

DIREITO DE IDENTIDADE E MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO ORIGINÁRIA DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

RIGHT OF IDENTITY AND MOTHERHOOD OF SUBSTITUTION THE RELATIONS ARISING HOMOSEXUALS

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte*

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o “Direito de Identidade e a Maternidade de Substituição dos Casais Homoafetivos”. Pelo exposto, busca-se analisar o Direito que casais homoafetivos possuem, de constituir família e ainda serem genitores de seus próprios filhos, usando os métodos já conhecidos na medicina, que é a Maternidade de Substituição. Sendo assim aborda-se o surgimento da Bioética e do Biodireito: onde a primeira surge com o desenvolvimento de pesquisas em seres vivos, se propondo a introduzir certos valores morais básicos. Já o segundo dado o contexto de evoluções tecnológicas surge para atender as necessidades de toda essa mutação, exigindo dos operadores de direito as mudanças necessárias para este novo problema, sendo exemplo a Reprodução Humana Assistida que na atualidade é utilizada para casais com problemas de reprodução, para mulheres que pretendem a produção independente e também aos casais homoafetivos que utilizam a gestação por outrem para realizarem o sonho de serem pais ou mães.

Palavras-chave: Casal Homoafetivo, Direito de Identidade, Maternidade de Substituição, Bioética, Biodireito.

ABSTRACT

This article aims to discuss the “Law of Identity and Motherhood Replacement for homosexuals couples,” the foregoing, seeks to analyze the law that homosexual couples have, is a family and still be parents of their own children, using methods already known in medicine, which is the Maternity Replacement. Therefore we discuss the emergence of bioethics and Biolaw, first appeared with the development of research on living beings, proposing to introduce certain basic moral values, the Biolaw given the context of technological developments arises to meet the needs of all the mutation, requiring operators of law necessary changes for this new problem, example being the Assisted Human Reproduction that currently is used for couples with reproductive problems for women who want independent production and also to homosexual couples who use pregnancy by others to perform the dream of becoming fathers or mothers, in an egalitarian state should not create obstacles for anyone who wants to exercise paternity / maternity so that they can perform well the right to genetic identity, like any other couple, whether or “heteroafetivo ou homoafetivo”.

Keywords: Homosexuals Couple, Right to Identity, Surrogate Motherhood, Bioethics, Biolaw.

1 INTRODUÇÃO

* jhonatann_duarte@hotmail.com

A globalização e seu efeito de circulação (multi)cultural e identitária tem provocado a ressignificação local de valores sociais, de conceitos sobre as formas de comportamento humano, atingindo de forma profunda tradições há muito consolidadas na vida dos povos.

Nesta mutação global os países organizam manifestações, grupos de discussão, elaboram leis de acordo com as novas demandas. Entretanto, no Brasil o Legislativo muito pouco tem realizado para mudar certas tradições consolidadas, como no caso específico da união homoafetiva, onde a resistência do legislativo acabou por deslocar a discussão que deveria ser realizada no Congresso para o Poder Judiciário. A Suprema Corte Brasileira foi alvo de inúmeros questionamentos por estar avocando a si, matéria de competência legislativa, mas dada a inércia do segundo (Legislativo), a primeira tendo repetidos pedidos de proteção, decidiu se manifestar, e o Supremo Tribunal Federal autorizou o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não sendo a decisão baseada no Código Civil, mas sim pautada na Constituição Federal. Reconhecendo o direito aos casais homoafetivos constituírem uma unidade familiar juridicamente reconhecida, garantidos todos os direitos outorgados a qualquer casal heteroafetivo.

Em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal, nem todos os anseios foram atendidos, pois os casais homoafetivos que pretendem ter o próprio filho encontram algumas barreiras no momento da gestação por outrem, dado que o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n.º 2.013/2.013 estabeleceu no inciso VII, item 1, que as doadoras temporárias do útero devem obrigatoriamente pertencer à família do(a) doador(a) genético(a), sendo tal parentesco de até quarto grau, mas há que se asseverar que muitas famílias não aceitam os filhos em virtude da homoafetividade, e desta forma inicia-se o imbróglio jurídico, pois a Resolução limita ao uso do ventre de familiares, e qual tratamento será dado aos membros das comunidades homoafetivas que pretendem exercer a maternidade/paternidade e foram excluídos do seio de suas famílias.

Além dos problemas supramencionados, outro agravante, a partir do seu nascimento outra luta inicia, a luta administrativa pela chancela do Judiciário, para que ocorra a abertura do assentamento de nascimento, concebida através de reprodução humana assistida, com a possibilidade da configuração da homoparentalidade em seus documentos. Nesta perspectiva, o problema principal, se insere no âmbito do Direito Civil, mais específico no ramo de Direito de Família, com viés a questões éticas e médicas: Quais direitos os casais homoafetivos no Brasil, no que concerne a constituição de família e o reconhecimento dos próprios filhos no âmbito civil? Para tal, o assunto perpassa o, novo conceito de família e a decisão do Supremo Tribunal Federal, a Bioética e o Biodireito como nortes éticos e morais dos procedimentos da maternidade de substituição para, por fim, analisar a identidade genética.

2 DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

O direito tem evoluído e com ele novas ferramentas jurídicas são necessárias, para acobertar e para adequar o ordenamento jurídico a tais mutações. Neste sentido observa-se, por exemplo, a transformação genética, a revolução biotecnológica que passam a exigir do direito, algo que regulamente sua utilização, diante dessas mudanças surge à bioética e o biodireito, estes dois termos que emergem para uma reflexão dentro do que é ético e legal.

2.1 BIOÉTICA - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

A bioética é um ramo autônomo do direito e surgiu de um conjunto de valores éticos aliados aos fatos biológicos. Tais valores proporcionam discussões que com o passar do tempo são normatizados, seja através de normas fundamentais previstas em nossa Carta Magna, ou através de princípios que serão norteadores para futuras normas infraconstitucionais, que podem ser editadas para suprir as lacunas legislativas, ou como pode se observar a anotação de Diniz:

“Que seria Bioética?

O termo foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter [...], num sentido ecológico, considerando-a a “ciência da sobrevivência”. Para este autor, a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. Seria a sobrevivência que garantiria a sobrevivência na Terra, que está em perigo, em virtude de um descontrolado crescimento da tecnologia [...]. A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta. Esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, [...] e passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. Com isso a bioética, como prefere Jean Pierre Marc-Vergnes, é uma ética biomédica. (2011, p. 33).

Dadas as várias utilizações a esta nomenclatura, a Bioética surge para finalmente propor valores, tendo em vista as pesquisas com seres vivos, inclusive a manipulação genética que poderia acarretar graves problemas. Para que num futuro próximo não se discuta os caminhos trilhados por tal termo, de forma a não garantir a dignidade da pessoa humana, ou chegar ao ponto de um “mundo irresponsável” pelos seus feitos. Por isso a Bioética define os preceitos básicos para o exercício da ética e da moral com escopo na dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Princípios Básicos da Bioética

Os princípios são um conjunto de normas de conduta que serão analisados, as leis são o norte e muitas vezes é necessária a aplicação de princípios para suprir as lacunas existentes na legislação, não havendo hierarquia ou maior peso entre os princípios, pois cada um será aplicado no caso concreto, requerendo uma visão dos fatos, para então aplicar-se o Direito. Para a bioética existem os seguintes princípios, de acordo com Diniz:

Princípio da Autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas (Código de Ética Médica, art. 24 e 31). Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento, considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver sua vontade reduzida deverá ser protegido. Autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado (Código de Ética Médica, art. 12, 13, 22, 34, 44 e 101), [...]. (2011, p. 38-40).

Este princípio vem ao encontro com o Princípio da Dignidade da pessoa Humana, que deve ser tratada com o mínimo de dignidade e respeito, respeito este que é o autojulgamento que a pessoa faz de suas atitudes. Por outro lado, o médico deve se atentar aos interesses de quem está sob seus cuidados, de tal entendimento decorre o princípio da Beneficência, como afirma Diniz:

Princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipócrita de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo. [...]. (2011, p. 38 - 40).

Tal preceito preconiza que o responsável pelo paciente deve fazer tudo que está ao seu alcance, desde que este, seja para o bem do próprio paciente, para evitar danos futuros, ainda com relação a princípios observa-se mais um que se faz necessário destacar que é definido por Diniz:

Princípio da Justiça requer imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. [...], esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente.

A bioética deverá ter tais princípios como parâmetros de suas investigações e diretrizes. (2011, p. 38 - 40).

Com base em tais princípios a bioética é regida e utilizada em nosso ordenamento jurídico-ético, sendo que destes princípios nascem outros que formam classes e subclasses principiológicas que fazem o caminho para a solução de problemas trazidos pelos avanços tecnológicos à seara do Direito.

2.2 BIODIREITO

Dado o avanço da bioética, urge a necessidade de regulamentação de tal avanço, seja ele da biotecnologia ou da bioética, sendo assim surge o Biodireito. Não há que se falar em só e exclusivamente Biodireito, pois o Biodireito está intimamente ligado à Bioética, pois ambos possuem um vínculo ético-jurídico e estão arraigados aos direitos fundamentais, por exemplo, caso um ato biotecnológico afronte a dignidade da pessoa humana este será rechaçado por infringir os direitos fundamentais. Tendo em vista isto, Meirelles conceitua Biodireito:

Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, biotecnologia e da medicina.

Portanto, o Biodireito deve atender a princípios próprios e diferenciados que tenham como eixos centrais de todo ordenamento e guardar a vida presente e futura e garantir a dignidade da pessoa humana (valor-fonte da Constituição Federal de 1988). Pugna-se, então pela formação de um biodireito eficiente, pois a bioética por si só não pode impor as responsabilidades da prática biotecnológica uma vez que não possui qualquer força coercitiva, revelando-se apenas como um compromisso de consciência.

Para que o Biodireito seja justo segundo o ideal de Direito delineado por Kant é preciso que tenha como finalidade gerar uniformidade na legislação que busca ainda que tenha consciência de que nenhuma legislação algum dia atingiu esse ideal de “justiça. (2011, p. 41).

Por fim, à bioética cabe estabelecer os limites éticos para que se possa construir um Biodireito capaz de disciplinar, mas não de restringir os avanços científicos e tecnológicos, afim de que as condutas ora praticadas, estejam pautadas na conservação da vida, seja ela presente ou futura.

2.1.1 Princípios Básicos do Biodireito

O Biodireito diferentemente da bioética, não tem seus princípios basilares definidos, não existe um rol taxativo ou documento que assegure quais são e por quê. No entanto alguns pesquisadores dividem estes em, precaução, autonomia privada, responsabilidade e dignidade, conforme os princípios mencionados leciona Sá:

Entendemos por optar pela seguinte divisão, tendo por critério a amplitude de conteúdo e atuação: princípio da precaução, princípio da autonomia privada e princípio da responsabilidade. Pode-se ainda, acrescentar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é frequentemente chamado a compor conflitos biojurídicos. (2011, p. 36 - 41).

Inferese que os princípios auxiliam o Judiciário, pois acarretam em auxiliar os julgadores, que muitas vezes se deparam com casos dos quais não veem nenhuma saída, senão os princípios que flexibilizam a letra fria da lei, Sá:

O primeiro traduz-se em uma limitação à ação profissional, que deve adotar medidas de precaução em caso de risco de dano grave e irreversível.

O princípio da precaução proporciona maior proteção que a simples prevenção, por se ocupar da probabilidade de mal sério e irreversível. (2011, p. 36-41).

O princípio da precaução visa à integridade da pessoa, do seu direito a vida, que é o bem jurídico tutelado de maior relevância. Destaca-se que prevalece ao princípio da precaução, o princípio da Autonomia Privada, lecionado por Sá (2011, p. 36-41):

A Autonomia Privada é a concessão de poderes de atuação à pessoa. O ordenamento confere uma amplitude de comportamento ao ser humano.

Francisco Amaral define a autonomia privada como sendo o “princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.

Tal princípio está intimamente ligado a um dos princípios já analisados nesta pesquisa. O Princípio básico da Bioética e o Princípio da Autonomia, que dispõe que o paciente é responsável por si, ou seja, reconhece que este possui domínio sobre o corpo e a mente. Sendo assim o ser humano deve se respeitar a autonomia da vontade do ser que deve ou não satisfazer algumas obrigações, mas o mesmo deverá saber que tem algumas responsabilidades resultantes do seu ato, pois além da sua autonomia, atrelado a esta existe uma equipe médica responsável, como afirma Sá:

O princípio da responsabilidade, em ampla significação, revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa, a fim de satisfazer as obrigações convencionadas ou suportar as sanções legais impostas por seu descumprimento.

Daí se pode inferir que a precaução e a responsabilidade percorrem caminhos diferentes rumo a um mesmo fim. Ambas preocupam-se em minimizar os malefícios que as intervenções biomédicas podem ocasionar, mas a precaução impede a atividade que possui a potencialidade de dano, enquanto o princípio da responsabilidade age *a posteriori*, quando a lesão já se concretizou. (2011, p. 36 - 41).

Dado que os princípios são muito semelhantes, deve-se atentar aos detalhes que é o diferencial, aplicando-se cada um, de acordo com o caso em concreto. Muitas vezes aplica-se mais que um, pois estes completam a lacuna que os legisladores deixam, o princípio

supra deixa claro que visa ser paliativo, pois a “lesão” já ocorreu, agindo posteriormente sobre um mal advindo de uma intervenção médica. Finalizando os princípios, um dos mais importantes senão o mais importante de acordo com Sá:

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal, é a garantia de pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa. Protege-se todo o arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual. Todavia, essa proteção só é possível se tal garantia puder estender-se a outros, garantindo uma sociedade plural.

Note-se, pois que a dignidade do ser humano aplica-se apenas em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, na garantia de iguais liberdades fundamentais, vista proceduralmente.

Qualquer decisão que privilegie a liberdade de um em detrimento da do outro, afronta a igualdade.

Como todo princípio, será o caso concreto que determinará com precisão seu conteúdo. (2011, p. 36 - 41).

Com todo este grande grupo de princípios infere-se que o Biodireito é oriundo da Bioética e sem um o outro se torna quase que insustentável, visto que os princípios norteadores de um complementam o outro, principalmente no que tange as matérias biomédicas, como por exemplo as formas de reprodução humana assistida, a Bioética traz os valores éticos e morais que se devem pautar os entes integrantes deste procedimento (médico x paciente x clínica) e o Biodireito falará as consequências que este traz para quando um princípio seja violado ou venha a violar garantias de terceiros.

3 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com o avanço científico e tecnológico, emergem, muitas vezes, situações inéditas no Direito Brasileiro, como é o caso do advento da Reprodução Humana Assistida¹ e suas implicações nas leis. O primeiro relato referente à utilização da técnica de reprodução humana assistida ocorreu em 1332, quando, com o auxílio humano, uma égua foi fecundada pelo método de inseminação artificial (BARBOZA, 1993). Já quanto à experiência em seres humanos, conforme afirma Scarparo (1991), a prática de inseminação artificial ocorreu por volta de 1494, quando tal técnica foi experimentada na rainha D. Joana de Portugal, sendo que tal tentativa resultou infrutífera.

Ainda, de acordo com a mesma autora, por volta de 1785, o sucesso foi alcançado através das técnicas de reprodução artificial em um ser humano, quando Thouret – Decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar sua própria esposa estéril. Já no

¹ A Reprodução Humana Assistida é o conjunto de operações que tem o objetivo de unir, de forma artificial, os gametas femininos e masculinos, dando origem a um ser humano. Esta prática tem como finalidade auxiliar a fertilização, colocando espermatozoides e óvulos em contato próximo. (CUNHA, 2008).

Brasil, registros datam de 07 de outubro de 1984, quando se registrou o nascimento do primeiro bebê de proveta no país.

A Reprodução Humana Assistida é um progresso biotecnológico originário na medicina, que traz meios para que pessoas que desejam constituir uma família (entenda-se aqui família enquanto cônjuges e filho e/ou indivíduo e filho), sendo que esta técnica possibilita a realização do sonho do casal ou do indivíduo, através da inseminação ou da fertilização *in vitro*. Tais pessoas que buscam a R.H.A. podem ser casais heterossexuais que não conseguem ter filhos por métodos naturais, dado à infertilidade ou a problemas graves de saúde, e até mesmo casais homoafetivos, os quais necessitam de apoio da medicina para ser pai ou mãe (quando não optam pela adoção) e assim realizar uma das aspirações mais frequentes do ser humano, o desejo por gerar descendentes.

Há variadas formas de intervenção médica que formam modalidades de R.H.A., sendo que para cada caso concreto é analisado e posto em prática um determinado método. Há também uma classificação abrangente que determina a técnica, a indicação médica e ainda a origem dos gametas que serão utilizados na R.H.A. Para um entendimento sobre a matéria, é necessário relembrar algumas noções básicas conceituais sobre a origem da vida, assim que, segundo MEIRELLES:

O termo fecundação é destinado a designar a união dos núcleos das células reprodutoras masculinas (espermatozoide) e feminina (óvulo), também chamadas gametos (ou gametas), que se convertem em uma única célula: "zigoto" ou "ovo". (1998, p.36).

A fecundação então ocorre quando um espermatozoide atinge o óvulo e atravessa sua membrana, ou seja, a mulher engravida neste momento. Logo se inicia a junção cromossômica que costuma resultar em 23 pares de cromossomos, dando início à multiplicação celular cujo resultado após nove meses (em média) é o nascimento do bebê, sendo este o método natural para fecundação. Contudo algumas pessoas possuem problemas relativos à reprodução e, então, se veem na necessidade de recorrer a técnicas de R.H.A., tais como a inseminação artificial (I.A.) e a fertilização *in vitro* (F.I.V.), as quais são diferenciadas, de acordo com a conceituação de MEIRELLES:

A expressão **inseminação artificial**, [...], é destinada a designar a técnica que consiste em ser inseminada a mulher com esperma previamente colhido através de onanismo, e injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado (grifo nosso). (1998, p. 36 - 37).

A inseminação artificial ainda se subdivide em homologa e heterologa, pois em alguns casos de doenças ou hipossuficiência biológica, terá de ser observada a necessidade da intervenção (participação) de um terceiro (doador), MEIRELLES:

[...], inseminação artificial homóloga, é a realizada com a utilização do sêmen do marido ou do companheiro da paciente. É indicada para os casos de incompatibilidade ou de hostilidade do muco cervical; de oligospermia (reduzidos o número ou a motilidade dos espermatozoides); e de retroejaculação (taxa normal de espermatozoides que, entretanto, ficam retidos na bexiga). (1998, p. 37).

Dadas as características da inseminação artificial homóloga, percebe-se que neste caso não existe a participação de um doador, pois o material biológico é retirado do próprio parceiro sendo introduzido na sua companheira para a fecundação. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga, vem em outra vertente, pela qual é necessária a participação de um terceiro (doador), seja doando o sêmen, o óvulo ou até mesmo o ventre. MEIRELLES destaca:

Para a inseminação artificial heteróloga, utiliza-se o espermatozoide de doador fértil. Geralmente o líquido seminal doado é armazenado em bancos de sêmen, [...], o grupo sanguíneo, que deve ser idêntico ao da mulher que se submeterá ao tratamento ou do seu marido; a cor da pele, dos cabelos e dos olhos, bem como a estatura, compatíveis com o casal; e o anonimato do doador. Indica-se a inseminação artificial heteróloga para os casos de oligospermia grave; azoospermia (ausência de espermatozoides no sêmen); doenças hereditárias graves do marido; e incompatibilidade sanguínea do casal, que possibilite a interrupção da gravidez. (1998, p. 37).

A inseminação artificial heteróloga, além de abranger problemas de esterilidade masculina e doenças hereditárias, também é um dos meios que os pares homoafetivos masculinos vêm utilizando para alcançarem a paternidade, usando-se da mãe de substituição (também conhecida como barriga de aluguel), além de ser um meio para as mulheres que desejam a “produção independente” e assim recorrem a um banco de sêmen para serem fecundadas. Contudo, algumas dessas mulheres que recorrem a este método se deparam com um problema irreversível de esterilidade e necessitam de outro método, que é conhecido como fertilização *in vitro*. MEIRELLES aponta, então, que:

[...], a fertilização *in vitro* (F.I.V) consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente na cavidade uterina. A coleta de óvulo pode ser feita por laparoscopia ecográfica (via umbilical ou vaginal) ou ainda, mais recentemente, através de punção transvaginal sob controle ecográfico. (1998, p. 37).

A fertilização *in vitro* baseia-se no seguinte procedimento: primeiramente, há a coleta dos óvulos, como lembra Meirelles (1998). Logo após, estes serão analisados e selecionados, sendo observada a sua maturidade a partir de então, havendo sua introdução em uma placa de cultura, com soro humano (estágio que dura em média seis horas). Na sequência, os óvulos são alocados em estufa, a 37º Celsius, para então serem submetidos à inseminação com os espermatozoides previamente selecionados. A inseminação inicia com a adição de 60.000 a 150.000 espermatozoides móveis e normais. Após dezoito horas, pode-se saber se

obtiveram êxito em tal procedimento, analisando-se se a inseminação já passou à fertilização, quando então os embriões em estágio de duas a quatro células serão levados a cavidade uterina, mediante a introdução de um cateter, não sendo necessária aplicação de anestesia, (dado à simplicidade do procedimento). Após algumas horas de repouso, a paciente receberá alta. Cabe ressaltar que a inseminação, assim como a fertilização *in vitro*, pode ser heteróloga ou homóloga, sendo que a determinação será de acordo com o material biológico utilizado, que esta diretamente vinculado ao paciente (interessado), que optará por um dos meios supra mencionados ou por recomendação médica, tendo por base problemas de saúde ou por necessidade fisiológicas. Dado o escopo do presente trabalho, abordar-se-á a gestação por outrem para os pares homoafeitos.

4 A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A maternidade de substituição apresenta-se para suprir as necessidades humanas, sejam elas de casais heteroafetivos ou homoafetivos, dando-lhes a possibilidade de terem seus próprios filhos. O foco deste artigo é a utilização desta técnica para casais homoafetivos, sendo assim, não se discutirá tal possibilidade por casais heteroafetivos.

Percebe-se que a maternidade de substituição nada mais é do que o “empréstimo” do útero, ou seja, uma mulher ceder o útero para gestar e dar à luz a um bebê e fazer sua posterior entrega ao casal. A técnica de reprodução humana assistida consiste em “[...] apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o útero materno não possibilita o desenvolvimento adequado do bebê” (Leite, 1995, p. 36).

Este método está previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.013/2.013, em seu anexo único, trazendo em seu bojo os princípios gerais, quais os pacientes das técnicas de Reprodução Humana, as clínicas, centros ou serviços que aplicam a técnica, a doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnóstico e tratamento de embriões, a gestação de substituição (doação temporária do útero) e, por fim, a reprodução assistida *post mortem*.

A resolução preconiza que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família biológica da doadora ou doador do material genético, num parentesco de até quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. O Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) foi à frente de toda a legislação brasileira e permitiu a cinco casais gays o direito de receberem a doação do útero de amigas, saindo do rol taxativo da resolução que afirma que somente familiares poderiam ceder o útero. Entretanto, depois de tantas pessoas terem envolvimento com o bebê gerado, pode parecer-nos uma incógnita quem efetivamente assumirá a postura de cuidar dele. Diniz, todavia, pondera:

Enfim, o que teria mais valor; o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre a gestante e o feto? Mereceria o repúdio aquela que enfrentou o ônus físico e psicológico da gestação e do parto? Julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher. O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procriacional. (2002, p. 496).

De tal entendimento, surge a (in)segurança jurídica, pois a maternidade de substituição no Brasil, regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, deixa claro que somente familiares poderão ceder o ventre, até mesmo por razões afetivas, para que o bebê possa permanecer tendo contato com quem o gerou. No entanto, quando temos uma situação em que uma amiga do casal cede o seu ventre e esta acaba desenvolvendo também um envolvimento emocional com aquele que está sendo gerado, há margem para a ocorrência de um desconforto jurídico, podendo surgir uma grande disputa pela guarda do nascituro em questão. De acordo com Diniz, o filho deverá ser daquele que detém a vontade procriacional. Outro ponto a ser destacado é que a resolução do CFM deixa explícita a proibição de remuneração em tais casos: “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. (BRASIL. Resolução do CFM n. 2.013/2.013, VII, 2).

Deve-se considerar que a mãe portadora terá gastos com a gravidez (tais como gastos com roupas e com tratamento psicológico para auxiliar na relação afetiva com o feto). Sendo assim “o ajuste financeiro se dá pela quantia dos gastos médicos necessários, assim como a roupa de maternidade e outros pormenores, que podem incluir alimentação e cuidados extras relacionados com a gravidez, [...]” (Carrillo Cotto, 1987, p. 137).

Importante ressaltar que a cláusula de ajuste financeiro traz à tona a discussão sobre a possibilidade de tal ajuste ser considerado uma remuneração, o que configuraria um crime no Brasil, pois a comercialização de órgãos humanos é tipificada no direito penal brasileiro por meio do dispositivo inserto no artigo 15 da Lei 9.434, “*in verbis*”: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”. Por isso, não se tem visto nos dias atuais a gestação por outrem entendida como contrato de prestação de serviços, mas sim como uma troca em favor do outro, motivada pela solidariedade e pela amizade (no caso de uma amiga ceder seu ventre a um casal homoafetivo masculino, por exemplo). Quando levada ao judiciário uma situação como a recém colocada, o juiz, ao decidir, deve se pautar no homem médio, e também nos ensinamentos já mencionados da Doutrinadora Maria Helena Diniz, quando se refere ao pressuposto de que o bebê deve ficar com quem de fato tinha ânimo procriacional.

5 AS NOVAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA

A família brasileira é multicultural, dado que traz características de diversas etnias e com elas carrega diferentes valores e diferentes costumes. A partir de tanta diversidade cultural, percebe-se que existem muitas formas de família, não havendo um padrão para determinar o que é uma família. Cabe ressaltar que a instituição família está em constante mudança, assim como afirma Pena Jr:

Tentando acompanhar de perto as mudanças de comportamento da sociedade no mundo globalizado, o Direito de Família no Brasil vai se transformando tendo à frente o afeto, a solidariedade e a dignidade, como norteadores de um novo ordenamento ético-jurídico. Inegavelmente, é, entre os ramos do Direito, o que mais alterações têm sofrido nos últimos tempos. (2008, p. 01).

Nestas mudanças de estruturas familiares num mundo globalizado, pode-se afirmar que uma das discussões mais polêmicas diz respeito aos direitos dos homoafetivos, pois quase sempre são tratados com distinção em relação aos heterossexuais. Contudo, vale ressaltar que todos são iguais em direitos e deveres. Todavia, a indiferença com relação aos direitos dos homoafetivos demonstra a insensibilidade de nossos legisladores, conforme Dias observa:

Duas propostas de Emenda Constitucional que buscam afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas encontram-se arquivadas. A PEC 66/2003 dá nova redação aos arts.3º e 7º da Constituição Federal, incluindo entre os objetivos fundantes do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual. Também insere entre os direitos sociais a proibição da diferença por orientação sexual. Já a PEC 70/2003 pretende a alteração do § 3º do art. 226 da CF, para afastar a expressão “entre um homem e uma mulher” do dispositivo que prevê a união estável. (2009, p. 78).

Sendo assim, resta aos pares homoafetivos recorrerem ao Judiciário Brasileiro para terem seus direitos garantidos, tendo em vista a falta de vontade dos legisladores, que há mais de 10 anos possuem um projeto de Emenda Constitucional e o mesmo não passa de letra morta em alguma gaveta do Congresso. Contudo, ainda restam normativas albergadas pelo Direito Internacional que prevêm garantias fundamentais, como observa Mosquetta:

Muito embora o item intitule-se direitos fundamentais e direitos da personalidade, é prudente trazer a delimitação conceitual de direitos fundamentais e direitos humanos, sendo que os primeiros são aplicados aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados no recinto do direito constitucional, enquanto os últimos estão relacionados aos documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação com a ordem constitucional local, e que, por causa disso, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos. (2011, p. 105).

Em suma, não se pode deixar levar pela inércia dos legisladores brasileiros, pois a Justiça Brasileira, apesar de não ter Leis regulamentando determinados casos, vem julgando de forma benéfica os membros das comunidades homoafetivas, permitindo igualdade a todos que a ela recorrem, sejam heteroafetivos ou homoafetivos. Uma parcela considerável das pessoas veem a homoafetividade como algo da moda, ou como uma tendência passageira, sem esquecer, é claro, dos que ainda acreditam que seja uma doença. A homoafetividade é, todavia, tão antiga quanto as origens da humanidade, porém a sociedade (tomada por uma cultura machista e heteronormativa) inverte os valores, incita ao ódio, manipula para dizer que este comportamento é errado, tolerando a homoafetividade em alguns momentos apenas. A sociedade tende a estar alienada ao desenvolvimento da humanidade, desta forma menciona Dias:

A homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade, é uma realidade presente em todas as partes e desde as origens da humanidade. Apesar de, na maioria das vezes, não ser admitida, nenhuma sociedade jamais ignorou sua presença. Acompanha a história humana e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. Mutações dos costumes e dos códigos sociais, bem como diferenças geográficas e temporais, acabam condicionando a maneira de encarar o amor entre iguais. (2009, p. 34).

A dimensão desta polêmica é continental, pois enquanto países Europeus estão votando a favor do casamento entre iguais, outros editam sanções proibitivas de qualquer forma de manifestação sobre a homossexualidade. Graças à atenção dada pelo Supremo Tribunal Federal à causa LGBT, as ações contra homofóbicos aumentaram no Brasil, fazendo com que a mídia criasse campanhas de não à homofobia, de não à discriminação.

Em 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177, requerida pela Procuradora – Geral da República e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental a ADPF n. 132- RJ, requerida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a Suprema Corte decidiu conceder a equiparação da união estável com o casamento civil, e com tal decisão facilitou a conversão da união estável em casamento. Importante ressaltar o voto do Ministro do Supremo Luiz Fux:

[...]

A quarta das premissas: **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida.** Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE [...], **atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil**, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.

A quinta premissa não é fática, mas jurídica: **não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas**, haja vista, sobretudo, a reserva

de lei instituída pelo art. 5º, inciso II da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de “ato jurídico inexistente”, vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada, [...]. (Grifo nosso).

Sendo este acima apenas um recorte que serve como exemplo dos demais votos dos outros ministros do Supremo, que entenderam que os termos “homem e mulher”, como descrito no §3º, obstaculizaria a possibilidade de atribuir aspecto familiar às uniões homoafetivas, deixando claro que tais termos devem ser excluídos do art. 1.723 do Código Civil:

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

Sendo assim, fica reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo sendo de fato e de direito reconhecido os direitos civis e tributários.

6 DA IDENTIDADE GENÉTICA

Anteriormente mencionado, o direito de permanecer com a criança se deve a quem possui animus procriacional. Tendo por base este pensamento, a luta da mãe doadora do útero para requerer a guarda da criança torna-se inválida. Entretanto, considerando-se a identidade genética, não se deve negar que é um direito de todo cidadão saber suas origens biológicas e genéticas, sendo que no caso retrocitado não convém tal discussão, uma vez que a temática é plausível de ser explicada ao filho. Vale ressaltar que o direito não estava preparado para receber esta avalanche de novas demandas judiciais, como afirma Goldhar:

As mesmas mudanças vislumbradas, ao longo da história, no papel do homem despontando nítida evolução do reconhecimento e solidificação de seus direitos enquanto sujeito de direitos, desconexos da relação com o Estado e com a sociedade, podem ser verificadas também no tocante às relações familiares. [...]. Hoje, para fins de estabelecimento de filiação convivem dois grandes critérios, quais sejam, o biológico e o afetivo, sem olvidar o jurídico, podendo as relações de parentesco e, sobretudo, as de paternidade serem firmadas e reconhecidas judicialmente por constatação de elementos de afetividade e solidariedade. (2010, p. 268).

A filiação não deve ser definida apenas pelos aspectos biológicos, mas também afetivos, pressuposto este que se faz presente quando um casal homoafetivo procura um familiar ou uma amiga² para a realização da inseminação artificial com o intuito de ligar-se por meio da afetividade (e não por meio de laços biológicos) a um novo ser. Donizetti destaca que:

² Dado o segredo profissional, os médicos entraram em contato com as famílias, que não quiseram se manifestar a cerca: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saudeciencia/61635-conselho-permite-quotemprestimoquot-de-utero.shtml>

[...], pai é aquele ligado pelos intensos e inesgotáveis laços de afeto. Aquele que cuida, protege, alimenta, educa, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança dando-lhe suporte necessário para que se desenvolva como ser humano. (2007, p. 15).

Dada a argumentação de Donizetti, é possível entendermos quais laços estamos considerando como fundamentais para a relação de pais e filhos. Contudo, não se pode negar ao filho o direito de saber sua origem genética e sua história, questão esta que se mostra de fácil resolução quando o útero doado é de um membro da família, que provavelmente estará por perto do bebê, acompanhando seu desenvolvimento. Semelhante caso talvez não ocorra quando utilizado o ventre de uma amiga, que será inseminada com material genético de uma doadora anônima. Por isso, é importante que desde novo o filho oriundo deste procedimento médico saiba da sua concepção, para que não se sinta frustrado futuramente por não ter tomado conhecimento sobre a sua própria origem.

Essa nova cultura da inseminação artificial, em uma sociedade nas condições atuais, que ainda não tem uma tradição altruística, e somada à influência da igreja que sempre esteve em choque com a ciência pode levar a certos impasses sociais. Muitas vezes, levanta-se a questão psicológica, de que os filhos teriam a falta de uma mãe, contudo estes poderão ter a presença materna das avós e, acima de tudo, poderão ter a função materna muito bem empregada por seus pais, visto que tal função não necessita ser realizada necessariamente por uma mulher. Não se pode colocar empecilhos em todos os pontos para evitar que se tenha filhos de dois homens ou de duas mulheres, tendo em vista o exposto por Goldhar:

No panorama atual de desenvolvimento na interpretação dos princípios e normas constitucionais e do direito civil, cada vez mais concebidos sob a luz da Norma Fundamental, ao lado das mudanças tecnológicas no campo da medicina e da biotecnologia, sobretudo no que tange às inovações na reprodução humana, torna-se premente o reconhecimento de direitos relativos à realização da pessoa humana enquanto indivíduo social.

Na era da afetividade e das relações pautadas pela solidariedade, impõe-se a satisfação de direitos individuais, tal como o direito à identidade genética, a fim de que o sujeito, em posição nitidamente desigual, iguale-se na medida se suas desigualdades são como outros sujeitos semelhantes. É a imperativa a proteção de direitos que levam a realização e a integrado do indivíduo enquanto ser humano e enquanto ator social, independentemente deste já ter estabelecida relações familiares pautadas no afeto, porquanto, conforme visto, distinto é o direito de filiação e de origem genética. Nessa linha defende-se a plena possibilidade de conhecimento da origem, [...].(2010, p. 287).

Há que se considerar que a norma fundamental está cada vez mais presente, tendo em vista a Constitucionalização do Direito. O avanço tecnológico e o nascimento do Biodireito trouxeram à tona a preocupação com a dignidade da pessoa humana e o respeito à

autonomia da vontade do indivíduo, ou seja, a possibilidade de a pessoa escolher de acordo com suas convicções sobre o que é certo ou errado.

Embasado no princípio da dignidade da pessoa humana, o juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Clícério Bezerra e Silva, sentenciou o processo de indicação de paternidade, proposto por Mailton e Wilson, casal este que há 15 anos estão juntos, converteram a união homoafetiva em casamento recentemente, dada a decisão do Supremo Tribunal Federal. Ambos optaram, então, por ter um filho e recorreram à família. Logo de pronto, suas primas se propuseram a auxiliar o casal para a realização da fertilização *in vitro*, e assinaram um termo de consentimento, de participação na gestação em substituição, a partir de doação de óvulo proveniente de banco de armazenamento, reconhecendo a dupla paternidade dos requerentes. Segue o voto do juiz:

[...] Pelas frestas dos presentes autos, se percebe a busca de dois cidadãos à fruição de direitos basilares, constitucionalmente albergados, e, à devida tutela estatal à nova formatação de entidade familiar e, em especial, de seus conseqüentários, *in casu*, o direito à homoparentalidade.

Nota-se que os requerentes, os quais mantém uma relação homoafetiva há mais de 15 anos, buscam converter um vínculo precário, em que, teoricamente, apenas um dos requerentes poderia ter a paternidade reconhecida com base na consanguinidade, para um vínculo institucionalizado, no qual os dois requerentes poderão ter a paternidade simultaneamente reconhecida, com alicerce na afetividade e na aplicação da mais moderna hermenêutica jurídica. [...] Numa sociedade democrática na qual o pluralismo e a convivência harmônica dos contrários devem subsistir, não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações polisêmicas e/ou excludentes dos direitos de minorias, como se dá no bojo das normas que restringem a legitimação estatal às relações puramente heteroafetivas. [...] A aludida pretensão encontra **fundamentação** no Preâmbulo Constitucional; nos princípios da República; nos direitos e garantias fundamentais, quais sejam a igualdade, liberdade, intimidade e proibição da discriminação; no art. 226 §§ 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, todos da Constituição da República; na decisão do STF na ADI 4.277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Após a transcrição da decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara de Família de Recife³, observa-se que o Direito, a passos largos, consegue dar guarida aos que precisam dele. É necessário que os mesmos direitos que casais heteroafetivos possuem, os homoafetivos também tenham, sem precisar recorrer ao poder judiciário, de modo a configurar uma situação de igualdade, a qual ainda não ocorre plenamente no Brasil. A família moderna possui diferentes características, portanto, o mais correto é chamar de entidade familiar, dado que a filiação sofre diversas mudanças, seja na forma de concepção ou de criação. Tudo isto não poderia estar além do direito de família, e é com este cenário que o direito privado, sobretu-

³ Sentença de Processo de Indicação de Paternidade, proferida em Recife, 28 de fevereiro de 2012, pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito, Clícério Bezerra e Silva. Disponível em <http://www.jurisciencia.com/pecas/integra-da-decisao-judicial-inedita-que-concedeu-a-casal-homossexual-dupla-paternidade-de-bebe-fertilizado-in-vitro-tjpe-clicerio-bezerra-e-silva/898/> > acesso em 06 de março de 2014.

do na área da família, responde sensivelmente às transformações sociais, que despontam de grande preocupação social, tendo em vista as mutações familiares dos dias atuais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordar o direito de identidade e a gestação por outrem a casais homoafetivos, foram realizadas diversas pesquisas em diversos livros, recortes, notícias e conversas com casais com um tempo considerável de relacionamento, para saber deles o que pensavam a respeito da inseminação artificial, de terem um filho através da Reprodução Humana Assistida (considerando-se que até há pouco tempo não se discutia a possibilidade de um casal *gay* ter filhos e nem sequer de terem direitos civis na condição de casal).

Diante do trabalho exposto, conclui-se que a Legislação Nacional teve grandes evoluções, mas ainda necessita de revisões ou inovações, para que acoberte a todas as faces das relações, sejam heteroafetivas, homoafetivas ou qualquer outra que ainda possa ser nomeada. Para desta forma, o direito se moldar ao processo evolutivo das relações e neste sentido se transfigurar, para uma legislação com valores mais humanos e igualitários.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 01/08/2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em 06/03/2014.

BRASIL, Código Civil, 2002.

BRASIL, Constituição Federal Brasileira, 1988.

BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 06/03/2014.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva – O preconceito & e a justiça – 4ª ed. rev. Atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.*

Diniz, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito – 8ª ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.*

DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética – Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2007.*

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Biodireito em Discussão* – São Paulo: Juruá, 2007.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. *Homoparentalidade – direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. – 2º Ed. – Curitiba: Juruá Editora, 2011.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIMENTA, José da Costa. *Filiação* – 4ª Ed. – Lisboa: Editores, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito* – 2ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada. Del Rey, 2011.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VELOZO, Zeno. *Direito Brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.