vínculo de afetividade que une aquelas pessoas.

Esta terminologia foi criada pela autora Maria Berenice Dias, que trata do tema em diversos de seus trabalhos, como no ano 2000, na primeira edição do livro “União Homoafetiva: o preconceito & a justiça”. Desde então, já faz parte de dicionários da língua portuguesa e tornou-se a expressão tida como mais adequada, pois destaca as relações de afeto que existem entre pessoas de mesmo gênero, sem, contudo, excluir ou rechaçar o desejo sexual que há entre

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família, As Famílias em Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015 p. 482. ISBN 978-85-02-62331-6.

⁹⁸ OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. **Famílias Contemporâneas: As voltas que o mundo dá e o reconhecimento jurídico da homoparentalidade**. Juruá Editora, p. 57. Curitiba, 2011. ISBN 978853623546-2.

os mesmos. Sua intenção foi, justamente, a de destacar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo também são formadas através de vínculos de afeto⁹⁹.

Contudo, afirmar a existência de laços afetivos em uniões entre seres humanos, a despeito de sua identidade sexual, premissa da qual decorre a expressão homoafetividade, não implica na afirmação de que não existem aquelas uniões que decorrem meramente de conveniências, imposições ou desejo sexual.

A família homoafetiva nada mais é que união entre pessoas de mesmo sexo, caracterizada pela estabilidade e formada através do vínculo de afeto entre seus membros. Conforme ensinamento de Pablo Stolze Gagliano, o vínculo entre os componentes é o que une e justifica a constituição de uma família formada por pares do mesmo sexo¹⁰⁰.

Por fim, vale transcrever o conceito de famílias homoafetivas apresentado por Marianna Chaves e Maria Berenice Dias na obra “Famílias Afetivas no Brasil e em Portugal”, qual seja: “São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal”¹⁰¹.

2.3 Princípios aplicáveis

O reconhecimento das famílias homoafetivas, decorrente da luta dos movimentos LGBTQIA+, e a consequente proposição de soluções jurídicas e legislativas eficazes, foram e têm sido alcançadas através da aplicação de princípios constitucionais.

Excluir, ignorar, suprimir de efeitos ou estigmatizar as uniões homoafetivas, macula de forma profunda diversos princípios importantes, constitucionalmente previstos e garantidos, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o da não discriminação, que serão analisados a seguir.

Existem diversos outros princípios que se aplicam ao tema, porém, no presente trabalho, nos propomos a apresentar um panorama geral daqueles que julgamos mais relevantes.

⁹⁹ MARANHÃO, Gabriela. **Relações Homoafetivas: União de Afeto**. [Em linha] Publ. 23 ago. 2011. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/União%20homoafetiva:%20Afeto.pdf.

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 6: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional. Ed. Saraiva, 2015, p. 484.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice, CHAVES, Marianna. As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal. *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito de Família*. Ano 5, n.º 9 (Janeiro / Junho 2008), p. 3. ISSN 0882-2863.

Para introduzir a matéria, apresentamos a distinção entre princípios e regras que são espécies do gênero normas jurídicas e, segundo Bárbara Lobo¹⁰², ao analisar a distinção elaborada por Ronald Dworkin, operam de forma diferente. As normas criam consequências a serem seguidas de forma automática. Elas geram obrigações e preveem exceções à sua aplicação. Os princípios, por sua vez, são espécies de normas que podem ser aplicáveis a alguns casos concretos, e não a outros e, mesmo assim, não perdem sua validade.

Conforme ensina o Professor J. J. Gomes Canotilho¹⁰³, os princípios convivem uns com os outros de forma conflitual, ou seja, coexistem, através do balanceamento de valores e interesses envolvidos no caso concreto. As regras, por sua vez, possuem uma convivência antinômica, ou seja, excluem-se. Assim, não existe espaço para a busca de uma outra solução, uma vez que, se uma regra é válida para um determinado caso, deve ser cumprida com exatidão.

A evolução da teoria dos princípios culminou com o reconhecimento de sua normatividade, o que não ocorria anteriormente, e, a partir de então, ficou difícil de se pensar em um sistema jurídico em que não existam princípios.¹⁰⁴ Esse reconhecimento, porém, não ocorreu subitamente, mas foi resultado de um longo processo evolutivo. No período Jusnaturalista, “os princípios eram concebidos de forma abstrata, carecedores de normatividade e insuficientes”.¹⁰⁵ No Positivismo, eles passaram a ser introduzidos nos códigos, como espécies de fontes normativas, porém, estavam hierarquicamente abaixo das leis. Sua validade decorria de serem preceitos derivados das leis, porém, não eram dotados de normatividade. Alguns doutrinadores da época, inclusive, negavam sua existência.¹⁰⁶

No Pós-positivismo, com o surgimento da diferenciação entre princípios e regras, a força normativa dos princípios passou a ser reconhecida e eles passaram a ser caracterizados como fundamento da ordem jurídica, migrando do âmbito abstrato para o concreto.¹⁰⁷

Atualmente, os princípios funcionam como setas, orientando, esclarecendo e respaldando a aplicação das normas jurídicas como um todo. São como guias do ordenamento jurídico.

¹⁰² LOBO, Bárbara Natália Lages. **O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira. Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação**. 2ª. Edição, *Global South Press* Editora. 2016, p. 27.

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 7ª Edição. 2003 p. 427. ISBN 978-9724021065.

¹⁰⁴ LOBO, Bárbara Natália Lages. **O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira. Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação**. 2ª. Edição, *Global South Press* Editora. 2016, p.28.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 22.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 23.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 25.

Por fim, vale salientar que os princípios, embora sejam providos de normatividade, são mais flexíveis que as regras, e, por conseguinte, estão sempre em constante desenvolvimento. Disso decorre que os princípios são mutáveis e não ficam “congelados” no tempo e no espaço, ocorrendo justamente o oposto: se compatibilizam, através do reconhecimento das peculiaridades e pluralidades históricas, sociais e culturais.

A Constituição Portuguesa é um sistema baseado em “princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em sub-princípios e regras constitucionais que os concretizam”¹⁰⁸.

2.3.1. Dignidade da pessoa humana

A CRP dispõe, em seu artigo 1.º, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, senão vejamos: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”¹⁰⁹.

Benedita Mac Crorie¹¹⁰, em sua obra “O Recurso ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, afirma que se trata de um princípio fundamental e estruturante do ordenamento jurídico português, uma vez que é o indicador da premissa básica, diretriz de toda a ordem constitucional, de que a pessoa humana é o fundamento e o fim do Estado, característica do constitucionalismo democrático.

A dignidade da pessoa humana não faz referência nem se relaciona com a humanidade em sentido metafísico ou utópico. Ao contrário, refere-se a pessoas concretas, reais.¹¹¹

É um princípio de difícil conceituação, em razão de sua grande abrangência e subjetividade. Representa, atualmente, a essência da ordem constitucional e opera seus efeitos em todas as esferas do ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ MAC CRORIE, Benedita. O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: **Estudos em comemoração ao décimo aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho**. Almedina, 2003. ISBN 9789724020754 p. 153.

¹⁰⁹ Portugal. **Constituição da República Portuguesa**. Artigo 1.º [Em linha] 1976. Disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>.

¹¹⁰ MAC CRORIE, Benedita. O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: **Estudos em comemoração ao décimo aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho**. Almedina, 2003. ISBN 9789724020754 p. 153.

¹¹¹ BOTELHO, Catarina Santos. **A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?**. [Em linha] Revista Jurídica Portucalense / *Portucalense Law Journal* n.º 21. P. 275. 2017. Disponível em <https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/752>.

Carlos Carranho Proença, afirma que “mais do que um princípio, a dignidade humana é reconhecida pela doutrina como sendo uma referência valorativa que está na base de todos os direitos fundamentais”.¹¹² Tal formulação revela que a dignidade humana transcende a função diretiva ou interpretativa, assumindo o papel de verdadeiro fundamento axiológico da ordem jurídica, servindo de base para a aplicação e a interpretação de todas as normas.

Em sua concepção, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”¹¹³.

A ideia de dignidade na esfera jurídica representa uma grandeza fundamental de respeito à existência do ser humano, de acordo com seus anseios e possibilidades patrimoniais e afetivos, imprescindíveis para sua realização pessoal e busca da felicidade. Este princípio, mais do que assegurar a simples sobrevivência do ser humano, garante o direito a uma vida digna e plena, sem intervenções ilegítimas na execução de sua finalidade¹¹⁴.

Afirmam os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais”¹¹⁵. Com relação a estas últimas, se sobressai a perspectiva familiar em que cada ser humano está inserido ou se projeta.

Maria Helena Diniz, por sua vez, afirma que esta dignidade, na seara do Direito de Família, se refere à garantia de desenvolvimento de cada um de seus membros, de forma plena, possibilitando, assim, a realização de seus desejos e interesses afetivos, buscando manter a família longa e feliz.

Deste princípio decorreu, segundo ensinamento de Maria Berenice Dias¹¹⁶, o fenômeno da personalização dos institutos jurídicos, em detrimento da patrimonialização, que até então

¹¹² PROENÇA, Carlos Carranho. **Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas**. Coimbra, 2016. Tese de doutoramento, p. 292. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/26659>.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

¹¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família, As Famílias em Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015 p. 76. ISBN 978-85-02-62331-6.

¹¹⁵ *Idem*, p.78.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

predominava. A partir daí, o objeto da proteção, principalmente no âmbito do Direito da Família, deixa de ser o patrimônio, e passa a ser o indivíduo, passando-se a focar mais na valorização das relações sociais interpessoais.

Conforme entendimento de Paulo Lôbo¹¹⁷, a dignidade da pessoa humana seria o eixo existencial, comum a todas as pessoas, como seres humanos que são, que gera, como consequência, um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Ainda na mesma obra, o autor complementa a ideia, afirmando que a família seria “espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com outras pessoas”.

De acordo com Rolf Madaleno, “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional”¹¹⁸.

É, portanto, especialmente no âmbito das entidades familiares que esta dignidade é concretizada e fortificada, sobretudo na pessoa de cada um de seus integrantes, viabilizando o desenvolvimento destes, individualmente considerados, e também nas suas relações externas, em busca de uma felicidade, e tendo por base a atual ordem constitucional.

Dispõe o artigo 26º da CRP que: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias a dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

Pode-se afirmar que a base do sistema jurídico atual se funda no respeito à dignidade da pessoa humana, aliado aos princípios da igualdade e liberdade. A definição da orientação sexual de uma pessoa decorre da “identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal opção não pode ser alvo de tratamento diferenciado”¹¹⁹, sob pena de ferir a dignidade daquele ser humano. Se o ordenamento jurídico determina a igualdade de todos perante a lei, sem distinções, dentro dessa premissa está incluída a orientação sexual.

Dessa forma, pode-se dizer que esta dignidade se manifesta através da expressão da autonomia do ser humano, assim como está ligada à ideia de uma independência e livre-arbítrio,

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

¹¹⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Forense. Rio de Janeiro. 2011. ISBN: 9788530933524. p. 42.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. [Em linha] 2008. Disponível em <https://berenicdias.com.br/familia-homoafetiva/?print=print>.

relativa a decisões fundamentais sobre sua própria existência, bem como a necessidade da sua tutela.

Portanto, qualquer tipo de discriminação referente à orientação sexual de um indivíduo representa um evidente desrespeito ao princípio da dignidade humana. Discriminações não podem ter o condão de legitimar restrições a direitos das pessoas. Desrespeitar ou prejudicar um ser humano com base em sua orientação sexual significa dispensar um tratamento indigno ao mesmo. Não se deve ignorar a condição pessoal de um indivíduo, aí estando incluída sua orientação sexual, como se este aspecto não fosse relacionado com a dignidade humana.¹²⁰

Sobre este princípio cabe, por fim, citar um trecho do voto do ministro Ayres Brito, relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n.º 4277, de 05 de maio de 2011, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu, no âmbito jurídico brasileiro, as uniões homoafetivas como entidades familiares, numa decisão de vanguarda:

“Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade.”¹²¹

Desta forma, é possível constatar que através da aplicação do princípio da dignidade humana todas as formações familiares são merecedoras da proteção do Estado. A mera circunstância de uma pessoa ter um relacionamento com outra de mesmo sexo não pode ser um empecilho ao reconhecimento deste relacionamento como entidade familiar. Negar a um ser humano o exercício do seu direito de constituir família de forma livre, macula gravemente o referido princípio.

2.3.2. Princípio da Igualdade

¹²⁰ RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. [Em linha] **Revista CEJ**, 2(6), 27-39. Disponível em <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/160>.

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. [Em linha] 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>.

Este princípio é, certamente, um dos mais importantes dos atuais ordenamentos jurídicos, em todos os níveis, inclusive no âmbito do Direito de Família. Na CRP, encontra-se previsto em seu artigo 13º, nos seguintes termos: “Princípio da igualdade 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

De acordo com o referido artigo, reconhecendo o princípio da igualdade, a Constituição proíbe diferenciações e atitudes discriminatórias, expressamente mencionando, inclusive, a proibição de distinções em razão da orientação sexual, assunto sobre o qual discorrer-se-á no próximo subtópico.

Em sua redação inicial, este dispositivo não trazia em seu texto a expressão “orientação sexual”, acrescentada apenas pela sexta revisão constitucional, no artigo 4.º da Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24 de julho¹²².

O princípio da Igualdade tem como destinatários tanto os órgãos que aplicam as leis, como aqueles que as criam.¹²³ Assim, deve ser observado pelo Legislativo, proibindo que sejam elaboradas normas que acarretem em distinções entre as pessoas e, ao mesmo tempo, pelos aplicadores do Direito, buscando sua aplicação de forma a minimizar e superar desigualdades.

Importante mencionar que este princípio possui duas vertentes: uma formal e uma material. Sob a ótica formal, deve ser entendido como a igualdade de todos perante a lei, ou seja, o emprego da legislação de forma isonômica a todos os cidadãos, independente das peculiaridades de cada um.

Ocorre que, na realidade fática, a aplicação da igualdade em sua vertente puramente formal pode gerar muitas injustiças, pois cada pessoa tem diferentes peculiaridades e necessidades. Assim, percebe-se que a incidência do princípio em comento, sob seu aspecto puramente formal, mostra-se insuficiente.

¹²² PORTUGAL. **Lei Constitucional n.º 1/2004**. Diário da República n.º 173/2004, Série I-A de 2004-07-24. Artigo 4º: [Em linha]. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei-constitucional/1-2004-506783> No n.º 2 do artigo 13.º da Constituição é eliminada a expressão «ou» entre «económica» e «condição» e é aditada in fine a expressão «ou orientação sexual», passando o número a ter a seguinte redacção: «2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.».

¹²³ MIRANDA, Jorge de. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Lisboa, Principia, 2006, p.47. ISBN: 9728818629.

Sob a ótica material, este princípio reconhece que deve ser dado tratamento igual àquelas pessoas que se encontram em situação idêntica e tratamento diferenciado para aqueles que se encontram em situação diversa. É a aplicação da definição aristotélica de igualdade, segundo a qual deve-se tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Refere-se, portanto à concretização da aplicação das normas, de forma que o sejam de forma plena e eficaz, garantindo um tratamento diferenciado, porém não arbitrário, apenas quando for necessário, em virtude das diferenças apresentadas, com base na razoabilidade.

Assim, é possível, sim, que a legislação estabeleça distinções. O que se veda são as diferenciações determinadas de forma arbitrária, infundadas ou sem justificativa razoável. Este é o verdadeiro sentido da igualdade material. O tratamento diferenciado, quando necessário, deve estar amparado em um fundamento que justifique a diferença.

Arbitrária, por exemplo, sob a nossa perspectiva, é a não permissão aos casais homossexuais do sexo masculino de ter acesso à gestação de substituição, enquanto que tal alternativa é possível a casais heterossexuais, mulheres sozinhas e casais de mulheres. Neste caso, entendemos que não existe justificativa razoável para um tratamento diferenciado, estando violado o princípio da igualdade. O tratamento desigual, para garantir a igualdade em sua ótica material, só se vincula à ideia de justiça quando ocorre de forma razoável, justificável e não arbitrária.

Sobre este assunto, Maria Berenice Dias ensina que a Constituição garante tratamento e proteção de forma igualitária para todos os cidadãos, e explica que a garantia da igualdade se conecta com a ideia de justiça. Segundo ela, os conceitos de justiça e de igualdade evoluíram e ambos, sob a ótica formal, significando a concessão de idêntico tratamento a todos aqueles que se encontrem numa mesma categoria, tornaram-se insuficientes, não bastando a aplicação da lei de forma igual para todos. O que se busca é a igualdade material, justamente porque existem desigualdades. Ademais, menciona a autora que “também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que respeito à diferença”¹²⁴.

Assim, a aplicabilidade do princípio em comento não acarreta o seu cumprimento apenas em sua vertente formal, mas gera, principalmente, o dever da igualdade material, impondo a eliminação de condutas que sejam discriminatórias. “Veda discriminações

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 54. 2017. ISBN 978-85-203-7095-7.

imotivadas, proíbe distinções injustificadas, inadmite privilégios. Não há democracia onde não sejam todos iguais perante a lei, sem distinções arbitrárias, desarrazoadas”¹²⁵.

Discriminar implica restringir, segregar, impedindo que as pessoas possam exercer seus direitos em igualdade de condições com as demais, apenas por existirem diferenças entre elas.

Assim, em paralelo ao princípio da igualdade, encontra-se o respeito às diferenças, que também se revela como um preceito de grande importância, uma vez que, atualmente, se vive em um mundo plural e inclusivo, em que a diversidade cresce a cada dia.¹²⁶ Respeitar a igualdade significa aceitar as diferenças, pois a mesma igualdade que define um tratamento isonômico, também engloba o direito de ser diferente, de construir uma vida sem a influência de rigores e padrões socialmente impostos, defendendo sua identidade e sendo aceito sem discriminações.

Porém, não é de grande valia, e não caracteriza uma democracia, a mera afirmação da igualdade de todos, inadmitindo preconceitos e outras formas de discriminação, enquanto, na prática, ainda existem diversos grupos sociais que sofrem com a segregação social e recebem tratamento desigual, como os homossexuais. Se vale a premissa de que todos são iguais perante a lei, a orientação sexual de um ser humano não pode ser alvo de um tratamento desigual e discriminatório.

Nessa linha de pensamento, Marianna Chaves e Maria Berenice Dias afirmam que a mesma sociedade que se declara defensora da igualdade ainda mantém uma postura discriminatória em relação à homossexualidade, sendo ainda evidente “a rejeição social à livre orientação sexual”. Acrescentam que o direito à homoafetividade encontra-se protegido pelo princípio fundamental da igualdade, que proíbe discriminações injustas, e também pela liberdade de expressão¹²⁷.

Para Taísa Ribeiro Fernandes¹²⁸, discriminar pessoas por conta de sua orientação sexual, constringendo-as, assim como não reconhecer direitos a determinadas relações familiares por serem formadas por pessoas de mesmo sexo, ou mesmo proibir e dificultar de alguma forma o exercício da sexualidade de outrem, significa o descumprimento do princípio da igualdade. O grupo de famílias homoafetivas e pessoas homossexuais em geral ainda é minoritário, porém,

¹²⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 152. ISBN 85-86456-94-2.

¹²⁶ STACCIARINI, André Felipe Lima. **A Evolução do conceito de família: as novas configurações familiares e suas consequências jurídicas e sociais**, p. 90 e 91. Dissertação de Mestrado UAL. Lisboa, 2020.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. **As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal**. *Lex Familiae* Revista Portuguesa de Direito de Família. Ano 5, n.º 9 (Janeiro / Junho 2008), p. 6. ISSN 0882-2863.

¹²⁸ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 152. ISBN 85-86456-94-2.

assim como os demais, merece tratamento digno, igualitário e com respeito à sua individualidade e seu modo de vida, e com atenção à sua dignidade.

A homossexualidade, como já visto no presente trabalho, não é nem uma doença, nem um tipo de perversão ou comportamento imoral. Trata-se da manifestação da sexualidade de uma pessoa, um modo de ser que reflete a individualidade do ser humano, afirmando sua personalidade. Assim, da mesma forma que uma pessoa tem o direito de exercer suas crenças religiosas, externar suas opiniões políticas, seus preceitos morais, tem, igualmente, o direito de exercer sua sexualidade e viver da forma que mais lhe faça feliz, sem ser agredido ou menosprezado por isso. O direito de ser diferente decorre de forma direta do princípio da igualdade, não podendo as pessoas ser discriminadas por apresentar variações àquilo que é tido como tradicional ou padronizado pela sociedade.

O princípio da igualdade é básico e fundamental, e se propaga por todas as relações sociais, inclusive familiares, como já mencionado. Além do transcrito artigo 13.º da CRP, está previsto em diversos outros dispositivos presentes na Constituição e em leis infraconstitucionais, por exemplo o artigo 36.º, segundo o qual: “1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. (...) 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.”

No âmbito da família, especificamente, não se admitem desigualdades entre os membros que fazem parte deste complexo de relações, sendo todos iguais em direitos e obrigações, não devendo ocorrer qualquer benefício referente a gênero, opção sexual ou outro. Assim, homens e mulheres, casais hetero ou homoafetivos, todos têm de forma igual o direito de constituir família e de atuar dentro daquele núcleo familiar, assim como não pode haver diferenças entre os filhos, se são biológicos, socioafetivos ou adotivos. O referido artigo 36.º, n.º 1 não apresenta nenhuma exceção ou exclusão ao direito de todos, em condições de igualdade, de constituir família.

Assim, se duas pessoas, ainda que não sejam casadas, possuem um vínculo de afeto entre si e passam a manter um relacionamento público e duradouro, vivendo como se casadas fossem, caracterizada está a formação de uma entidade familiar, independente do gênero a que pertencem ou de sua orientação sexual.

Teoricamente, a diferença entre a convivência entre casais homoafetivos e aqueles formados por homens e mulheres, seria a possibilidade de procriação. Todavia, em primeiro

lugar, esta não mais é uma característica necessária à configuração de um núcleo como família, não podendo ser uma justificativa para tratamento diferenciado. Ademais, existem casais heteroafetivos em que seus membros sofrem com problemas de infertilidade. Em segundo lugar, com a evolução da ciência e o surgimento das técnicas de PMA, surgiu a possibilidade de se fertilizar embriões fora do corpo, com recurso a material genético de terceiros doadores e também a possibilidade de se gestar fora do útero de quem forneceu o ovócito, utilizando-se de material genético de outrem. Restou possível, assim, que pessoas com problemas de fertilidade e casais de mesmo sexo possam procriar utilizando-se total ou parcialmente de gametas de doadores.

Porém fere o princípio da igualdade o fato de casais homossexuais do sexo masculino terem sido excluídos da legislação que permitiu o acesso às técnicas de PMA e, conseqüentemente, à gestação de substituição apenas a casais heterossexuais, casais homossexuais formados por mulheres e mulheres sozinhas.

Sobre estas restrições que continuam a existir na legislação, como a que acabamos de referir, a respeito da restrição à maternidade de substituição por casais masculinos, Jorge Miranda suscita a inconstitucionalidade da lei criadora ou mantenedora da desigualdade.¹²⁹

2.3.3. Princípio da Não Discriminação

A CRP estabelece em seu artigo 13.º, n.º 2, já transcrito no início do tópico anterior, o Princípio da Não Discriminação, que, em realidade, é um desdobramento do Princípio da Igualdade, acima debatido.

O primeiro documento internacional a tratar do princípio em comento, de forma ampla e inequívoca, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, em seu artigo 2.º estabeleceu que: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”¹³⁰.

¹²⁹ MIRANDA, Jorge de. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Lisboa, Principia, 2006, p.47. ISBN: 9728818629.

¹³⁰ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas [Em linha]. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>.

Inicialmente vale apontar que inobstante sejam, muitas vezes, empregados como se sinônimos fossem, os termos preconceito e discriminação têm significados distintos, não se confundindo. O preconceito se refere a ideias pré-concebidas na mentalidade de uma pessoa, são juízos de valor negativos, que não possuem razões lógicas que o fundamentem. Configura, portanto, uma concepção equivocada, a respeito de um assunto, ou grupo social. Já a discriminação, diz respeito a um comportamento díspar e pejorativo, relativo a alguém, em razão de um preconceito já incutido em suas ideias. Pode-se dizer, portanto, que a discriminação é a manifestação exterior do preconceito¹³¹.

Pode ser categorizada em duas espécies: direta e indireta. A discriminação direta decorre de condutas conscientes e intencionais praticadas. Já a indireta é decorrência de uma realidade histórica reproduzida através do tempo e que está presente em práticas que aparentam ser neutras, porém, que são dotadas de teor discriminatório¹³².

Assim, comportamentos considerados discriminatórios, que podem ser comissivos ou omissivos, são aqueles fundamentados em distinções que sejam arbitrárias e que violem a dignidade das pessoas, enquanto seres humanos. São tratamentos desiguais com a intenção de excluir, humilhar, inferiorizar ou desqualificar uma pessoa, em razão de sua(s) diferença(s). As condutas discriminatórias mais recorrentes são aquelas constantes no referido n.º 2 do artigo 13.º.

A discriminação contra homossexuais, objeto do presente tópico, é uma histórica, universal, notória e inquestionável realidade social. Estas pessoas, discriminadas em razão de sua orientação sexual, são historicamente vítimas de tratamentos desiguais e estigmatizados por grande parte da população. Porém, tais práticas, arbitrárias e sem fundamento, vale reiterar, não são compatíveis com um estado democrático baseado na dignidade humana. E o princípio da não discriminação vem reforçar este fato.

Todos os seres humanos são dotados de direitos, constitucional e infraconstitucionalmente previstos, não sendo permitido qualquer tipo de discriminação, seja por orientação sexual, gênero, diferença de raça, idade, cor da pele, sexo ou qualquer outro.

Melhor delineando a direção que pretendemos tomar ao analisar tal princípio, vale ressaltar que a orientação sexual é compreendida como “uma referência à capacidade de cada

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 28. ISBN 978-85-203-4168-1.

¹³² RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. 2008. *Apud* SOUZA, Carla Vieira de; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da não discriminação e a inclusão socioeconômica da pessoa transexual no mercado formal de trabalho. **Saber Humano**, v. 8, n. 13, p. 88-101, Jul./Dez. 2018. ISSN 2446-6298.

pessoa de ter profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero”¹³³. Ao longo do presente trabalho foi relatado que não se deve mais utilizar a expressão “opção sexual”, sendo “orientação sexual” a mais adequada, pois, como já visto, não se trata de uma opção e sim de um modo de ser, uma “variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.”¹³⁴

O que se deve levar em consideração é que, “muito mais prejudicial do que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros.”¹³⁵ O respeito e a igualdade devem ser para todos, que devem ter acesso às mesmas oportunidades, independente de quaisquer diferenças. O respeito à diversidade é essencial para que todos alcancem a dignidade enquanto seres humanos.

A sexualidade é algo que faz parte da condição de ser humano, sendo, portanto, um direito fundamental. A ninguém é possível uma realização pessoal plena se o direito ao exercício livre de sua sexualidade não estiver assegurado. Esta sexualidade compreende a liberdade sexual e também a liberdade de orientação sexual. Os princípios da igualdade e da não discriminação, garantindo um tratamento materialmente igualitário, não se vinculam a uma determinada orientação sexual. A sexualidade como parte integrante da natureza do ser humano abarca a sua dignidade. Assim, todas as pessoas têm o direito ao livre exercício de sua sexualidade, não podendo sua orientação sexual ser alvo de restrições, pois, de outra forma, não pode haver realização pessoal e, portanto, violada está a sua dignidade¹³⁶.

Por isso, é totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, ‘pré-conceitos’, ou seja, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro¹³⁷.

Conforme ensina Boaventura de Sousa Santos, sociólogo português, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a

¹³³ *Idem*, p. 43.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 41. ISBN 978-85-203-4168-1.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. [Em linha] 2008. Disponível em <https://berenicdias.com.br/familia-homoafetiva/?print=print>.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice, Apud FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais Efeitos Jurídicos**, 2004, p. 33.

nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.¹³⁸

No mundo plural e multicultural em que se vive hoje, onde a diversidade impera, o princípio da não discriminação adquire grande relevância, em conjunto com o princípio da igualdade e o respeito às diferenças, revelando que este direito de igualdade também significa ter o direito de ser diferente, sem ser discriminado por este motivo. Não se pode privilegiar certos grupos e marginalizar outros, tomando por base ideias retrógradas pré-concebidas, pois isto é preconceito. O privilégio de uma parte da sociedade em detrimento da subjugação das minorias não é condizente com um Estado de Direito democrático.

Por fim, aplicando-o ao tema do presente estudo, é possível perceber que o reconhecimento de determinados direitos apenas em favor de grupos selecionados, como é o caso da possibilidade de recurso à gestação de substituição, viola o princípio da não discriminação. A possibilidade de acesso a um contrato de gestação de substituição apenas a alguns segmentos da sociedade, representa uma forma de discriminação, uma diferenciação não legítima e não razoável. A possibilidade do uso da ferramenta apenas por casais heterossexuais, mulheres sozinhas ou casais formados por duas mulheres, exclui do acesso à parentalidade os casais homossexuais do sexo masculino, trazendo uma desequiparação com relação aos mesmos. Os casais homoafetivos masculinos estão sendo tolhidos do seu direito de constituir família por não terem acesso à gestação de substituição.

2.4 Tratamento Jurídico em Portugal

A homossexualidade é um fenômeno tão antigo quanto a heterossexualidade e conhecido desde os primórdios da humanidade. Em muitas sociedades durante muito tempo foi renegada, não admitida, discriminada e não regulamentada, porém, a verdade é que a sua presença nunca foi ignorada.¹³⁹

¹³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 33. ISBN 978-85-203-4168-1.

As diferenças de costumes, tempo, lugar e códigos sociais, condicionam a forma de encarar o relacionamento entre pessoas de mesmo sexo. Porém, a polêmica do reconhecimento e regulamentação desta população minoritária, se estende aos quatro cantos do planeta.

Há poucos anos, esta minoria se tornou mais visível, assim como outras várias formas de expressão da sexualidade. Atualmente, “menos restrições pesam sobre os homossexuais, cedendo a intolerância a uma atitude de maior compreensão.”¹⁴⁰ O crescimento dos movimentos de liberdade sexual, que passaram a se articular de forma mais organizada, a exemplo das paradas que acontecem em diversas cidades do mundo, contribuiu para uma maior aceitação desta realidade.

O que acontece, em verdade, é que este grupo, assim como os heterossexuais, também se une por vínculos, não apenas sexuais, mas também de afeto e, portanto, igualmente constitui famílias. Porém, a regulamentação de novas configurações familiares é sempre algo que se dá de forma lenta, uma vez que a sociedade em geral tem dificuldades de se “desapegar” do que é aceito e imposto e já está enraizado culturalmente.

Como visto no início deste capítulo, num passado não muito distante, o casamento era a única forma de configuração familiar socialmente aceita e legalmente reconhecida, ficando as demais uniões à margem da lei.

O tempo foi passando, o mundo foi mudando, as ideias e crenças das pessoas também, e, em decorrência de diversos fatores, como a possibilidade do divórcio e o reconhecimento jurídico do afeto, foram surgindo novos tipos de família. Ocorre que, até que fossem reconhecidas e recebessem a devida regulamentação legal, foi necessário tempo e muita luta dos grupos.

As uniões de facto não recebiam a proteção da lei como entidade familiar, sendo apenas consideradas sociedades de fato para fins patrimoniais. Somente no ano de 1999, através da Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, estas uniões, receberam regulamentação. Porém, cabe mencionar que o referido diploma conferia proteção e reconhecimento apenas para as uniões heterossexuais.

Os relacionamentos homossexuais, por sua vez, eram vistos com muito preconceito, arrenegados pela sociedade. Embora tenham sempre existido, seu reconhecimento jurídico se deu apenas no ano de 2001 com a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, que alterou a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, e passou a regular e conferir proteção jurídica aos enlaces entre “duas pessoas, que, **independentemente do sexo**, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de

¹⁴⁰ *Idem*, p. 40.

dois anos”¹⁴¹ (grifos nossos). Antes disso, este grupo não recebia nenhum tipo de tutela jurídica, social ou patrimonial.

Com a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, a redação do artigo 1577.º do CC, foi alterada e passou a definir o instituto do casamento como sendo o “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família, mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”¹⁴².

Assim, conforme explica Jorge Duarte Pinheiro, a diversidade de sexo deixa de ser requisito do casamento, sendo revogada a alínea e) do artigo 1628.º do Código Civil, que determinava a inexistência jurídica de casamentos contraídos entre pessoas de mesmo sexo. Esta modificação legal, foi antecedida de análise do Tribunal Constitucional, nos acórdãos n.º 359/2009, de 09/07/2009, e n.º 121/2010, de 08/04/2010, não tendo sido identificadas incompatibilidades entre o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a CRP¹⁴³.

Através desta redação, pode-se perceber que a lei não determinou a diversidade de sexo entre os contratantes, como fez anteriormente, deixando ela de ser um requisito para o casamento. A alínea e) do artigo 1628.º do CC, que estabelecia a inexistência jurídica do casamento homoafetivo, foi revogada (Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que altera a redação dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, n.º 1 do Código Civil).

Através desta mudança, a lei portuguesa passou a admitir o casamento entre duas pessoas de mesmo sexo, sem, no entanto, fixar-lhe um regramento específico, disso decorrendo que a estas uniões foi estendida a disciplina já existente para aquelas realizadas entre pessoas de sexo distinto, e ambos produzirão os mesmos efeitos. Vale ressaltar que, porém, apenas foi admitido o casamento civil entre pares homoafetivos. O requisito da heterossexualidade ainda permanece para o casamento católico.¹⁴⁴

Em 2016 entrou em vigor a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, que permitiu a adoção por casais homoafetivos casados ou que vivam em união de facto. Esta lei não trouxe alterações no sistema e nem na avaliação dos candidatos, apenas reconheceu a possibilidade da adoção por estas pessoas, assegurando o exercício de seus direitos em conformidade com os princípios da igualdade e não discriminação. O referido diploma normativo representou um marco

¹⁴¹ PORTUGAL. **Lei n.º 7/2001, de 11 de maio**; artigo 1.º, número 2. Adota medidas de protecção das uniões de facto. [Em linha]. 2001. Disponível em <https://app.parlamento.pt/violenciadomestica/conteudo/pdfs/legislacao/lei72001.pdf>.

¹⁴² **CÓDIGO Civil: Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966**. Artigo 1577.º. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7090-2.

¹⁴³ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Perspectivas da Evolução do Direito de Família em Portugal**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 354.

¹⁴⁴ *Idem*.

significativo para a comunidade LGBTQIA, consolidando um importante avanço no quadro normativo português.

Mascarar a realidade, como vinha sendo feito, não resolve as questões que surgem destas relações que, não são apenas sociedades de fato, mas sim de afeto, que é o mesmo elemento conector dos parceiros heterossexuais. Sociedades de fato possuem a finalidade de auferir lucro econômico-financeiro, as relações familiares, por sua vez, manifestam no afeto a necessidade de sua constituição. Ademais, reconhecer como entidade familiar uma relação de afeto travada entre duas pessoas do mesmo sexo “não compromete a estabilidade social, não acaba com a família e nem desestimula casamentos. Também não leva ao aumento da prática homossexual. Apenas permite que um maior número de pessoas saia da clandestinidade, deixando de ser marginalizada.”¹⁴⁵

Em Portugal, assim como em diversos outros países, os relacionamentos homoafetivos travaram uma árdua batalha até seu reconhecimento e regulamentação, como entidades familiares que são. Baseado nos princípios da igualdade, não discriminação e, especialmente, na dignidade da pessoa humana, hoje é reconhecida e garantida a liberdade de escolha de um companheiro ou cônjuge a uma pessoa homossexual, o que, porém, não significa que a guerra esteja vencida e que o preconceito tenha sido eliminado.

Embora conquistado o direito de viver em uniões de facto e de casar-se, em diversos âmbitos ainda se encontram empecilhos para estes grupos, para que se realizem e exerçam seus direitos de forma plena. Um exemplo disto é o acesso à parentalidade através da gestação de substituição.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 31.

CAPÍTULO 3 – A PROBLEMÁTICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO

3.1. Omissão legislativa quanto à gestação de substituição por casais homoafetivos masculinos

Conforme já estudado neste trabalho, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, alterou o artigo 6.º da LPMA para ampliar o rol dos beneficiários das técnicas de PMA, que passaram a ser: casais formados por pessoas de sexos distintos ou por duas mulheres, que sejam casados ou que vivam em condições análogas a dos cônjuges, assim como qualquer mulher, de forma singular, independente de ser casada ou da sua orientação sexual.

Também foi visto que ainda existem divergências a respeito dos beneficiários da gestação de substituição, especificamente, uma vez que a referida lei não traz em seu bojo uma definição precisa de quem seriam. Para alguns estudiosos, o artigo 6.º da LPMA seria aplicável integralmente não somente às técnicas de PMA, mas também aos casos de gestação de substituição que, embora não seja propriamente uma técnica de fertilização, dela se utiliza para seu intento. Já o CNPMA, em sua Deliberação n.º 20-II/2017, defendeu que, no caso da gestação de substituição, o conceito de beneficiários seria um pouco mais restrito¹⁴⁶, considerando como tal apenas os casais, heterossexuais ou formado por duas mulheres, casados ou que vivam em condições análogas a dos cônjuges, excluindo do rol as mulheres de forma singular.

Vale mencionar que não se partilha deste entendimento, uma vez que, embora a gestação de substituição não seja considerada efetivamente uma técnica de PMA, como afirmado pelo CNPMA, dela se utiliza para ser concretizada. Deste modo, entende-se que não faz sentido restringir o rol de beneficiários que têm acesso a essas técnicas. Embora concorde-se que a gestação de substituição foi idealizada para situações excepcionais, possuindo rigorosos requisitos de admissibilidade¹⁴⁷, entende-se que uma mulher solteira, que tenha um projecto

¹⁴⁶ Vide tópico 1.4 do 1º capítulo.

¹⁴⁷ Mafalda de Sá explica que os problemas suscitados pela gestação de substituição “são independentes da qualidade dos beneficiários, porque são atinentes à gestante, na perspectiva da protecção da sua autonomia e

parental e não tenha útero ou possua uma das patologias previstas em lei como autorizativas da gestação de substituição atende a estes rigorosos requisitos e deve ter o direito de se utilizar de tal recurso, em respeito ao princípio da igualdade.

Tendo em mente que a CRP adota um modelo familiar plural, protegendo os mais diferentes arranjos, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, autorizou a constituição de famílias monoparentais através do acesso às técnicas de PMA, ao permitir seu acesso a qualquer mulher, independente de seu estado civil ou orientação sexual. Assim, não faz sentido que se vede igual modelo familiar através do acesso à gestação de substituição¹⁴⁸.

Ressalte-se que o TC ainda não se posicionou sobre a matéria¹⁴⁹ para definir se todas as pessoas elencadas no artigo 6.º da referida lei seriam também beneficiárias numa eventual realização de gestação de substituição.

Independente desta manifestação do TC a respeito do assunto, ainda que considerando o rol de maneira ampla, a abarcar todas as pessoas constantes do artigo 6.º da LPMA, percebe-se que a lei excluiu do acesso à gestação de substituição os casais homoafetivos formados por homens, que ficaram privados da possibilidade de galgar um projecto parental com descendentes genéticos.

Tal exclusão gerou uma violação a direitos fundamentais e princípios constitucionalmente previstos e estudados no capítulo anterior do presente trabalho, como a igualdade, a não discriminação e a dignidade da pessoa humana, restringindo os direitos reprodutivos destas pessoas e também seu direito fundamental de constituir família.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, que trouxe a possibilidade da celebração de contratos de gestação de substituição, era compreensível a não menção aos casais de homens no rol de beneficiários, uma vez que estes contratos permaneciam ilegais e para se utilizar das técnicas de PMA seria sempre imprescindível a intervenção de uma mulher. Porém, após o advento da referida lei, não faz sentido vedar o acesso destas pessoas ao recurso da gestação de substituição, que, justamente por sua natureza, implica na intervenção de uma terceira pessoa, alheia ao casal beneficiário, necessariamente do sexo feminino, que irá gestar

dignidade e à criança, sobretudo, mas não só, pelo eventual conflito de parentalidade que possa surgir se a gestante se arrepender”. SÁ, Mafalda de. O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério. *In Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde*. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30, p. 70.

¹⁴⁸ “Com efeito, uma solução que permita o recurso a técnicas de PMA a casais homossexuais femininos e a mulheres singularmente, mas vede às últimas a gestação de substituição, não tem qualquer fundamento material”. – Mafalda de Sá – O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério. *In Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde*. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30, p. 70.

¹⁴⁹ Até o momento da redação deste trabalho.

a criança. Por este motivo, não cabe diferenciar se o casal beneficiário é formado por duas pessoas de sexos distintos, duas mulheres ou dois homens. Esta diferença, neste caso, é irrelevante.

O que houve, em realidade, foi um descompasso legislativo, uma vez que a gestação de substituição foi admitida através de uma alteração na lei, porém, o rol de beneficiários não foi devidamente atualizado para fazer constar os casais homoafetivos do sexo masculino.

É possível afirmar que a gestação de substituição é uma prática mais complexa, se comparada às técnicas de PMA, que envolve diversos interesses e gera muitas discussões, religiosas, legais, filosóficas. Assim, realmente exige uma maior cautela na sua regulamentação e nos seus requisitos de admissibilidade. Porém, uma vez admitida por lei, não pode haver distinções que maculem o princípio da igualdade, como é o caso, tendo sido permitido o seu acesso a casais heterossexuais, homossexuais do sexo feminino e vedado aos do sexo masculino este mesmo direito, sem nenhuma justificativa.

A lei, quando fala da gestação de substituição, explicita que a mesma somente é “admissível a título excepcional”, “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão ou outra situação clínica que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher” (Artigo 8.º, n.º 2 da LPMA). Ora, como visto acima, existe no processo de gestação de substituição a participação de uma terceira pessoa, necessariamente do sexo feminino. No caso dos casais formados por homens, da mesma forma como no caso das mulheres com ausência de útero, esta é a única maneira de concretizarem um projecto parental com descendentes genéticos, utilizando-se de técnicas de PMA. A única forma compatível com seu estilo de vida e com a sua dignidade, porque embora os membros do casal talvez não tenham problemas de fertilidade, individualmente falando, são socialmente inférteis e não se pode exigir que tenha relações (extraconjugais) com uma mulher com o intuito de procriar, em respeito à dignidade destas pessoas.

Através de contratos de gestação de substituição, um casal masculino pode promover a concepção de uma criança como um casal, dentro dos limites de seu relacionamento, permitindo a paternidade genética para pelo menos um dos homens e a paternidade intencional para ambos.

Como bem afirma Vera Lucia Raposo,¹⁵⁰ um homem singular heterossexual pode ter filhos através do ato sexual com uma mulher. Porém, no caso dos homossexuais esta prática não lhes pode ser exigível, pois o exercício do ato sexual com uma mulher seria com o intuito exclusivo de procriar e vai de encontro ao seu modo de vida, ferindo, assim, sua dignidade.

¹⁵⁰ RAPOSO, Vera Lucia - **Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)**. Revista do Ministério Público 149: janeiro - março 2017, p. 26-27.

A parentalidade, no caso de casais não só homoafetivos, mas de todos aqueles que fazem parte da comunidade LGBTQIA+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgéneros, Queer, Intersexuais, Assexuais e demais orientações sexuais e de gênero) em geral, não se dá por acaso, nem por acidente. Estas pessoas quando ascendem a um projeto parental o fazem intencionalmente e planejam suas vidas em função deste. Esta foi uma das conclusões do projeto de investigação *Intimate*¹⁵¹ que analisou, dentre outros aspectos, as questões relacionadas à parentalidade no âmbito da comunidade LGBTQIA+¹⁵², tendo adentrado na seara aqui estudada da procriação medicamente assistida e gestação de substituição. O projecto se desenvolveu a partir de entrevistas a pessoas LGBTQIA+ que têm a intenção de ser pais e, segundo a pesquisa, estes grupos têm os mesmos anseios de tornarem-se pais que os heterossexuais. Ocorre que as barreiras legais e sociais fazem com que o número daqueles que realmente avançam com um projecto parental seja menor.

Como recomendações, o projeto sugere alterações legislativas e ações no sentido de universalizar o acesso à reprodução e à parentalidade, promoção de tratamento igualitário a mães e pais, independente da orientação sexual, expressão ou identidade de gênero e estado relacional, desbiologização do conceito de parentalidade e parentesco, eliminação de discriminações face a famílias reprodutivamente diversas, dentre outros¹⁵³.

Assim, reitera-se que a exclusão em comento traz uma enorme incoerência, uma vez que a lei permitiu o acesso à gestação de substituição para casais de mulheres que, em teoria, podem se utilizar de todas as técnicas de PMA possíveis com o intuito de procriarem. Se for feita uma rápida comparação entre a necessidade de casais de mulheres e casais de homens buscarem a gestação de substituição, chega-se à conclusão de que é muito improvável que as duas mulheres membros do casal preencham os requisitos de admissibilidade, como a ausência de útero ou alguma outra patologia determinada pela lei¹⁵⁴.

¹⁵¹ INTIMATE. **Cidadania, Cuidado e Escolha: A Micropolítica da Intimidade na Europa do Sul**. [Em linha] Disponível em <https://www.ces.uc.pt/ces/intimate/> Estudo realizado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Trata-se de um projeto de investigação sobre cidadania íntima na Europa do Sul (Espanha, Itália e Portugal), tendo estudado as relações de conjugalidade, sexualidade, parentalidade, amizade e cuidado no âmbito da comunidade LGBTQ.

¹⁵² À época em que o projecto foi realizado, utilizava-se a sigla LGBTQ, que foi ampliada posteriormente para LGBTQIA+.

¹⁵³ SANTOS, Ana Cristina; SANTOS, Ana Lúcia; GUSMANO, Beatrice; SILVA, Luciana Moreira *et al.* (2022), **Intimate and Beyond: LGBTQI+** [Em linha] 2014-2022. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. Disponível em https://ces.uc.pt/intimate/documentos/Intimate_Book_Miolo_052022_D_completo_FINALISSIMO.pdf.

¹⁵⁴ DUARTE, Ana Rute Ferreira. **Procriação medicamente assistida e gestação de substituição em especial, os desafios trazidos pelas alterações à lei n.º 32/2006, de 26 de julho**. Dissertação de mestrado. Coimbra, p. 58-59. Coimbra, 2019.

Assim, elas têm uma menor necessidade de recorrer à gestação de substituição do que os homens, uma vez que é muito mais provável que ao menos uma das mulheres da relação tenha a possibilidade de se utilizar das técnicas de PMA como a IA ou a FIV. Os homens, por sua vez, não estão no rol das pessoas que não têm útero ou que possuem as patologias descritas na lei, simplesmente porque é biologicamente impossível que tenham. Estas pessoas estão biologicamente impedidas de gestar, independente da ocorrência de qualquer doença, sendo a gestação de substituição a única forma de alcançar um projecto parental com descendentes biológicos, sem que tenham sua dignidade ferida.

Conforme bem delinea Mafalda de Sá¹⁵⁵, “infundada é a exclusão dos homens, sozinhos ou em casal, do recurso à única técnica que lhes permite ter filhos com alguma ligação biológica, num contexto em que esta mesma técnica está juridicamente regulada e em que as mulheres homossexuais dela podem beneficiar”. A mesma autora também defende que se um sistema jurídico que traz em seu bojo regulamentação a respeito do acesso à PMA em configurações familiares homossexuais e monoparentais, bem como regulamenta o instituto da gestação de substituição, não deveria ser possível, por esta conjugação de fatores, uma contradição discriminatória como esta, com relação aos indivíduos que podem recorrer a estas técnicas.

Com esta exclusão, a lei está a impedir o acesso à gestação de substituição a pessoas para quem o instituto representa a única forma de reprodução possível dentro daquele casal, tanto quanto para as mulheres sem útero. Pela lei, os casais de lésbicas podem se utilizar de outras técnicas de PMA e também da gestação de substituição, nos casos mais extremos. Porém, quando se fala de pares homossexuais do sexo masculino, recorrer a estes contratos é considerado um crime, punido com pena de prisão de até um ano ou pena de multa de até 120 dias¹⁵⁶.

Como resultado desta discriminação, o que acaba acontecendo é que a opção por projetos familiares com descendência genética para essas pessoas torna-se restrito àqueles que fazem parte da elite econômica e possuem recursos financeiros para investir altas quantias em

¹⁵⁵ SÁ, Mafalda de. **O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério.** [Em linha] In *Lex Medicinæ*: revista portuguesa de direito da saúde. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30, p. 70. Disponível em <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publicações/publicações-online/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-saúde-ano-15-nº-30>.

¹⁵⁶ Artigo 39.º, número 3, da **Lei n. 32/2006**, de 26 de julho: “Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.ºs 2, 4, 5, 7 e 8 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias”.

dinheiro para conseguir acesso a esta técnica em países estrangeiros onde a prática é admitida¹⁵⁷.

A omissão legislativa do acesso à gestação de substituição por casais homossexuais masculinos, bem como a criminalização da sua prática é excludente e contrária à igualdade, não discriminação e dignidade humana, o que será verificado no tópico seguinte.

3.2 A gestação de substituição por casais homossexuais do sexo masculino e os princípios da igualdade e da não discriminação.

O tratamento diferenciado de grupos que se encontram na mesma situação fere o princípio da igualdade que, segundo J. J. Gomes Canotilho¹⁵⁸, é um “postulado de racionalidade prática”, ou seja, para todos aqueles que possuem iguais características, a lei deve prever situações e/ou resultados iguais.

Assim, se uma lei permite a um determinado grupo de pessoas o acesso à gestação de substituição e o proíbe a um outro grupo, deve ser analisada a legitimidade desta diferença de tratamento, pois caso se conclua pela sua arbitrariedade, será considerado inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade, que, como já visto, segundo seu eixo material, o tratamento diferenciado somente se justifica no caso de situações substancialmente diferentes.

No caso em análise, o Legislativo previu a possibilidade do recurso à gestação de substituição por casais homoafetivos do sexo feminino, contudo, não contemplou em seu texto os casais formados por membros do sexo masculino.

Ora, o que caracteriza a gestação de substituição é justamente a gestação para outra pessoa. Desta feita, diferenças biológicas não justificam a exclusão deste grupo como beneficiários no acesso a esta prática, uma vez que inexistente distinção na utilização do aparato por um casal homossexual formado por mulheres ou homens, ou um casal heterossexual.

Através de um contrato de gestação de substituição, diferente do que ocorre com as técnicas de PMA propriamente ditas, não há a necessidade de que um dos membros do casal seja dotado de um aparelho reprodutor feminino para gestar a criança, pois a gestante de

¹⁵⁷ Esta prática se chama gestação de substituição transnacional ou *cross-border surrogacy*.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 7ª Edição. 2003 p. 427. ISBN 978-9724021065.

substituição, terceira pessoa, fora da relação do casal, será aquela que cederá seu útero para tal intento.

Deste modo, uma lei que admita a celebração destes contratos por casais heterossexuais e homossexuais formados por duas mulheres e, ao mesmo tempo, a negue a casais do sexo masculino, está em evidente violação ao princípio constitucional da não discriminação em função do sexo^{159/160}, princípio essencial para promover uma sociedade inclusiva e respeitosa e que é decorrência do princípio da igualdade, além de ferir a dignidade da pessoa humana e comprometer direitos fundamentais, como o direito de constituir família e procriar.

Esses, como já visto, são princípios essenciais, que devem ser aplicados, permeando todas as esferas da sociedade, assegurando-se a proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, independentemente de seu gênero ou orientação sexual. Deve ser garantido a todos tratamento igualitário e digno, sem distinções baseadas em qualquer critério irrazoável. É imperativo garantir que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades e direitos no que diz respeito à realização de seu direito de procriar e formação de suas famílias.

A dignidade humana, disposta no artigo 1º da CRP, exige que todas as pessoas sejam tratadas com igual respeito e valor. Negar aos casais homossexuais masculinos o acesso à gestação de substituição baseado exclusivamente no fato de serem homens é uma afronta à sua dignidade e autonomia reprodutiva. Todos os indivíduos devem ser tratados de forma igualitária, independentemente de seu sexo, identidade de gênero ou orientação sexual, para que sejam verdadeiramente respeitados como seres humanos.

A ideia de um tratamento digno diz respeito também à realização pessoal e busca da felicidade, considerando o ser humano como um fim em si mesmo. Portanto, excluir este grupo de pessoas do acesso à gestação de substituição vai contra os direitos humanos e os valores constitucionais de respeito pela diversidade e igualdade de direitos, além de negar-lhes o direito de formar uma família, privando-os da oportunidade de exercerem sua capacidade reprodutiva e vivenciarem a paternidade. Essa exclusão atinge diretamente a dignidade desses casais, negando-lhes a igualdade de tratamento.

Nesse contexto, merecem relevância o art. 7.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), segundo o qual: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer

¹⁵⁹ PEREIRA, Maria Margarida Silva – **Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição**. [Em linha]. Janeiro, 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>.

¹⁶⁰ Atualmente seria mais adequado se falar em não discriminação em função do gênero, expressão que abarca não apenas os sexos feminino e masculino, mas todas as demais identidades de gênero existentes.

discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”¹⁶¹, o artigo 14.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que ao tratar da proibição de discriminação afirma que “o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”, além do artigo 6.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, que prescreve que: “Nenhuma pessoa será sujeita a discriminação com base nas características genéticas que tenha como objetivo ou como efeito atentar contra os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana”.¹⁶²

A este conjunto normativo internacional, acrescem-se disposições de igual relevo no direito da União Europeia, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que consagra, em seu artigo 1.º, a inviolabilidade da dignidade humana, reconhecendo-a como fundamento dos direitos e liberdades garantidos pela União, e os artigos 20.º e 21., que proclamam a igualdade de todos perante a lei, proibindo expressamente qualquer forma de discriminação. Em conjunto, esses dispositivos delineiam um núcleo essencial de proteção da pessoa humana no âmbito europeu, estruturado em torno da dignidade, da igualdade e da vedação à discriminação.

Ainda no plano europeu, o artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE) estabelece que a União se funda, dentre outros, nos valores do respeito pela dignidade humana, igualdade e respeito pelos direitos humanos. O artigo 8.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), por sua vez, estabelece que “Na realização de todas as suas ações, a União terá por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres”. Vale mencionar, ainda, o artigo 10.º do mesmo Tratado, que determina que, ao definirem e executarem suas políticas e ações, as instituições da União deverão combater todas as formas de discriminação, inclusive em razão do sexo ou da orientação sexual. Complementarmente, o artigo 19.º do diploma autoriza o Parlamento e o Conselho a adotarem medidas para combater a discriminação baseada, entre outros critérios, no sexo e na orientação sexual.

¹⁶¹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas [Em linha]. 1948. Disponível em <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

¹⁶² UNESCO. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos**. [Em linha] 1997. Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf>.

Segundo recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU) ¹⁶³, uma legislação inadequada contra a discriminação com relação à orientação sexual e identidade de gênero, somada a atitudes homofóbicas historicamente enraizadas, acabam por expor estes grupos a graves violações de seus direitos humanos, sendo um grande desafio a eliminação desta discriminação. É preciso ressaltar que “a proteção das pessoas com base na orientação sexual e identidade de gênero não requer a criação de novos direitos ou direitos especiais para pessoas LGBT. Ao contrário, requer a aplicação da garantia universalmente aplicável de não discriminação no gozo de todos os direitos”. Assim, em teoria e sob o aspecto jurídico, a questão é bastante simples, uma vez que a obrigação dos Estados de proteger esta minoria contra violações a seus direitos humanos já está devidamente estabelecida, sendo vinculativa.

A exclusão dos casais homossexuais masculinos do acesso à gestação de substituição na legislação portuguesa é uma clara violação aos direitos humanos e aos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e não discriminação. É imperativo que esses princípios sejam aplicados de forma consistente e inclusiva, garantindo que todos os cidadãos tenham igualdade de oportunidades e proteção dos seus direitos fundamentais.

Não existem diferenças substanciais que justifiquem tal exclusão em relação aos casais formados por duas mulheres. Se a legislação reconhece e aceita as estruturas familiares homoparentais e regula o recurso à gestação de substituição nestes moldes familiares, não pode ser decorrência desta conjugação positiva uma incoerência discriminatória quanto aos beneficiários, não fazendo sentido excluir os casais homossexuais masculinos desse direito.¹⁶⁴

Por este motivo, Mafalda de Sá¹⁶⁵ defende uma interpretação sistemático-actualística da ampliação do rol de beneficiários pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, com a posterior permissão do acesso à gestação de substituição. Assim, segundo esta autora, o elenco de beneficiários das técnicas de PMA deve ser o mesmo nos casos de gestação de substituição, incluindo as mulheres singulares, e, além disso, neste último caso, o rol deve ser alargado para incluir casais homossexuais masculinos e homens sozinhos¹⁶⁶, evitando-se a discriminação

¹⁶³ ONU. *Born free and equal. Sexual orientation and gender identity in international human rights law*. [Em linha] 2012. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>.

¹⁶⁴ SÁ, Mafalda de. **O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério**. [Em linha] In *Lex Medicinæ*: revista portuguesa de direito da saúde. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 30, p. 71. Disponível em <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publicações/publicações-online/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-saúde-ano-15-nº-30>.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ Na ocorrência desta modificação legal, restaria “inaplicável a condição referente à condição clínica da mulher, do n.º 2 do artigo 8.º da Lei da PMA, mas aplicável a condição do n.º 3, quanto à contribuição de gametas de pelo menos um dos beneficiários ou do beneficiário único”. Mafalda de Sá, p. 71.

normativa, em atendimento à pluralidade e aos princípios da igualdade, não discriminação e universalidade.

É importante ressaltar, mais uma vez, que a gestação de substituição é a única forma de acesso à parentalidade para um casal de homens, estabelecendo uma relação de paternidade com seus descendentes biológicos, sem a necessidade de recorrer a relações extraconjugais com mulheres. Exigir que eles adotassem tal medida seria ir contra a sua dignidade, uma vez que impõe uma condição discriminatória e prejudicial à sua identidade familiar.

Nesse contexto, vale mencionar a “Teoria do Pluralismo Procriativo” de Kimberly Mutcherson, que defende a fundamentalidade dos direitos reprodutivos e argumenta que este pluralismo diz respeito não só às formas físicas de concepção, mas também a um compromisso com uma visão ampla de família. Relaciona-se com a exigência de que as normas e a sociedade considerem maneiras pluralistas de expressão sexual e uma variedade de orientações sexuais. Esta teoria imagina um mundo no qual o ordenamento jurídico reconhece e protege o direito de criar filhos para uma variedade de atores em uma variedade de circunstâncias, porque a procriação engloba tanto os processos biológicos quanto os sociais relacionados à concepção, nascimento e cuidado de crianças¹⁶⁷.

Para Mutcherson, embora fundamental, o direito de uso das tecnologias de reprodução assistida pode ser limitado, sendo possível eventual proibição de uma determinada tecnologia reprodutiva. Porém, por uma questão de igualdade, tal proibição deveria se estender a todos. Uma vez que o Estado permita o uso em alguns contextos, não deveria poder proibir o uso da mesma tecnologia em outros. Portanto, todas as pessoas deveriam possuir um direito igual, mesmo que ninguém retenha um direito absoluto. Assim, a teoria do pluralismo procriativo defende a necessidade de um enquadramento legal que proteja a escolha e os atos procriativos, considerando a diversidade de formas de procriação e valorizando a pluralidade nas famílias e nas expressões sexuais¹⁶⁸.

Diante dessas considerações, é evidente a necessidade de revisão da legislação para garantir a aplicação plena dos princípios constitucionais de igualdade, dignidade e não discriminação no contexto da gestação de substituição. É preciso assegurar que todos, independentemente de seu sexo, gênero ou orientação sexual, tenham acesso igualitário aos meios legais disponíveis para a constituição de suas famílias e para o exercício pleno de seu

¹⁶⁷ MUTCHERSON, Kimberly M., *Procreative Pluralism*. [Em linha]. (June 21, 2014). *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, Vol. 30, No. 22, 2015, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2621223>.

¹⁶⁸ MUTCHERSON, Kimberly M., *Procreative Pluralism*. [Em linha]. (June 21, 2014). *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, Vol. 30, No. 22, 2015, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2621223>.

direito de procriar, respeitando sua identidade e autonomia reprodutiva, bem como para promover a realização pessoal e a dignidade de cada indivíduo dentro da sociedade.

Como mencionado no primeiro capítulo do presente estudo, em dezembro de 2021, foi publicada no Diário da República a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, alterando o regime de acesso à gestação de substituição, em face da declaração de inconstitucionalidade operada pelo TC no Acórdão n.º 225/2018. Como também já referido, o acesso à gestação de substituição atualmente encontra-se suspenso, tendo em vista a falta de regulamentação desta lei.

Este diploma legal alterou alguns aspectos do regime anterior, porém, nenhuma modificação trouxe no que diz respeito aos beneficiários dos contratos de gestação de substituição, permanecendo a atual situação de desigualdade, que ainda urge por uma solução, diante da latente violação aos princípios referidos.

Os contratos de gestação de substituição não estão disponíveis para a satisfação de um capricho, não podendo ser taxado de luxo o desejo de um filho biológico. Eles têm por escopo a concretização de direitos fundamentais aplicáveis a todas as pessoas como o direito à saúde, o direito à reprodução, o direito a constituir família¹⁶⁹ e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, número 1, da CRP).

Importante frisar que esta dissertação não busca defender ou criticar o instituto da gestação de substituição. Trata-se de um assunto muito polêmico, que envolve muitos direitos e questões de saúde, sociais, éticas, psicológicas etc., que nesta dissertação não se pretende adentrar, pela restrição do tema aos aspectos jurídicos, especificamente relacionados à aplicação do princípio da igualdade a quem pretenda realizar a gestação de substituição, em atenção aos direitos fundamentais dispostos na CRP e aos Direitos Humanos.

Assim, havendo a proibição de acesso à gestação de substituição, que o seja para todos. Havendo sua permissão e regulamentação, que assim também seja. Legislada a gestação de substituição, regulada e reconhecida a sua constitucionalidade, que o seja para todas as pessoas que pretendam a ela recorrer, observados os requisitos normativos. Restrições são sempre admitidas em direito para aqueles que não se encontram em igualdade de condições. É a igualdade material já estudada. Porém, proibições e restrições indiscriminadas não podem ser aceitas por ferirem normas constitucionais. Além de violação ao princípio da igualdade, se estaria violando a dignidade humana das pessoas que foram preteridos de seus direitos, também

¹⁶⁹ RAPOSO, Vera Lucia. **Quando a cegonha chega por contrato**. [Em linha] Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88, p. 27. 2012. Disponível em https://www.academia.edu/7885249/_Quando_a_Cegonha_Chega_por_Contrato_When_the_Stork_Arrives_by_Contract_.

se estaria diante de um tipo de discriminação, neste caso, com relação ao gênero e orientação sexual daqueles proibidos de realizarem seus projetos parentais e construir suas famílias.

O direito à constituição da família através de um projeto parental, não pode ser um privilégio de determinados grupos. Deve ser uma escolha pessoal e familiar, daqueles que possuem esse desejo.

Faz-se, portanto, necessária a urgente modificação legislativa alterando-se o atual regime de acesso à gestação de substituição para fazer incluir em seu texto, como beneficiários, os casais de homens, assegurando, assim, a não violação dos princípios e a garantia de seu cumprimento, garantindo a dignidade humana dessas pessoas.

É importante destacar que esta dissertação não se propôs a um estudo aprofundado sobre todas as orientações sexuais e identidades de gênero, mas sim sobre a homossexualidade e as famílias homoafetivas, pelo que se circunscreveu à análise da violação aos princípios da igualdade e não discriminação com relação aos pares homoafetivos masculinos e a necessidade de sua inclusão legal, dentro da limitação do objeto de estudo¹⁷⁰.

3.3. Os Direitos Fundamentais de constituir família e de procriar

A CRP, em seu artigo 36.º, n.º 1, estabelece que: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.” O artigo 67.º, por sua vez, descreve a família como “elemento fundamental da sociedade”, com direito “à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”, e determina que para sua proteção, incumbe ao Estado, dentre outras medidas, a regulamentação da PMA, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 67.º, n.º 1 da CRP).

Inicialmente, vale salientar que a CRP, ao prever este direito, juntamente com o direito de contrair casamento, não reduziu o conceito de família a uma união baseada no matrimônio¹⁷¹, sendo este apenas uma das formas de se constituí-la.

¹⁷⁰ Entretanto, existem diversos outros sujeitos, referentes a outras identidades de gênero que a legislação poderia abarcar, refletindo o alcance da igualdade e o respeito integral aos direitos humanos (como é o caso dos indivíduos transgênero) que porém, fogem à delimitação proposta nesta dissertação, uma vez que abrangem outros meandros de argumentação que não se coadunam neste trabalho.

¹⁷¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**: Volume I Introdução Direito Matrimonial. 5ª Edição. Imprensa da Universidade de Coimbra. 2016. p. 136. ISBN 978 -989 -26 -1166 -2.

Família, atualmente, é um conceito amplo e plural e o direito à sua constituição é um direito fundamental, conferido a todas as pessoas, sejam elas casadas ou não. Para Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira¹⁷², ele abrange o direito de procriar, primeiramente, e o direito de se estabelecer as relações de parentesco correspondentes.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁷³, por sua vez, defendem que este direito abarca o direito de estabelecer uma vida em comum e o direito a ter filhos.

Aqui, cabe ressaltar que a existência de uma prole não é essencial para a caracterização de um núcleo familiar.

Segundo Guilherme de Oliveira¹⁷⁴, o sentido tradicional deste direito seria a obtenção de reconhecimento jurídico, sem quaisquer discriminações, para os vínculos familiares de todos. Já Maria Berenice Dias¹⁷⁵ elenca o direito de constituir família como um dos direitos fundamentais.

Assim, pode-se dizer que o direito fundamental de constituir família engloba o direito de procriar e garante a todo indivíduo, além do direito de formar uma prole, seja ela consanguínea ou não, o direito de formar uma família, independentemente de sua formação, tendo em vista que atualmente o conceito de família é plural e não depende de gênero ou orientação sexual. Este direito demonstra a importância e o valor das relações familiares para o desenvolvimento pessoal, social e emocional dos indivíduos.

Para Jorge Duarte Pinheiro¹⁷⁶, o direito de constituir família engloba o direito de procriar, sendo conferida a liberdade de procriar ou não, e o direito de constituir vínculos de filiação, que significa o direito ao reconhecimento jurídico da qualidade de mãe/pai ou filho de uma determinada pessoa.

O que alguns estudiosos colocam em questão é se este direito de procriar inclui o acesso às técnicas de PMA.

Vera Lucia Raposo¹⁷⁷, em uma interpretação atualista, afirma que o direito de constituir família abrange o direito a reproduzir-se pelos meios naturais e através das técnicas de PMA.

¹⁷² *Idem*, p. 137, 138.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital; **CRP anotada**, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014. Anotações ao artigo 36.º.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 49 e 50.

¹⁷⁵ IBDFAM. "Todas as pessoas têm direitos pessoais e direitos sociais, dentro destes, o direito de constituir família. É um dos direitos fundamentais". [Em linha] 2022. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/9805/No+Dia+do+Orgulho+LGBTQIA%2B%2C+IBDFAM+destaca+conquistas+dos+últimos+anos>.

¹⁷⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 63-65.

¹⁷⁷ RAPOSO, Vera Lucia. **Quando a cegonha chega por contrato**. [Em linha] Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88, p. 27. 2012. Disponível em

Tendo em vista tratar-se de um direito fundamental, somente pode ser limitado para proteção de um outro direito de mesma categoria. Neste sentido, o artigo 18.º, n.º 2 da CRP determina que os direitos, liberdades e garantias somente podem ser restringidos por lei nos casos expressamente previstos na Constituição e tais restrições devem ser limitadas ao necessário para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos.

Corroborando este entendimento, o supramencionado artigo 67.º da CRP, em seu número 2, alínea e), ao proclamar a necessidade de regulamentação da PMA pelo Estado, de modo a salvaguardar a dignidade humana, reconhece-a como fonte originária de relações familiares.

Ainda no mesmo sentido, o TC, no Acórdão n.º101/2009, de 01 de abril de 2009¹⁷⁸, afirmou que o legislador constitucional, ao redigir o mencionado artigo, além de determinar a regulamentação da PMA, definiu uma referência principiológica a ser seguida pelo legislador ordinário, qual seja, a dignidade humana. Assim, esta norma implica a admissibilidade da PMA, ao mesmo tempo que restringe as formas de PMA que sejam lesivas à dignidade humana. Ademais, ainda neste acórdão, o TC sustentou que a PMA pode ser considerada uma das formas de exercício do direito fundamental de constituir família, explicando que a procriação heteróloga, todavia, não corresponde a uma solução constitucionalmente imposta, embora não seja contrária ao texto constitucional.

Assim, se este direito de constituir família se trata de um direito fundamental e abrange o direito de procriar, deve-se chegar à conclusão de que o mesmo, através do uso das técnicas de PMA, não deve ser negado a alguém que dele deseje usufruir, mas não consiga fazê-lo naturalmente, o que pode ocorrer por vários fatores.¹⁷⁹

Conclui-se que o direito fundamental de constituir família está relacionado à proteção dos vários arranjos familiares, sendo possível a constituição de núcleos familiares sob as mais diversas formas, como o casamento, a união estável, uniões homoafetivas, as famílias monoparentais, o instituto da adoção, a procriação através de recurso às técnicas de PMA, gestação de substituição, dentre outras. Embora o direito de procriar não seja absoluto, devendo observar os limites previstos na Constituição, ele não pode ser restringido a um grupo de pessoas, ao mesmo tempo em que é admitido a um outro grupo em igualdade de condições,

https://www.academia.edu/7885249/_Quando_a_Cegonha_Chega_por_Contrato_When_the_Stork_Arrives_by_Contract_

¹⁷⁸ **Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República, Série II – n.º 64 de 01 de abril de 2009. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/1143211>.

¹⁷⁹ DUARTE, Ana Rute Ferreira. **Procriação medicamente assistida e gestação de substituição em especial, os desafios trazidos pelas alterações à lei n.º 32/2006, de 26 de julho**. Dissertação de mestrado. Coimbra, p. 13. Coimbra, 2019.

sendo necessária a observância do princípio da igualdade, que protege a dignidade de todos os modelos familiares.¹⁸⁰

Uma vez que o recurso à gestação de substituição é legitimado pelo direito de procriar, vertente do direito de constituir família, e a referida prática é considerada legal e devidamente regulamentada em um ordenamento jurídico, permitindo o efetivo exercício do direito de constituir família por um determinado grupo, deve ser estendido a todos os demais que estão em situação de igualdade.

Tal entendimento deve ser aplicado ao caso em análise, referente a formação de família através do acesso à gestação de substituição por casais homoafetivos, uma vez que a lei garantiu tal prerrogativa apenas às mulheres, não tendo contemplado em seu texto os casais formados por homens. A garantia desse direito é essencial para promover a igualdade, o respeito à diversidade e a realização pessoal de cada indivíduo, gerando uma sociedade mais justa, inclusiva e respeitosa, onde todos têm a liberdade de escolher e vivenciar a experiência de família/parentalidade de acordo com suas necessidades e desejos.

Ao negar a este grupo a possibilidade de recurso à gestação de substituição, o Estado estará comprometendo a proteção dos seus direitos fundamentais de constituir família e procriar, garantidos pela CRP, limitando injustamente suas opções reprodutivas e negando-lhes a oportunidade de formar uma família da maneira desejada. Esses direitos não podem ser restringidos com base no gênero ou orientação sexual, pois todos os cidadãos têm o direito de buscar a felicidade e a realização pessoal em sua vida familiar. Tal restrição contradiz os princípios constitucionais de igualdade e não discriminação.

A gestação de substituição ocorre em nome do verdadeiro desejo de reproduzir-se, gerar descendentes e constituir uma família, exercitando o direito de todo e qualquer ser humano, consagrado e amparado, não só pela CRP, mas também pela DUDH em seu art. 16º, n.º 1 e 3¹⁸¹ e pela CDFUE, em seu artigo 9.º.¹⁸² Ademais, cabe ressaltar que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) consagra, em seus artigos 8.º, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, assim como a CDFUE em seu artigo 7.º.

¹⁸⁰ BONETTI, Yelba. **O Direito fundamental de constituir família e a reprodução assistida: limites e restrições ao projeto parental**. Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Lisboa. 2014.. P. 31.

¹⁸¹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – art. 16º - 1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

¹⁸² UE. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** – artigo 9.º - O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Este instituto tem o propósito de expandir as possibilidades de constituição de família de forma concreta e plena. Assim, embora notória a infertilidade de um casal homossexual, seja masculino ou feminino, nada impede que eles recorram a este método, realizando um projeto parental, pois, embora o casal seja socialmente infértil, os indivíduos, em si considerados, não necessariamente o são.

Diante desse contexto, mais uma vez frisamos que é fundamental que a legislação portuguesa seja revista para garantir que todas as pessoas que preencham os requisitos legais, independentemente de seu gênero e orientação sexual, tenham acesso igualitário ao direito de constituir família e procriar. A inclusão dos casais homossexuais formados por homens como beneficiários da gestação de substituição é uma medida necessária para garantir a plena realização desse direito fundamental, de acordo com os princípios constitucionais e os direitos humanos. Somente assim é possível assegurar a igualdade de oportunidades e respeitar plenamente a dignidade de todos os indivíduos na sociedade.

3.4. A gestação de substituição noutros países

O tema da gestação de substituição é amplamente debatido em diversos países, ganhando, em função das diferenças sociais e culturais, contornos distintos ao redor do mundo e gerando soluções jurídicas diversas para iguais questões, revelando um cenário de pluralismo jurídico global.

Essa disparidade normativa não se esgota na oposição clássica entre proibição e permissão. Pelo contrário, revela-se em múltiplas camadas normativas, que variam quanto à licitude da prática, à possibilidade de celebração de contratos onerosos, à admissibilidade de participação de pessoas solteiras ou casais homoafetivos, às formas de reconhecimento da filiação jurídica, dentre outros aspectos. As respostas legislativas ou regulamentares encontram fundamento em valores socioculturais, convicções morais e ideais religiosos, expressando diferentes concepções.

Nesse contexto, busca-se explicar, de forma breve e objetiva, como determinados países têm disciplinado juridicamente a matéria, com especial atenção à questão do acesso por casais homoafetivos.

A resposta normativa à gestação de substituição varia substancialmente. Em alguns países, esta prática é proibida e considerada crime, em razão de fundamentos religiosos, morais

e éticos, como é o caso da Itália e da França. Outros, por sua vez, permitem a gestação de substituição de forma ampla, admitindo-a inclusive na modalidade onerosa, como alguns estados dos Estados Unidos da América, Rússia e Ucrânia. Neste ponto, vale ressaltar que estes dois últimos não permitem seu acesso por casais homoafetivos.

Já países como Canadá e Brasil, além do Reino Unido, à semelhança do que ocorre em Portugal, admitem a gestação de substituição, inclusive para casais homossexuais, porém, impõem algumas restrições, como a gratuidade do processo. Por fim, vale salientar que em muitos países o assunto ainda não foi regulado, não havendo nenhum tipo de previsão legal a respeito, como é o caso da Argentina.

Esta grande discrepância entre os regimes legais dos diferentes Estados a respeito da gestação de substituição, com a proibição em determinados países e sua latente permissão em outros, faz com que muitas pessoas saiam de seu local de residência para buscar a realização deste tipo de contratos no estrangeiro, em países cujo ordenamento seja favorável à sua prática. A este fenômeno dá-se o nome de Gestação de Substituição Transnacional¹⁸³.

Essa mobilidade transfronteiriça suscita relevantes questões de direito internacional, nomeadamente quanto à validade dos contratos celebrados no estrangeiro, ao reconhecimento da filiação e à nacionalidade da criança. A ausência de normas internacionais uniformes, aliada à relutância de alguns Estados em reconhecer os efeitos jurídicos de práticas realizadas no exterior, pode gerar situações de vulnerabilidade jurídica, especialmente para as crianças.

Passa-se a analisar, de forma sucinta, a abordagem deste fenômeno em alguns países, mencionando em cada um deles, sempre que possível, como se dá o acesso por casais homoafetivos do sexo masculino, ponto central do debate neste trabalho.

Diante das diferenças de abordagem pelos vários sistemas jurídicos em que há um regramento expresso da matéria, Divide-se o estudo deste tópico em três grupos, levando em consideração as posições adotadas com relação a sua permissão ou proibição: o grupo dos países que proíbem e criminalizam a prática da gestação de substituição punindo sua ocorrência; o grupo dos países que a permitem em qualquer de suas modalidades (gratuita e/ou onerosa); e o grupo dos países que, assim como Portugal, admitem, porém com ressalvas no caso de sua celebração, inadmitindo a forma onerosa.

¹⁸³ SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: A ordem pública internacional e o melhor interesse do menor. Brasília.** [Em linha] Brasília, 2020. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, apresentada à Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf. p.11.

3.4.1. Países que proíbem a gestação de substituição

A proibição da gestação de substituição é característica dos ordenamentos jurídicos romano-germânicos¹⁸⁴, como é o caso de Itália e França. Nestes países ela não é aceita, sendo, inclusive, considerada crime, não podendo nenhum indivíduo recorrer a mesma, seja hetero ou homossexual.

A Itália possui uma das legislações mais conservadoras da Europa no assunto, fortemente influenciada pela Igreja Católica e pelo Estado do Vaticano. A norma que regulamenta a procriação medicamente assistida é a Lei n.º 40/2004¹⁸⁵ (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

De acordo com o artigo 12.º, item 6 da referida lei, a gestação de substituição, seja gratuita ou onerosa, é proibida, assim como a comercialização de gametas e embriões. Essas práticas são consideradas crimes puníveis com reclusão de três meses a dois anos, além de multa que varia de seiscentos mil a um milhão de euros.

Além disso, de acordo com a referida lei, o acesso às técnicas de PMA é reservado exclusivamente a casais heterossexuais com problemas comprovados de infertilidade ou esterilidade. Por fim, o artigo 4.º, item 3, estabelece que apenas as técnicas de reprodução assistida homólogas são permitidas, enquanto a reprodução heteróloga é expressamente proibida.

Após ter sido questionada por várias ações judiciais, esta lei foi declarada inconstitucional em algumas de suas partes pela *Sentenza n.º 162/2014*, de 9 de abril de 2014, como a proibição da fertilização heteróloga e a exclusão de seu acesso a casais férteis portadores de doenças genéticas transmissíveis. Nesta mesma decisão, a *Corte Costituzionale* considerou legítima a proibição ao recurso da gestação de substituição. Vale ressaltar que apesar de atualmente ser possível recorrer à procriação heteróloga, seu acesso permanece restrito aos casais heterossexuais.

¹⁸⁴ **Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional** publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

¹⁸⁵ **ITÁLIA. Lei n.º 40, de 24 de fevereiro de 2004.** *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Italia: *Gazzetta Ufficiale*, 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.html>.

Segundo as pesquisadoras Corinna S. Guerzoni e Tatiana Motterle,¹⁸⁶ em sua estrutura geral, a lei parece expressar uma preferência pela chamada família nuclear tradicional, estabelecendo um paradigma específico relacionado à "procriação legítima", que seria a "concepção natural" de casais heterossexuais. Assim, para elas, do ponto de vista legal, o modelo heterossexual nuclear teria primazia sobre todos os outros relacionamentos, considerados inadequados para acessar a reprodução apoiada pela medicina reprodutiva.

No que se refere à gestação de substituição, o argumento principal é que sua proibição se justifica pela necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana, visando evitar a exploração da mulher e impedir que ela seja reduzida a um meio de procriação para atender aos desejos de terceiros.

Essas severas restrições legais italianas levaram muitos casais heterossexuais e homossexuais, assim como pessoas solteiras, a procurarem esses procedimentos em outros países (gestação de substituição transnacional). Porém, tendo em vista que a legislação italiana é omissa no que se refere às consequências jurídicas advindas da celebração deste tipo de contratos no exterior, isso gera diversos conflitos, sendo, em alguns casos, necessário recorrer ao instituto da adoção, uma vez que a Corte italiana exclui a possibilidade de reconhecimento, na Itália, de um documento de comprovação estrangeiro que declare que a criança nascida por gestação por substituição é filho dos pais intencionais, entendendo que esse reconhecimento vai de encontro à ordem pública.¹⁸⁷

A França, por sua vez, implementou a regulação da reprodução assistida por meio da Lei nº 94-653/1994¹⁸⁸, de 29 de julho, que trouxe alterações ao Código Civil francês, abordando doação e uso do corpo, procriação assistida e diagnóstico pré-natal, além de modificações no Código Penal. Essa legislação é conhecida por impor restrições significativas, considerando as técnicas de reprodução assistida como um remédio não natural para a infertilidade patológica.

A gestação de substituição também é proibida na França, conforme o artigo 16-7 do Código Civil francês, presente no capítulo II do título I, intitulado "*du respect du corps humain*", que estabelece que "*toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour*

¹⁸⁶ GUERZONI, Corinna S., MOTTERLE, Tatiana. *Sul corpo dele surrogate*. 2018 [Em linha]. Disponível em <http://www.gendersexualityitaly.com/8-sul-corpo-delle-surrogate-analisi-del-discorso-pubblico-italiano-sulla-gestazione-per-altri/>.

¹⁸⁷ BARBA, Vincenzo. *Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano: La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias*. *Revista de Derecho Civil*. Jan-mar 2020. [Em linha] (enero-marzo 2020) Disponível em <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VII, núm. 1 Estudios, pp. 69-101.

¹⁸⁸ FRANÇA. *Lei nº 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*. [Em linha] Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000549619#:~:text=%2D%20Chacun%20a%20droit%20a%20respect,objet%20d%27un%20droit%20patrimonial>.

le compte d'autrui est nulle" (qualquer contrato relacionado à procriação ou gestação por conta de outrem é nulo).

Esse dispositivo reflete a ideia de que a maternidade é definida pela gravidez e pelo parto, tornando qualquer contrato de gestação de substituição inválido e, conseqüentemente, considerando a gestante de substituição como a mãe legal da criança a ser concebida.

A conduta da intermediação da gestação de substituição é considerada criminosa, acarretando uma pena de um ano de prisão e multa de 15 mil euros, para quem é dobrada se for realizada com fins lucrativos ou habitualidade, de acordo com o artigo 227-12 do Código Penal francês.

Diante da proibição expressa e tendo em vista a omissão da lei francesa no que concerne ao estabelecimento da filiação, a França tem se envolvido em conflitos transnacionais, a respeito do registro de crianças nascidas através de contratos de gestação de substituição celebrados no estrangeiro, para onde se deslocam os franceses que buscam esta alternativa para concretizarem um projecto parental. Em casos que ficaram conhecidos como *Menesson vs. France*¹⁸⁹ e *Labassee vs. France*¹⁹⁰, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) decidiu que a recusa do país em reconhecer a nacionalidade e cidadania às crianças envolvidas violavam os seus direitos da personalidade.

Por fim, vale mencionar que, no ano de 2021, foi publicada uma nova lei na França, permitindo o acesso às técnicas de reprodução assistida, que antes eram restritas aos casais heterossexuais, por mulheres solteiras e casais homoafetivos formados por duas mulheres. A prática da gestação de substituição, contudo, continua a ser proibida, independente da orientação sexual.

Além da Itália e França, a gestação de substituição também é proibida em outros países europeus, como Espanha, Alemanha e Suíça.

Na Suíça¹⁹¹, a Constituição Federal, em seu próprio texto, no artigo 119.º, alínea 2, letra d), proíbe todas as formas de gestação de substituição.

Na Espanha, a legislação sobre reprodução assistida¹⁹² proíbe expressamente a gestação de substituição, considerando nulo de pleno direito um contrato com este objeto, além de

¹⁸⁹ **Caso nº 65192.11** do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145389%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145389%22]}).

¹⁹⁰ **Caso nº 65941.11** do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.

¹⁹¹ SUIÇA. *Constitution fédérale de la Confédération suisse: le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdites*. Artigo 119.º, alínea 2, letra d). [Em linha]. Disponível em www.parlament.ch.

¹⁹² ESPANHA. *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2.*

determinar que a filiação das crianças nascidas através da celebração desses contratos será determinada pelo parto.

Na Alemanha essa proibição está principalmente presente na legislação de proteção embrionária (*Embryonenschutzgesetz*, § 1º, 7), que pune quem realizar inseminação artificial ou transferir um embrião humano para uma mulher que esteja disposta a deixar definitivamente o seu filho a um terceiro após o nascimento, e na legislação de adoção (*Adoptionsvermittlungsgesetz*, § 13a, b, c y d), que define e proíbe a prática da gestação de substituição de forma expressa.¹⁹³

3.4.2. Países que permitem a gestação de substituição

Ao contrário dos países citados no subtópico anterior, a gestação de substituição é permitida na Rússia e Ucrânia, inclusive em sua forma onerosa, sendo, todavia, vedado o seu acesso a casais homoafetivos, mormente por conta das ideologias ultraconservadoras dos governos locais.

Na Rússia, a gestação de substituição é regulamentada pelo Código de Família Russo, que, em seu Parágrafo 4.º do Artigo 51, estabelece que pessoas casadas entre si que tenham dado seu consentimento por escrito para a implantação de um embrião em outra mulher com o objetivo de gestação poderão ser registradas como pais da criança apenas com o consentimento da gestante. Não há necessidade de adoção ou decisão judicial e o nome da gestante não é mencionado na certidão de nascimento. Após o registro dos pais intencionais no livro de registros de nascimento, a gestante perde irrevogavelmente todos os direitos sobre a criança.¹⁹⁴

O instrumento contratual de gestação por substituição é executável apenas no que diz respeito à responsabilidade financeira das partes, sendo inexecutável qualquer cláusula que obrigue a gestante a entregar a criança aos pais de intenção. O consentimento prévio da gestante para entregar a criança aos pais intencionais, se concedido, não é vinculante. Teoricamente,

La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. [Em linha]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>.

¹⁹³ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos.** [Em linha] 2016. Disponível em https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwjgrYbT_cX_AhUAAAAAHQAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Fcivilistica.emnuvens.com.br%2Frede%2Farticle%2Fdowload%2F608%2F449%2F&psig=AOvVaw0CrCe3Y0IYQIezv4lunm56&ust=1686942762793417.

¹⁹⁴ *Idem.*

uma gestante pode interromper a gravidez e até mesmo ficar com a criança, embora nenhum caso desse tipo tenha sido registrado.

Na Ucrânia, a gestação por substituição é legalizada desde 2004, sendo restrita a casais heterossexuais com diagnóstico de infertilidade comprovada. Apesar dessa restrição, o país é amplamente reconhecido como um dos principais destinos para gestação por substituição transnacional, especialmente para casais provenientes da Europa Ocidental.

A popularidade da Ucrânia como destino para gestação por substituição se deve à presença de diversas clínicas especializadas e aos custos relativamente baixos envolvidos na realização da fertilização *in vitro* e no pagamento de compensação à gestante substituta.

O Código da Família da Ucrânia autoriza a prática da gestação de substituição, porém, algumas condições são estabelecidas para os pais contratantes que desejam recorrer à gestação por substituição. Ao contrário da Rússia, é necessário que pelo menos um dos pais contratantes forneça seu próprio material genético para o procedimento, não sendo permitido o uso de óvulos e espermatozoides doados. Já para se tornar uma gestante substituta, é exigida a idade mínima de 18 anos, um atestado de saúde física e mental, e a comprovação de que a mulher já tenha pelo menos um filho biológico.¹⁹⁵

De acordo com a legislação atual, quando do nascimento, é realizada pela gestante de substituição a renúncia dos direitos e deveres relacionados à criança, de forma escrita e registrada, sendo a certidão confeccionada em favor dos pais contratantes. Assim, a partir da celebração do acordo oneroso de gestação de substituição, os contratantes são considerados pais da criança gerada, sendo inadmissível o posterior arrependimento da gestante, não havendo fundamento para tal na lei ucraniana.¹⁹⁶

Outro país que permite a gestação de substituição, ao menos em parte do seu território, é os Estados Unidos da América. Em se tratando de um Estado Federativo que adota o sistema da *Common Law*, a gestação de substituição é tratada de maneiras diferentes em cada Estado. Alguns estabeleceram regulamentações com base em precedentes judiciais, enquanto outros têm legislação específica sobre o assunto. Em certos estados, a prática da gestação por substituição é proibida, em outros, é permitida legalmente ou jurisprudencialmente por não possuir uma regulamentação abrangente.

¹⁹⁵ SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por Substituição: A Ordem Pública Internacional e o Melhor interesse do Menor**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2020. p. 12.

¹⁹⁶ BRITO, Nara Pinheiro Reis Ayres; MORAIS, Airana Avohay Nascimento de. **Breves apontamentos sobre a gestação por substituição durante a guerra de 2022 na Ucrânia**. Revista De Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ, 2022. 3(1), 60–70. <https://doi.org/10.47595/cjsiurj.v3i1.107>.

Atualmente, a maioria dos cinquenta Estados americanos permite a gestação de substituição, incluindo casos em que é realizado de forma onerosa. No entanto, como já citado, devido à autonomia legislativa de cada Estado, existem posições bastante divergentes em todo o país. Como principal exemplo de políticas favoráveis à gestação de substituição remunerada, tem-se o Estado da Califórnia. Vale mencionar que é perceptível a utilização relativamente alta de óvulos doados, uma vez que as políticas tendem a ser mais favoráveis aos casais de mesmo sexo que procuram a gestação de substituição¹⁹⁷.

De acordo com pesquisa realizada¹⁹⁸, a Califórnia lidera o país em número de clínicas e agências de maternidade de substituição e, segundo dados apresentados, um terço das agências “gay friendly” do país estão concentradas neste estado. Ainda em conformidade com esta mesma pesquisa, a Califórnia sempre esteve na vanguarda da reprodução assistida para casais do mesmo sexo, desde a emenda do Código de Família¹⁹⁹ que, no ano de 2013, passou a proteger legalmente os arranjos de maternidade de substituição gestacional independente do estado civil ou orientação sexual dos pais pretendidos.

Alguns Estados impõem restrições ao procedimento, como em Washington²⁰⁰, que a gestante de substituição deve ter dado à luz a pelo menos um filho próprio antes de poder gestar em nome de outra pessoa, cada mulher só pode participar de no máximo duas gestações de substituição e o contrato deve ser validado judicialmente antes do início do procedimento. Em Nova Iorque, por sua vez, contratos com compensação financeira são ilegais e sujeitos a multa, enquanto contratos gratuitos não são proibidos. Tratando-se de um estado mais liberal com leis pró-LGBT, possui o terceiro maior número de clínicas de infertilidade do país, com grande parte delas acessíveis a casais homossexuais do sexo masculino.²⁰¹

¹⁹⁷ PERKINS, Kiran M.; BOULET, Sheree L.; LEVINE, Aaron D.; JAMIESON, Denise J.; KISSIN, Dmitry M. *Differences in the utilization of gestational surrogacy between states in the U.S.* [Em linha] 2018, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Volume 5, April 2018, Pages 1-4. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661817300229>.

¹⁹⁸ JACOBSON, Heather. *A limited market: the recruitment of gay men as surrogacy clients by the infertility industry in the USA.* [Em linha] 2018. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661818300418>.

¹⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado da Califórnia. *California Legislative Information*. Título 1217. Capítulo 466. Altera a Seção 7960, parte 7, divisão 12 e adiciona a seção 7962 ao Código de Família. Disponível em: https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217.

²⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Washington. *Revised Code of Washington (RCW)*. Título 26. Capítulo 26. 26A. Seção 26. 26A. 705. Washington, 2019. Disponível em: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>.

²⁰¹ JACOBSON, Heather. *A limited market: the recruitment of gay men as surrogacy clients by the infertility industry in the USA.* [Em linha] 2018. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661818300418>.

O estado de Michigan, por sua vez, através do *Surrogate Parenting Act MCL Section 722.851*²⁰², torna todos os contratos, acordos ou arranjos de maternidade de substituição inválidos e inaplicáveis por serem contrários à política pública. Além disso, contratos de maternidade de substituição com compensação estão sujeitos a penalidades criminais.

Observa-se, portanto, que alguns estados têm posições bastante divergentes, mas, de maneira geral, os Estados Unidos da América adotaram uma postura flexível, com ampla permissão para técnicas de reprodução assistida. Além disso, há uma ampla presença de clínicas de reprodução humana e agências de maternidade de substituição, o que atrai muitos estrangeiros que buscam esse procedimento no país.

3.4.3. Sistemas Mistos

Nos países que denominamos de sistemas mistos, a gestação de substituição é admitida, porém com algumas ressalvas. No Canadá²⁰³, é permitida a gestação de substituição, sendo vedada sua modalidade onerosa, assim como a utilização de material genético da gestante. Seu acesso é permitido a todas as pessoas, independente de seu estado civil ou orientação sexual. Da mesma forma, o Reino Unido²⁰⁴ admite a gestação de substituição altruísta e permite, em sua legislação, o acesso a casais homoafetivos e pessoas solteiras.

No Brasil, o tema é regulamentado através de instrumentos infralegais, resoluções do Conselho Federal de Medicina, adotando normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, inclusive gestação de substituição, inexistindo lei editada a este respeito.

A primeira resolução²⁰⁵ foi editada no ano de 1992, e, desde o início, trouxe a permissão, juntamente com a obrigatoriedade do altruísmo, sendo vedada a modalidade onerosa. Inicialmente, representava uma opção para mulheres com impossibilidade ou contraindicação de gestação, estabelecendo que a “doadora temporária do útero” deveria ser parente até o 2º grau da mãe intencional. A referida resolução restou silente a respeito da orientação sexual dos

²⁰² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Michigan. *Surrogate Parenting Act MCL Section* Disponível em <http://www.legislature.mi.gov/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-722-851>.

²⁰³ CANADÁ. *Assisted Human Reproduction Act* de 2004. [Em linha] Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>.

²⁰⁴ UNITED KINGDOM. *Surrogacy arrangements act 1985*. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/2009-10-01> -.

²⁰⁵ Conselho Federal de Medicina. Resolução N.º 1.358, DE 1992.

pais intencionais ou da possibilidade de pessoas singulares recorrerem ao instituto, não trazendo previsão a este respeito.

Cerca de dezoito anos depois, no ano de 2010, houve uma revisão sobre o tema, pela Resolução n.º 1.957 do CFM, mas esta não trouxe novidades no campo da gestação de substituição. Somente em 2013, foi editada uma nova resolução pelo CFM²⁰⁶, que apresentou modificações importantes para os processos de gestação de substituição.

Em oposição àquela editada em 1992, que não apresentou um rol definido dos possíveis beneficiários, a Resolução n.º 2.013 do CFM deixou claro que não existe nenhum óbice quanto à orientação sexual dos pais intencionais, trazendo de forma expressa em seu texto a possibilidade de acesso à gestação de substituição por casais homoafetivos, embora tenha permanecido silente a respeito da possibilidade de acesso por pessoas singulares.

Além disso, vale destacar a limitação de idade da gestante de substituição, chamada “doadora temporária do útero”, fixada em 50 anos, definida em razão dos riscos da aplicação da técnica em mulheres mais maduras. A resolução previu limites de idade também para os dadores de gametas, sendo 50 anos para os homens e 35 para as mulheres.

Com relação à gestante de substituição, passou a ser possível para mulheres com parentesco de até 4º grau com qualquer um dos parceiros, admitindo exceções, desde que autorizadas pelo Conselho. Tal previsão visa preservar o caráter altruísta do processo e evitar, teoricamente, a contratação onerosa para a realização da gestação de substituição.²⁰⁷

A inclusão da possibilidade expressa de utilização da gestação de substituição por casais homoafetivos foi decorrência do reconhecimento, em 2011, das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo Supremo Tribunal Federal, nas decisões das ações ADI 4.277 e ADPF 132, garantindo-lhes a aplicação do mesmo regramento dado à união estável entre homens e mulheres. Esta célebre decisão gerou um aumento na procura da gestação de substituição por casais homossexuais, o que desencadeou a necessidade de uma previsão expressa de sua possibilidade, independente de uma eventual constatação de infertilidade de seus membros.

Em 2017 foi editada uma nova resolução pelo conselho²⁰⁸, que trouxe de forma expressa a possibilidade de pessoas solteiras também recorrerem à gestação de substituição.

No ano de 2021 foi publicada a Resolução n.º 2.294, de 17 de maio. De acordo com este novo regramento, a cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo. Além disso,

²⁰⁶ Conselho Federal de Medicina. Resolução N.º 2.013, de 2013.

²⁰⁷ Maria Berenice Dias discorda afirmando que “Se essa limitação decorre de uma tentativa de coibir pagamento ou remuneração, essa restrição já existe. Esse requisito acaba cerceando o direito constitucional à forma de constituir família.”.

²⁰⁸ Conselho Federal de Medicina Resolução N.º 2.168, de 2017.

foi inserida, de modo expresse, a possibilidade de pessoas transgênero poderem recorrer às técnicas de reprodução.

Maria Berenice Dias discorda dessa ampliação de exigências, afirmando ser desnecessário o requisito da gestante já ter um filho. Segundo a mesma autora, a exigência de um vínculo de parentesco biológico com a cedente temporária do útero não se justifica, uma vez que “vivemos na era dos vínculos parentais de várias origens, baseados no afeto.”²⁰⁹

Finalmente, no ano de 2022, o CFM publicou sua resolução mais recente, a Resolução n.º 2.320, de 20 de setembro, que atualmente rege os casos de recurso a esta prática, mas não trouxe nenhuma inovação em matéria de gestação de substituição.

Deve-se destacar que, embora essas resoluções sejam importantes, é necessário que seja promulgada uma lei que regule o assunto no Brasil, a fim de evitar a insegurança jurídica, principalmente no que se refere ao estabelecimento da filiação das crianças nascidas por meio desses contratos. Uma legislação específica proporcionaria segurança jurídica também aos casais e pessoas solteiras que, sem recursos financeiros para contratar uma clínica especializada, optam pela inseminação caseira. Com frequência, devido à falta de acompanhamento médico e registro adequado do procedimento, esses casos acabam sendo levados ao Judiciário durante o processo de registro da criança. Já existem decisões de diversos tribunais brasileiros reconhecendo a dupla maternidade a crianças nascidas fruto de inseminação caseira realizada por casais de mulheres.

Diante da análise perpetrada, observa-se que há uma variedade de abordagens adotadas pelos diferentes países. Alguns proíbem a prática taxando-a como crime, outros permitem-na amplamente, inclusive em sua forma onerosa, e apresentam um rol inclusivo de beneficiários. Por outro lado, países como Rússia e Ucrânia permitem a gestação de substituição, mas possuem legislação discriminatória e atentatória aos Direitos Humanos, restringindo seu acesso apenas a casais heterossexuais. Dentre os países considerados de sistemas mistos, Canadá, Reino Unido e Brasil admitem a gestação de substituição, inclusive para casais homossexuais, porém, com algumas restrições, como a necessidade de gratuidade do processo. Estes últimos sistemas apresentam um rol de beneficiários amplo e inclusivo, estando os casais homoafetivos expressamente previstos nos textos legais (ou resoluções, como é o caso do Brasil). Considerando o contexto português, onde a gestação de substituição é permitida apenas para

²⁰⁹ IBDFAM. CFM publica normas éticas para reprodução assistida, com atenção a pessoas trans e fertilização post mortem. [Em linha] 2021. Disponível em https://ibdfam.org.br/noticias/8588/CFM+publica+normas+éticas+para+reprodução+assistida%2C+com+atenção+a+pessoas+trans+e+fertilização+post+mortem?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Boletim_IBDFAM_670&utm_medium=email.

casais heterossexuais e de mulheres, é possível perceber que os sistemas que poderiam inspirar a legislação portuguesa seriam aqueles que adotam uma abordagem mais inclusiva, garantindo o acesso à gestação de substituição também aos casais homoafetivos do sexo masculino. Essa abordagem seria mais coerente com os princípios da igualdade e não discriminação, reconhecendo a capacidade deste grupo de formar uma família e exercer sua parentalidade de maneira livre e igualitária.

A igualdade e a não discriminação são princípios fundamentais do direito internacional dos direitos humanos e todas as pessoas, sem distinção, têm o direito de receber tratamento igualitário pela lei, assim como o direito à proteção contra a discriminação, inclusive por motivos de orientação sexual e identidade de gênero. O que se observa, porém, é que as leis e políticas dos países, que deveriam trazer proteção, na realidade são fonte de discriminação, seja direta ou indireta. Os Estados têm que garantir a não discriminação no exercício dos direitos humanos, para todos, sendo uma obrigação imediata e transversal, através da promulgação de uma legislação abrangente, que proíba a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero tanto no âmbito público quanto privado.²¹⁰

²¹⁰ ONU. **Igualdade e não discriminação**. [Em linha]. Disponível em <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/Equality-And-Non-Discrimination-PT.pdf>.

CONCLUSÃO

A presente dissertação de mestrado buscou analisar a exclusão dos casais homossexuais formados por homens do acesso à gestação de substituição, sob a ótica dos princípios da igualdade e não discriminação. Ao longo deste trabalho foram abordados alguns aspectos relacionados à gestação de substituição, um pouco da sua evolução histórica, alinhada com a transformação do conceito de família, as famílias homoafetivas, os princípios da dignidade humana, igualdade e não discriminação, bem como a legislação sobre o tema.

Iniciou-se com um panorama da evolução histórica do modelo familiar e da gestação de substituição, que buscou demonstrar que esta prática, em realidade, é extremamente antiga, remontando aos tempos bíblicos. Entretanto, antigamente, não se imaginava a possibilidade da dissociação da maternidade genética da uterina, que foi tornada real com os avanços científicos no campo da biotecnologia e da genética. Restou verificado, porém, que o ordenamento jurídico não conseguiu acompanhar a termo estes avanços da ciência.

A família, que antes era rígida e possuía um modelo tido como padrão, teve seu conceito remodelado, rompendo esses padrões para reconhecer arranjos antes rechaçados, inexistentes ou impensados, surgindo diversas novas configurações. A PMA irrompeu, trazendo novos contornos à possibilidade de se gerar filhos, imiscuindo-se num processo que antes era puramente natural. A partir de então, a gestação de substituição se popularizou uma vez que se tornou mais factível, sem a necessidade do ato sexual com a gestante e com a ruptura de uma ligação genética com a mesma, além da possibilidade de laços biológicos com uma criança gestada em um útero alheio.

A gestação de substituição, através das técnicas de PMA, surgiu como uma opção que permite a realização do projeto parental para aqueles que enfrentam dificuldades reprodutivas. Em Portugal, a Lei nº 32/2006, conhecida como LPMA, foi responsável por abordar a questão, inicialmente proibindo a prática e, posteriormente, em 2016, através de uma alteração legislativa, permitindo-a.

De acordo com esta lei, os beneficiários das técnicas de PMA, elencados em seu artigo 6º, são casais heterossexuais ou de duas mulheres, que estejam casados ou vivam em condição equivalente à de cônjuges, bem como qualquer mulher, independentemente de seu estado civil ou orientação sexual. A lei não apresentou um rol específico de beneficiários para a gestação

de substituição, pelo que muitos estudiosos estenderam a esta prática o elenco do mencionado artigo 6º. O CNPMA, ao se pronunciar sobre o assunto, afirmou que a gestação de substituição não seria propriamente uma técnica de PMA, pelo que defendeu a restrição das pessoas que poderiam ter acesso, considerando como beneficiários apenas os casais heterossexuais ou de duas mulheres, casados ou vivendo em condição análoga. Foi explicado que o Tribunal Constitucional ainda não se posicionou sobre esta questão, porém, restou latente que, ainda que seja considerado o rol amplo do artigo 6º, este não abarca os casais homoafetivos do sexo masculino, embora traga previsão para os casais formados por mulheres de forma expressa.

Ressaltou-se que esta exclusão levanta questionamentos sobre a igualdade, a não discriminação e a dignidade humana, princípios fundamentais consagrados pela Constituição, além do direito de constituir família. Ademais, argumentou-se que a aplicação desses princípios não pode ser comprometida por permissões desiguais a grupos em situações semelhantes.

Ao longo do segundo capítulo tratou-se da evolução histórica, concepções e terminologias das famílias homoafetivas. Em seguida foram explorados os princípios constitucionais mais relevantes sobre o tema: dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação. Foi ressaltado o reconhecimento social e legal da homoafetividade, explicitando que muita luta já foi travada por essas entidades antes não reconhecidas. Atualmente, embora existam desafios e preconceitos a serem superados e um longo caminho no combate à discriminação, já se pode vislumbrar um maior reconhecimento e visibilidade social, não só dos pares homoafetivos, mas de toda a comunidade LGBTQIA+, que permanece em constante batalha pelos seus direitos. Nesse sentido, a igualdade perante a lei e a não discriminação foram apontadas como fundamentais para a construção de uma sociedade justa e inclusiva.

No terceiro capítulo enfatizou-se a exclusão dos casais de homens do acesso à gestação de substituição, evidenciando como tal fato viola os princípios constitucionais mencionados anteriormente, bem como o direito fundamental de constituir família. A exclusão desse grupo é injustificada, uma vez que a técnica em si não depende do sexo dos cônjuges, mas sim da necessidade de uma pessoa do sexo feminino para ceder temporariamente seu útero. Privar casais de homens desse direito, enquanto casais de mulheres têm acesso a todas as técnicas de PMA, incluindo a gestação de substituição, é uma incoerência legal e uma afronta à igualdade, não discriminação e dignidade humana.

Nesse contexto, enfatizou-se a necessidade de repensar a legislação e promover a equidade no acesso à gestação de substituição para todos aqueles que dela necessitam, independentemente do gênero, da orientação sexual ou configuração familiar. A aplicação dos

princípios constitucionais não pode ser comprometida por permissões desiguais a grupos em situações semelhantes.

Ainda neste capítulo discorreu-se sobre o direito de constituir família, consagrado tanto pela legislação nacional quanto por tratados internacionais dos quais Portugal é signatário.

Por fim, a breve análise dos ordenamentos jurídicos de outros países que estudamos apresentou-se como uma contribuição relevante para a compreensão do tema e para a promoção de debates e identificação de referências que auxiliem a promover a equidade e o respeito aos direitos humanos. A revisão legislativa é um passo importante para a construção de uma sociedade mais inclusiva, na qual todos tenham a oportunidade de exercer seu direito fundamental de constituir família.

É importante ressaltar que a protecção dos direitos fundamentais não se trata apenas de uma questão de justiça, mas também de respeito à dignidade humana. Negar aos casais homossexuais masculinos a possibilidade de vivenciar a experiência da paternidade biológica por meio da gestação de substituição é negar-lhes a oportunidade de formar uma família e vivenciar plenamente sua identidade e afetividade.

Assim, esta dissertação conclui que a exclusão dos casais homossexuais formados por homens do acesso à gestação de substituição representa uma violação à dignidade e aos princípios da igualdade e não discriminação consagrados na Constituição, bem como ao direito fundamental de constituir família.

É importante destacar que esta dissertação não teve por objetivo defender ou criticar a prática da gestação de substituição, mas sim enfatizar a importância de garantir a igualdade de acesso a essa técnica para todos aqueles que dela necessitam, independentemente da orientação sexual ou configuração familiar.

Diante desse cenário, uma vez admitida sua prática pelo ordenamento jurídico, torna-se necessária a revisão da legislação para promover mudanças que garantam a igualdade de tratamento a todos os indivíduos, garantindo que os casais homossexuais formados por dois homens sejam tratados de forma justa e tenham seus direitos fundamentais plenamente respeitados, não sendo excluídos do acesso à gestação de substituição, em consonância com os princípios da igualdade, não discriminação, dignidade humana e direito de constituir família.

É fundamental que o acesso à gestação de substituição seja concedido a todos os que necessitam dessa técnica, sem discriminação ou exclusões injustificadas. A busca por uma sociedade justa e inclusiva demanda a revisão da legislação, a fim de garantir que todos tenham igualdade de oportunidades no exercício do direito de constituir família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Carolina Holanda Maciel. **Novas Concepções de Família e Adoção**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa. 2019.

ARRIBAS, Javier Rubio. *Aspectos Sociológicos de la Transexualidad. Nómadas*. [Em linha] **Critical Journal of Social and Juridical Sciences**. Vol. 21, núm. 1, 2009. ISSN: 1578-6730. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18111521019>.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e Direito de Paternidade. In **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. São Paulo: Editora Método, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida. In **Revista da Ordem dos Advogados**. Disponível [Em Linha]: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=65580&ida=65542_

ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e Direito de Paternidade. In **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. São Paulo: Editora Método, 2009.

ASCENSÃO, José Oliveira de. O início da vida. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: EMERJ. V. 11, nº 44, 2008. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_17.pdf_

BARBA, Vincenzo. *Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano: La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias*. *Revista de Derecho Civil*. Jan-mar 2020. [Em linha] (enero-marzo 2020) Disponível em: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VII, núm. 1 Estudios, pp. 69-101.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **O Direito da Família Português: algumas características.** In Jornadas de Direito Comparado, Portugal/Marrocos, ISMAT / *Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales d'Agadir*, 2013.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Património Genético.** Coimbra: Almedina, 2006.

BARBOSA, Marina Pepe Ribeiro. **Maternidade por substituição.** Rio de Janeiro: PUC Rio, 2012. [Em linha]. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Marina%20Pepe%20Ribeiro%20Barbosa.pdf

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada.** Nova tradução na linguagem de hoje. São Paulo : Paulinas Editora, 2011.

BONETTI, Yelba. **O Direito fundamental de constituir família e a reprodução assistida: limites e restrições ao projeto parental.** Dissertação de mestrado. Universidade de Lisboa, Lisboa. 2014.

BOTELHO, Catarina Santos. **A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?.** [Em linha] Revista Jurídica Portucalense / *Portucalense Law Journal* N.º 21. P. 275. 2017 Disponível em <https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/752>.

BRITO, Nara Pinheiro Reis Ayres; MORAIS, Airana Avohay Nascimento de. **Breves apontamentos sobre a gestação por substituição durante a guerra de 2022 na Ucrânia.** Revista De Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ, 2022. 3(1), 60–70. <https://doi.org/10.47595/cjsiurj.v3i1.107>.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões.** 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN: 9789724009933.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito.** [Em linha]. 2006. Disponível em:

<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-omnipotencia-do-sujeito/>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina, 7ª Edição. 2003. ISBN 978-9724021065.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP anotada**, 4ª edição revista, vol. I, Coimbra Editora, 2014.

CNPMA. **Missão e atribuições**. [Em linha]. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Missao-e-Atribuicoes.aspx>.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de Direito de Família: Volume II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de Direito de Família: Volume I: Introdução Direito Matrimonial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2016. ISBN 978 -989 -26 -1166 -2.

CONFERÊNCIA DE HAIA. *A Preliminar Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, **Conferência de Haia de Direito Internacional Privado**. [Em linha]. (Março, 2012). Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

CORREIA, Eufrásia Georgina Neto. ***Mater semper certa est? A maternidade de substituição no ordenamento jurídico português***. Porto: Faculdade de Direito Universidade do Porto. Tese de Mestrado em Direito.

COSTA, Marta e SILVA, Paula Martinho da. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

COUTINHO, Diana. **Um parto difícil: Da (in) constitucionalidade da gestação de substituição**. [Em Linha]. Braga, 2018. Universidade do Minho. Escola de Direito.

Disponível em
<https://www.direito.uminho.pt/pt/Sociedade/PublishingImages/Paginas/Atualidade-Juridica/Um%20parto%20dif%C3%ADcil%20-%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

CRORIE, Benedita Mac. O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. *In: Estudos em comemoração ao décimo aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*. Almedina, 2003. ISBN 9789724020754.

CRUZ, Marjory de Oliveira. **Gestação de substituição por famílias homoafetivas**. Trabalho de conclusão de curso de Bacharelado em Direito. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014.

DIAS, Maria Berenice, CHAVES, Marianna. As famílias homoafetivas no Brasil e em Portugal. *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito de Família*. Ano 5, n.º 9 (Janeiro / Junho 2008). ISSN 0882-2863.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – aspectos jurídicos e sociais**. 2004. [Em Linha]. Disponível em <https://berenicedias.com.br/uniao-homossexual-aspectos-sociais-e-juridicos/>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. ISBN 978-85-203-4168-1.

DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. [Em linha] 2008. Disponível em http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n03art02_dias.pdf.

DUARTE, Ana Rute Ferreira. **Procriação medicamente assistida e gestação de substituição em especial, os desafios trazidos pelas alterações à lei n.º 32/2006, de 26 de julho**. Dissertação de mestrado. Coimbra. 2019.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Editora Método, 2004. ISBN 85-86456-94-2.

FIGUEIREDO, Eurídice. Desfazendo o gênero: a teoria queer de Judith Butler. 2018. **Revista Criação & Crítica**, (20), 40-55. <https://doi.org/10.11606/issn.1984-1124.v0i20p40-55>
https://www.scielo.br/j/ref/a/64NPxWpgVkt9BXvLXvTvHMr/?lang=pt_

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62331-6.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos**. [Em linha] 2016. Disponível em https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwjgrYbT_cX_AhUAAAAAHQAAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Fcivilistica.emnuvens.com.br%2Ffredc%2Farticle%2Fdownload%2F608%2F449%2F&psig=AOvVaw0CrCe3Y0IYQIezv4lunm56&ust=1686942762793417.

GUERZONI, Corinna S., MOTTERLE, Tatiana. *Sul corpo dele surrogate*. 2018 [Em linha]. Disponível em <http://www.gendersexualityitaly.com/8-sul-corpo-delle-surrogate-analisi-del-discorso-pubblico-italiano-sulla-gestazione-per-altri/>.

JACOBSON, Heather. *A limited market: the recruitment of gay men as surrogacy clients by the infertility industry in the USA*. [Em linha] 2018. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661818300418>.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira. Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação**. 2ª. Edição, Global South Press Editora. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARANHÃO, Gabriela. **Relações Homoafetivas: Uniões de Afeto**. [Em linha] Publ. 23 ago. 2011. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/artigos/União%20homoafetiva:%20Afeto.pdf.

MARTINS, Flavio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; CARVALHO, Beatriz Santos. **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**. Âmbito Jurídico. [Em Linha]. Ano XII, n.º 69, (Outubro, 2009). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&re%20vista_caderno=6 ISSN 1518-0360.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Forense. Rio de Janeiro. 2011. ISBN: 9788530933524.

MIRANDA, Jorge de. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Lisboa, Principia, 2006. ISBN: 9728818629.

MOREIRA, Raquel Veggi; REIS, Verusca Moss Simões dos. **Gestação de substituição: Implicações filosóficas e redefinição da noção de maternidade**. **Em Construção: arquivos de epistemologia histórica e estudos de ciências** [Em linha]. N.º 6 (2019). Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/emconstrucao_

MUTCHERSON, Kimberly. **Procreative Pluralism**. [Em linha]. (jun. 21, 2014). *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, Vol. 30, No. 22, 2015, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2621223>.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas): O contrato de gestação**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. **Famílias contemporâneas: As voltas que o mundo dá e o reconhecimento jurídico da homoparentalidade**. Juruá Editora, Curitiba, 2011. ISBN 978853623546-2.

PEGADO, Isilda. **“Barriga de aluguer”**. [Em linha]. Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.apfn.com.pt/news_detalhe.php?id=806.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição**. [Em linha]. Janeiro, 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/>.

PERKINS, Kiran; BOULET, Sheree; LEVINE, Aaron; JAMIESON, Denise; KISSIN, Dmitry. ***Differences in the utilization of gestational surrogacy between states in the U.S.*** [Em linha] 2018, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, Volume 5, April 2018, Pages 1-4. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661817300229>.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de Direito da Família e das Crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lições, 4.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2013.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Perspectivas da Evolução do Direito de Família em Portugal**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PROENÇA, Carlos Carranho. **Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia: dimensões teóricas e práticas**. Coimbra, 2016. Tese de doutoramento, p. 292. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/26659>

RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre os contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). In **Revista do Ministério Público**. N.º 149, ano 38.

RAPOSO, Vera Lucia. **Quando a cegonha chega por contrato**. [Em linha] Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88. 2012. Disponível em https://www.academia.edu/7885249/_Quando_a_Cegonha_Chega_por_Contrato_When_the_Stork_Arrives_by_Contract_.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. [Em linha] **Revista CEJ**, 2(6), 27-39. Disponível em <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/160>.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. 2008. Apud SOUZA, Carla Vieira de; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da não discriminação e a inclusão socioeconômica da pessoa transexual no mercado formal de trabalho. **Saber Humano**, v. 8, n. 13, p. 88-101, Jul./Dez. 2018. ISSN 2446-6298.

SÁ, Mafalda de. **O Estabelecimento da Filiação na Gestação de Substituição: À Procura de um Critério**. [Em linha] *In Lex Medicinæ*: revista portuguesa de direito da saúde. Instituto Jurídico| Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.o 30. Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/publicações/publicações-online/lex-medicinae-revista-portuguesa-de-direito-da-saúde-ano-15-nº-30>.

SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: A ordem pública internacional e o melhor interesse do menor. Brasília**. [Em linha] Brasília, 2020. Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, apresentada à Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Ana Cristina; SANTOS, Ana Lúcia; GUSMANO, Beatrice; SILVA, Luciana Moreira *et al.* (2022), **INTIMATE and Beyond: LGBTQI+** [Em linha] 2014-2022. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. Disponível em https://ces.uc.pt/intimate/documentos/Intimate_Book_Miolo_052022_D_completo_FINALISSIMO.pdf.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STACCIARINI, André Fellipe Lima. **A Evolução do conceito de família: as novas configurações familiares e suas consequências jurídicas e sociais**. Dissertação de Mestrado UAL. Lisboa, 2020.

FONTES DOCUMENTAIS

IBDFAM. No dia do orgulho LGBTQIA+, IBDFAM destaca conquistas dos últimos anos.

"Todas as pessoas têm direitos pessoais e direitos sociais, dentro destes, o direito de constituir família. É um dos direitos fundamentais". [Em linha] 2022. Disponível em <https://ibdfam.org.br/noticias/9805/No+Dia+do+Orgulho+LGBTQIA%2B%2C+IBDFAM+destaca+conquistas+dos+últimos+anos>.

IBDFAM. CFM publica normas éticas para reprodução assistida, com atenção a pessoas

trans e fertilização post mortem. [Em linha] 2021. Disponível em https://ibdfam.org.br/noticias/8588/CFM+publica+normas+éticas+para+reprodução+assistida%2C+com+atenção+a+peessoas+trans+e+fertilização+post+mortem?utm_source=sen+dinblue&utm_campaign=Boletim_IBDFAM_670&utm_medium=email.

ILGA WORLD. State Sponsored Homophobia: Global Legislation Overview Update. Ilga.org,

2020 Updated Edition. Disponível em https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf.

ONU. OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. [Em linha] 2019.

Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/83343-oms-retira-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais>.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas

[Em linha]. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>.

ONU. *Born free and equal. Sexual orientation and gender identity in international human rights law*. [Em linha] 2012. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>.

UNESCO. **Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos**. [Em linha] 1997. Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf>.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução N.º 1.358, de 1992.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução N.º 2.013, de 2013.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução N.º 2.168, de 2017.

CANADÁ. *Assisted Human Reproduction Act* de 2004. [Em linha] Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>.

CNECV. Parecer 63/2012 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. **Parecer sobre procriação medicamente assistida e gestação de substituição**. p. 8. 2012. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/parecer-sobre-procriacao-medicamente-assistida-e-gestacao-de-sub>.

Decreto n.º 27/XIII, de 13 de maio de 2016. **Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)**. Disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396c4e5755785a474>

d344e6930784d444e6c4c54526d597a51744f574d334d5330334e6d466c4e32497a4d574a694f474d755a47396a&fich=e5e1dc86-103e-4fc4-9c71-76ae7b31bb8c.doc&Inline=true.

Deliberação n.º 20-II/2017, de 20 de outubro do CNPMA. **Interpretação do conceito de beneficiários.** Disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Paginas/Deliberacoes-mandato-II.aspx#:~:text=Delibera%C3%A7%C3%A3o%20n.%C2%BA%2020%2FII,recurso%20a%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o>.

ESPAÑA. **Ley 14/2006, de 26 de mayo**, sobre *técnicas de reproducción humana asistida*. [Em linha]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado da Califórnia. **California Legislative Information**. Título 1217. Capítulo 466. Altera a Seção 7960, parte 7, divisão 12 e adiciona a seção 7962 ao Código de Família. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120AB1217.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Michigan. **Surrogate Parenting Act MCL Section** Disponível em <http://www.legislature.mi.gov/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-722-851>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Washington. **Revised Code of Washington (RCW)**. Título 26. Capítulo 26. 26A. Seção 26. 26A. 705. Washington, 2019. Disponível em: <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26A.705>.

FRANÇA. **Lei n.º 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain**. [Em linha] Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000549619#:~:text=%2D%20Chacun%20a%20droit%20au%20respect,obj%20d%27un%20droit%20patrimonial>.

ITÁLIA. **Lei n.º 40, de 24 de fevereiro de 2004**. *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Italia: *Gazzetta Ufficiale*, 2004. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.html>.

LEI n.º 32/2006. Regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)
Diário da República I Série, n.º 143 (26-07-2006).

PORTUGAL. **Código Civil: Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966**. 9ª ed.
Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7090-2.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. [Em linha] 1976. Disponível em
<https://www.ministeriopublico.pt/iframe/constituicao-da-republica-portuguesa>

PORTUGAL. **Lei Constitucional n.º 1/2004**. Sexta revisão da Constituição. Diário da
República n.º 173/2004, Série I-A de 2004-07-24. [Em linha]. Disponível em
<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei-constitucional/1-2004-506783>

PORTUGAL. **Lei n.º 7/2001, de 11 de maio**. Adota medidas de protecção das uniões de facto.
[Em linha]. 2001. Disponível em
<https://app.parlamento.pt/violenciadomestica/conteudo/pdfs/legislacao/lei72001.pdf>

PORTUGAL. **Lei n.º 25/2016**, de 22 de agosto. Regula o acesso à gestação de substituição.
[Em linha]. 2016. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/25-2016-75177806>.

SUIÇA. *Constitution fédérale de la Confédération suisse: le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits*. [Em linha]. Disponível em
www.parlament.ch.

UNITED KINGDOM. *Surrogacy arrangements act 1985*. Disponível em
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/2009-10-01> -.

JURISPRUDÊNCIAS

Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República n.º 87 de 07 de maio de 2018, Série I. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. [Em linha] 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>

CASO n.º 65192.11 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145389%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145389%22]})

CASO n.º 65941.11 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>

PORTUGAL. **Acórdão n.º 101/2009** do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, Série II – n.º 64 de 01 de abril de 2009. [Em Linha]. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/1143211>