
O DIREITO À DIFERENÇA: A PERMISSÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA A CASAIS HOMOSSEXUAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

The Right to Difference: permission of the Techniques of Assisted Reproduction a Gay Couples in Face of the Principle of Human Dignity

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto¹

Gabriela Maciel Lamounier²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo traçar os parâmetros jurídicos da possibilidade de os homossexuais requererem técnicas de reprodução assistida como um direito social, abrangendo o direito à saúde e à constituição familiar, em prol da dignidade humana. Para tanto, será feito um estudo dos casos entre Brasil e Portugal de reprodução heteróloga como solução para a homoparentalidade e uma análise da Constituição Portuguesa e da Constituição Brasileira.

Palavras-chave: Dignidade Humana; Técnicas de Reprodução Assistida; Homoparentalidade.

Abstract: This paper aims to outline the legal parameters of the possibility of homosexuals require assisted reproduction techniques as a social right, including the right to health and family constitution for the sake of human dignity. Therefore, there will be a study of cases between Brazil and Portugal heterologous reproduction as a solution to homoparenthood and an analysis of the Portuguese Constitution and the Brazilian Constitution.

Keywords: Human Dignity; Assisted Reproduction; Homoparentally.

INTRODUÇÃO

O alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos *direitos sociais* foi uma das dimensões da resposta do Estado Social de Direito à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de movimentos operários para quem, sobretudo nas difíceis condições econômicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e da autonomia do cidadão. As reservas que esta atitude merece nem se dirigem tanto à importação das dúvidas sobre o merecimento constitucional material dos direitos sociais, já que, nesse plano, a discussão fazia e faz todo o sentido.

Tais reservas incidem antes sobre a importação não criticamente refletida de conceitos como “o mínimo social”, “a distinção entre direitos sociais originários e derivados” e “o princípio de proibição do retrocesso”, que, tendo uma explicação e fazendo sentido no contexto germânico onde surgiram, perdem função, justificação e interesse dogmático em contextos de Constituição

¹ Mestra em Direito Internacional Público e Europeu e Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

² Advogada. Professora universitária da Faculdade Minas Gerais e da Fundação Pedro Leopoldo. Especialista em Direito Processual e Direito Ambiental. Mestra e Doutora em Direito Público pela PUC/MG. Pós Doutoranda em Direito Penal pela PUC/MG.

com direitos sociais.

Atualmente, o direito da saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de *direitos sociais*, que têm como inspiração o valor da *igualdade entre as pessoas*. O Estado deve proporcionar às pessoas recursos para uma vida digna, visando melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, exercendo, para isso, um controle social.

No Brasil, este direito apenas foi reconhecido na Constituição Federal de 1988, antes disso o Estado apenas oferecia atendimento à saúde para trabalhadores com carteira assinada e suas famílias, as outras pessoas tinham acesso a estes serviços como um favor e não como um direito. Durante a Constituinte de 1988 as responsabilidades do Estado são repensadas e promover a saúde de todos passa a ser seu dever.

Este artigo não deve ser lido apenas como uma promessa ou uma declaração de intenções, este é um direito fundamental do cidadão que tem aplicação imediata, isto é, pode e deve ser cobrado.

Não será abordada a questão econômica, mas sim, a *social*, tendo em vista um Estado Social que deve, em princípio, ser o garantidor dos direitos dos seus cidadãos. A saúde é um direito de todos por que sem ela *não há condições de uma vida digna*, e é um dever do Estado por que é financiada pelos impostos que são pagos pela população. Desta forma, para que o direito à saúde seja uma realidade, é preciso que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, programas de prevenção, medicamentos, etc. E, além disto, é preciso que este atendimento seja universal e integral.

A criação do SUS (Sistema Único de Saúde) está diretamente relacionada a tomada de responsabilidade por parte do Estado. A ideia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessar quando necessitarem. A proposta é que seja possível atuar antes disso, através dos agentes de saúde que visitam frequentemente as famílias para se antecipar os problemas e conhecer a realidade de cada família (como por exemplo, o médico da família), encaminhando as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário.

Desta forma, organizado com o objetivo de proteger, o SUS deve promover e recuperar a saúde de todos os brasileiros, independente de onde moram, trabalham e quais os seus sintomas. Infelizmente este sistema ainda não está completamente organizado e ainda existem muitas falhas. No entanto, seus direitos estão garantidos pela constituição e devem ser cobrados para que sejam cumpridos.

Já em Portugal, nos últimos trinta anos de vigência da Constituição portuguesa de 1976, os *direitos sociais* e econômicos se tornaram parte integrante do regime democrático-constitucional, discutindo-se, para tal como, e em que medida, estes direitos têm sido objeto de lutas sociais e políticas; e como, e em que medida, estas lutas foram transformando o nosso entendimento desses direitos, designadamente à medida que eles foram sendo reinterpretados e aplicados quer como fundamento de políticas públicas, quer pela jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Na segunda metade do século, por influências sociais, políticas econômicas, a família passou

por modificações acentuadas, contribuindo em grande parte para isto o surgimento de uma nova perspectiva sobre as questões de gênero. A condição feminina foi se modificando e, concomitantemente, houve mudanças também no papel masculino, gerando reformulações na relação conjugal e, naturalmente, na relação pais-filho.

Com a emergência de novas tecnologias que passam a fazer parte do cotidiano das pessoas, mais rapidamente novos comportamentos são adquiridos, surgindo novas necessidades e expectativas. Estes e outros fatores vão se agregando e contribuindo para que a estrutura familiar tradicional – pai, mãe e filhos – não seja a única forma de relacionamento familiar, abrindo-se um espaço significativo a outras configurações familiares.

Posto isto, a pergunta que tentará ser respondida ao longo deste artigo é: *o direito às técnicas de reprodução assistida, direito da saúde, tão importante para uma vida digna, deveria ser garantido a casais homossexuais?*

Não se pretende fazer um estudo a respeito da discriminação sofrida pelos homossexuais, apesar de ser relevante ao estudo, o que se pretende é demonstrar que se trata de um direito constitucional assegurado a todos, *sem distinção*.

Entende-se que deve haver a discussão de soluções jurídicas para outras formas de entidades familiares e também aqueles que desejam ter filhos sem um companheiro ou companheira, todavia, por uma questão de delimitação temática, somente o acesso a técnicas de reprodução assistida a casais homossexuais será tratada no presente trabalho.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os direitos sociais, assim como os econômicos e culturais são procedentes dos movimentos sociais democratas e visam garantir um padrão mínimo de vida, para que as pessoas possam desenvolver suas potencialidades. (GUERRA, 2013)

Na visão de Carlos Henrique Bezerra Leite (2010), esses direitos, pertencentes à segunda dimensão de direitos fundamentais, correspondem aos direitos de inclusão social, uma vez que requerem políticas públicas que efetivem o exercício das condições materiais em busca de uma existência digna.

Essa inclusão social, obviamente, abrange os homossexuais.

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas que possibilitam casais estéreis terem filhos. Por esta técnica, ainda muito rejeitada pela sociedade brasileira, é possível o armazenamento do material genético, a doação de gametas e a fertilização heteróloga.

O Biodireito é a disciplina que trata da reprodução assistida e de seus aspectos jurídicos. O Biodireito, que trata dos direitos relativos à genética, hoje é tratado por alguns estudiosos, como disciplina dos direitos fundamentais da quarta dimensão ou geração.

Nas palavras de Emanuel Marques,

O Biodireito é um novo ramo do Direito que trata da teoria, dos princípios, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana, em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina. O Biodireito concede tratamento ao homem não como ser individual, mas, acima de tudo, como espécie a ser preservada. (MARQUES, 2013)

Acílio Rocha (2010) alega que à preservação do patrimônio genético e a não exploração comercial do genoma humano, são direitos de quarta dimensão, decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos que permeiam a crescente globalização do mundo.

Maria Helena Diniz (2002) esclarece que o Biodireito deve contribuir para o desenvolvimento das ciências da vida, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana.³

O PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em seu livro “Memórias Póstumas de Brás Cubas”, Machado de Assis (2010, p. 03) escreve: “*não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado de nossa miséria.*” Ou seja, o fato de não poder ter um filho, sempre assombrou tanto pessoas reais como alguns personagens da literatura.

A decisão de gerar um filho pode encontrar sérias limitações que, em um primeiro momento, inviabilizam a realização desse desejo, como, por exemplo, a infertilidade.

Quem podia imaginar que pessoas estéreis ou que, por questão de orientação sexual, poderiam ter filhos? O que somente acontecia em filmes de ficção científica, passou a ser um tema discutido na sociedade mundial.

A tecnologia evoluiu e, estas pessoas, que antes não podiam ter o tão sonhado filho, hoje em dia, podem escolher entre algumas opções: a adoção ou a reprodução artificial ou técnicas de reprodução assistida.

Nas palavras de Marillyn Strathern,

É, aliás, por o fazermos constantemente que estou a levantar esta questão. As novas tecnologias da reprodução são apresentadas como abrindo novas perspectivas ao nível das opções reprodutivas, oferecendo assim uma visão da biologia sob controle de famílias que estão livres para escolher a forma que irão assumir. Por muito fantasiadas que sejam estas imagens das opções futuras, também é verdade que, com a justificação de se alargarem as possibilidades de realização humana, se aperfeiçoam técnicas e se dão conselhos médicos, de tal forma que nos agarramos à esperança de que os seres humanos só poderão beneficiar com a engenharia genética. Por um lado, uma visão fantasiosa de opções, por outro, a realização de decisões concretas: seja qual for a maneira como se encare a questão, podemos agora pensar na procriação como algo que está sujeito a preferências e opções pessoais duma maneira que nunca anteriormente fora possível. A criança é literalmente – e em muitos casos, como é evidente, com grande alegria – a encarnação do acto de optar. (STRATHERN, 2008, p.1013)

Com o intuito de extinguir o sofrimento de não poder deixar um legado, existem técnicas de reprodução assistida, solucionando assim, um possível trauma que pode abalar seriamente a vida de uma pessoa ou mesmo, acabar com um casamento ou uma união estável.

³ O art. 1º, III da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 prevê como fundamento do Estado Democrático de Direito a Dignidade Humana.

Contudo, o que se vê, é o direito, que deveria acompanhar o andamento da sociedade, negando a entender essas novas tendências, omitindo-se. A união civil entre pessoas do mesmo sexo não é expressamente regulada no Código Civil brasileiro de 2002. A Comissão Revisora e Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil recebeu críticas acerca da omissão.

O jurista Miguel Reale afirmou que:

Essa matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição criou a união estável entre homem e mulher. De maneira que, para cunhar-se aquilo que estão querendo, a união estável dos homossexuais, em primeiro lugar seria preciso mudar a Constituição. Não era essa a nossa tarefa e muito menos a do Senado. (REALE, 1999)

Outrora considerada como doença ou perversão, o homossexualismo não é visto mais como tal.

O sufixo *ismo*, que significa “doença”, foi retirado e substituído pelo sufixo *dade*, que designa “modo de ser”, por isso, a denominação Homossexualidade. (BRANDÃO, 2002)

Assim, a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade de sua lista de doenças mentais (Código Internacional de Doenças – CID-10) por se tratar de um estilo de comportamento, geneticamente prevalente. (MALUF, 2008)

Ou seja, a ideia é de que a orientação sexual é, na realidade, uma gama de comportamentos e identidades e não uma condição. A homossexualidade é uma das muitas variações do comportamento humano.

Fato é que, a busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias que florescerem através do afeto, pois o que se deseja é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com a liberdade individual.

Em opinião contrária, Francisco Muniz alega que:

As uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas – não como modalidade de casamento ou entidade familiar. E, portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, as uniões homossexuais não integram o Direito de Família. (MUNIZ, 1993, p. 232)

Contudo, tal opinião não merece tanta atenção, afinal, há que se ter a visão constitucionalista dessas uniões, e não meramente civilista.

O Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132 reconheceu, por unanimidade, a união estável entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional, interpretando o artigo 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de forma mais ampla. (BRANDÃO, 2002)

Portanto, esboçam-se na atualidade novas modalidades de família, mais igualitárias e menos sujeitas às regras e/ou imposições.

O que se pretende com a tutela da autonomia no âmbito familiar, é a liberdade do homem e

da mulher de escolher como irão reger as suas vidas no núcleo familiar, não podendo ter a sua intimidade afetada, tendo em vista, sempre, que a paternidade seja feita de forma responsável.

Os *direitos reprodutivos*, que pertencem ao conjunto de direitos básicos dos cidadãos, advêm do princípio ou garantia constitucional da dignidade da pessoa humana que estão elencados por direitos individuais do homem e da mulher.

A dignidade da pessoa humana é “*um valor autônomo e específico inerente aos homens em virtude da sua simples personalidade. Consequentemente a República baseia-se no homem como um sujeito e não como um objeto dos poderes ou relações de domínio.*” (CANOTILHO, 2007, p. 59)

O *planejamento familiar* é um dos direitos reprodutivos fundamentais reconhecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 226, § 7º, em que institui o planejamento familiar como a base dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O planejamento familiar pode ser conceituado como sendo “*um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*”, de acordo com a Lei nº 9263/96, em seu artigo 2º.

Decorre daí a possibilidade de ajuda pelo Estado, através de medidas preventivas e assistenciais, no caso de infertilidade, pois, nem os convênios médicos particulares cobrem os tratamentos necessários para amenizar ou tratar a infertilidade.

Não se trata de um controle populacional, mas na ajuda didática as populações menos favorecidas, de seus direitos e de suas possibilidades quando do nascimento de seus filhos. Assim, o planejamento familiar não irá ditar regras sobre o comportamento sexual dos casais e ainda, sobre a quantidade de filhos que um casal pode ou não ter.

O planejamento familiar é a livre escolha de um casal, heterossexual ou homossexual, de se organizar como família, da forma que entender. Trata-se de um direito, que deve ser exercido de forma responsável.

Como outros direitos sociais garantidos pela Constituição, tanto portuguesa como brasileira, o direito à saúde faz com que o poder público esteja obrigado a oferecer condições ao planejamento, tanto de não haver gravidez indesejadas como auxiliar os que tanto desejam um filho, fonte da sua felicidade.

Certo é que o Estado deve garantir meios para que os cidadãos possam se desenvolver livremente, em todos os aspectos da vida, incluindo, dessa forma, os direitos reprodutivos.

Nos dizeres de Flávia Piovesan,

Vale dizer, a plena observância dos direitos reprodutivos impõem ao Estado um duplo papel. De um lado, demanda políticas públicas voltadas a assegurar a toda e qualquer pessoa um elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, que implica em garantir acesso a informações, meios, recursos, dentre outras medidas. Por outro lado, exige a omissão do Estado em área reservado à decisão livre e responsável dos indivíduos de sua vida

sexual e reprodutiva, de forma a vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo. (PIOVESAN, 2003, p. 274)

Um dos eixos de ação dessa política é a introdução das tecnologias de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde, entre elas a inseminação artificial heteróloga ou exogâmicas, cuja aplicação envolve aspectos éticos, morais e também efeitos jurídicos ainda não regulamentados pelo nosso ordenamento.

Para um melhor entendimento, há que se destacar as principais modalidades de reprodução assistida.

Modalidades de Reprodução Assistida

Conforme a Organização Mundial de Saúde, *infertilidade é a capacidade de um casal conceber após um ano de relacionamento sexual, sem uso de medidas contraceptivas*. Dessa forma, os casais que deverão buscar dessas técnicas e que, depois de algum tempo tentando da forma convencional, não obtém sucesso.

As pessoas que não possuem problemas graves de infertilidade iniciam um tratamento para melhorar a ovulação ou a produção de sêmen, para somente depois, realizar a inseminação artificial homóloga, que é considerada a mais simples.

A reprodução assistida⁴ é um conjunto de métodos que proporcionam a manipulação de gametas e embriões, com a finalidade de lutar contra a infertilidade humana, com probabilidade de sucesso. (MARQUES, 2013)

Inseminação Artificial Homóloga

É a transferência do sêmen (do marido ou companheiro) pelo aparelho genital feminino, substituindo a relação sexual. A fecundação ocorre no interior do corpo da mulher. Neste tipo de inseminação artificial, o material genético pertence ao casal.

É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio do ato sexual. (DIAS, 2011)

Inseminação Artificial Heteróloga

É também conhecida como Inseminação Artificial com Doador. Nesta, o sêmen transferido é objeto de doação. Ocorre nos casos de esterilidade masculina ou em casos de produção independente ou mesmo em caso de mulheres homossexuais. (IDALÓ, 2011)

Na utilização desta técnica, observa-se de um lado um doador que se propõe anônimo, oferecendo seus gametas para viabilizar o projeto parental de outrem e no outro extremo, temos uma criança que, embora tenha mãe e pai, ao crescer poderá reclamar o direito de conhecer sua ascendência

⁴ No Brasil, a reprodução assistida é regulamentada pela Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

genética.

Tem-se, então, um conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito à intimidade e uma nova discussão a respeito do direito de família, todos revolucionados pelos progressos da engenharia genética.

Criopreservação

Neste tipo de reprodução assistida, há a doação de sêmen, mas este será utilizado futuramente, em casos de homens que precisam se submeter a tratamentos médicos como quimioterapia, radioterapia, vasectomia, etc. (IDALÓ, 2011)

Fertilização in vitro

É a fecundação artificial na qual a fecundação ocorre em laboratório, fora do corpo da mulher. Após a fecundação do espermatozóide e do óvulo, o embrião, agora formado, pode ser transferido para o corpo da mãe, biológica ou não.

A fertilização *in vitro*, requer mais elaboração e trata-se de uma técnica mais cara, pois, tanto os óvulos como os espermatozoides são coletados e fecundados no vidro, na proveta, para somente depois serem colocados no útero materno; por isto, o nome de *bebê de proveta*.⁵

A reprodução assistida para os casais homossexuais

Existem casos de *gestação de substituição*, *maternidade de substituição* ou *barriga de aluguel*. Esta maternidade pode ser conceituada como sendo um acordo, pelo qual uma mulher gerará o filho de um casal e irá, depois, entregá-lo ao casal, abdicando de qualquer direito sobre a criança que gerou.

No caso de casais de homens, é necessário que haja essa prestação de serviço para que o tão sonhado filho seja gerado com o sêmen de um deles e uma doadora de óvulos. Importante ressaltar que deve haver o consentimento de ambas as partes, como bem menciona a Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, no caso brasileiro.

Com relação a Portugal, tal prática é proibida e pode ensejar em penalidade civil e penal. Quanto ao ordenamento jurídico português, Vera Lúcia Raposo alega que:

(...) não proíbe de forma expressa os contratos de maternidade de substituição. A sua recusa resulta somente de uma certa interpretação da lei. Nesse segundo entendimento, será lícita a celebração de contratos no âmbito do estatuto pessoal, dos quais nasçam direitos e obrigações. Cabe perguntar o que ocorrerá quando ela se negue a comprimir. (RAPOSO, 2005, p. 116)

Em relação ao Brasil, a questão tem tomado um rumo diferente.

Apesar de não existir, no Brasil, lei que regule as técnicas de reprodução assistida, fica a cargo do Conselho Federal de Medicina seu regramento, o qual se dá através da Resolução n.

5 O nascimento do primeiro bebê de proveta (fecundação *in vitro*) foi o marco histórico da revolução genética. Foi o nascimento de Louise Brown em 1978, em Oldham/Inglaterra.

1.957/2010, em vigor desde 06 de janeiro de 2011.

O próprio Conselho considera a infertilidade um problema de saúde que pode sofrer implicações médicas e psicológicas e prevê a possibilidade de casais homossexuais recorrerem às técnicas de reprodução assistida para procriarem, primando pelos princípios da igualdade e da autonomia privada. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010)

Segundo Maria Berenice Dias,

Também os parceiros homossexuais, a quem a justiça insiste em não admitir a adoção, têm, cada vez mais, feito uso dos métodos modernos de inseminação artificial para constituírem uma família. Assim, as lésbicas utilizam o óvulo de uma que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra. A parceira que dá a luz não é a mãe biológica, mas acaba sendo ela a mãe registral. Assim, ainda que a criança vá viver em um lar com duas mães, como o vínculo jurídico se estabelece exclusivamente com relação a que procedeu ao registro, trata-se de uma família monoparental. Os gays, igualmente utilizam técnicas reprodutivas para terem um filho. Muitas vezes é colhido espermatozoides de ambos, até para não sanarem quem é o pai da criança que irá nascer. Feita a fecundação em laboratório, faz o par uso do que se chama barriga de aluguel. Ainda que o filho tenha dois pais, o registro do filho é levado a efeito somente por um dos genitores, constituindo-se uma família monoparental. (DIAS, 2011, p. 201-202)

É fato que os casais homossexuais têm direito à reprodução. E quando esses casais fazem tal opção e exercem realmente o papel de genitores, há o reconhecimento de uma filiação socioafetiva.

Conforme os ensinamentos de César Fiúza (2014), os papéis desempenhados por homens e mulheres em relação aos filhos não correspondem, necessariamente, ao papel que os mesmos exercem em relação ao sexo genital.

E mais, os direitos dos casais heterossexuais devem ser estendidos aos casais homossexuais, inclusive o direito de utilizar técnicas de reprodução assistida. (BOMTEMPO, 2015)

PATERNIDADE *VERSUS* ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA: ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As noções de sexualidade, vida privada, casamento, planejamento familiar, confronta-se com uma evolução da sociedade e dos meios da biologia e da medicina, não constituindo, assim, uma realidade imutável, limitada pelo plano histórico, sociológico ou jurídico.

O direito à saúde: a reprodução heteróloga como solução para a homoparentalidade

O direito à saúde conflui no andar histórico da humanidade em uma perspectiva crescente de agregação de garantias da saúde, mas sempre reduzida e limitada frente aos requerimentos das necessidades humanas de uma saúde plena.

Considerar tal confluência de campos tão vastos do conhecimento humano significa refletir sobre a demarcação de um novo campo de construção do conhecimento. Trata-se de considerar o direito e a saúde como disciplinas isoladas e, com o intuito de buscar uma aproximação mais ostensiva entre ambas, gerar fatos e novidades político-institucionais na direção de uma articulação simbólica, capaz de dar respostas práticas na vida concreta porque, o direito à saúde é garantido

constitucionalmente, e é, *para todos*.

O entendimento da matéria no Brasil

Com o advento do Código Civil de 2002, esperava-se soluções que não surgiram. No artigo 1597, por exemplo, que trata do estabelecimento da filiação, novamente, o problema não foi bem resolvido.

Há a dificuldade de se realizar tais técnicas, considerando o desgaste físico e psicológico dos pacientes e até mesmo, o constrangimento, já que, em alguns casos, é necessária a demonstração do amor que o casal tem. (NUNES; SANTOS, 2007)

De acordo com o Código Civil brasileiro:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Tal artigo corresponde ao artigo 1.603 do Projeto na versão de 1975, época em que não havia tanta discussão e preocupação social a respeito das técnicas de reprodução assistida heteróloga, dessa forma, a omissão verificada no texto original sobre os aspectos civis da reprodução assistida – incluindo a modalidade heteróloga. Inclui, assim, os nascidos no casamento os filhos havidos por inseminação artificial, desde que dela tenha conhecimento antecipado e acordado o cônjuge masculino.

Com relação ao inciso V, do artigo, presume-se que foi concebido na constância do casamento o filho havido por técnicas de reprodução assistida heteróloga previamente consentida pelo marido.

Entende-se forçoso reconhecer que a melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade, o que significaria a inconceptibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida e nascida da esposa com prévio consentimento. (GAMA, 2003)

Contudo, isto só diz respeito a casais heterossexuais. É necessário acabar com a hipocrisia e encarar a realidade. Com o surgimento dos métodos reprodutivos de reprodução assistida e da manipulação genética, o sonho de ter filhos se aproximou da realidade de todos. (DIAS, 2004)

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 226, determina ser a família a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988).

Assim sendo, o Estado dará respaldo para a formação da família, incentivando o casamento, reconhecendo a união estável como meio de se privilegiar o afeto. A Constituição adotou o pluralismo como um dos fundamentos, o que implica a aceitação de uma multiplicidade das visões de mundo, que acarretam a possibilidade de cada pessoa construir uma concepção própria do que seja bom para si mesmo, até porque, não há mais a visão religiosa que tendia a unificar os mundos individuais, sendo que os valores eram compartilhados e não, diversificados, pois, podia arruinar com a ordem posta.

O indivíduo passou a ser importante e a representar algo para a sociedade. Todos, independentemente de seus projetos, têm a mesma valoração para o direito. *“Por isso, cada um possui, igualmente, direito de interpretar o que, para si, venha a ser liberdade, bem como suas manifestações e projeções em sua própria vida (...). É essencial que a sociedade e o Estado respeitem as diferenças individuais”*. (SALES; TEIXEIRA, 2011, p. 140).

Diante das possíveis dificuldades para a concretização da filiação biológica, a utilização de técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a gestação de substituição, surgem como uma forma de concretizar o tão sonhado desejo de ser pai ou mãe. E o avanço da medicina está aí para fazer com que tal sonho, seja realizado, tendo em vista que a infertilidade humana e as formas biomédicas adquiriram proporções cada vez maiores na atualidade, sendo tema de novas Resoluções do Conselho Federal de Medicina brasileiro, no ano de 2011, de número: 1957/2010 que revogou a Resolução 1352/92, trazendo novos parâmetros deontológicos. (SALES; TEIXEIRA, 2011)

Quando se fala em princípios norteadores da reprodução assistida, há princípios do Biodireito e da Bioética, e princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do direito à filiação, etc.

O princípio da autonomia requer o respeito do profissional da saúde com o paciente, levando em conta os seus valores sociais, éticos e religiosos. Consiste, em síntese, em deixar o paciente atuar sem influência externa, livremente, decorrendo assim, a exigência do livre consentimento informado.

Já o princípio da beneficência requer do médico ou geneticista uma maior atenção aos interesses das pessoas envolvidas na prática biomédicas, evitando, quando possível, qualquer dano.

O princípio da justiça, na ótica do Biodireito, visa a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios dos procedimentos, tratando os pacientes como desiguais conforme seus níveis de desigualdade.

O ordenamento jurídico brasileiro acolhe os direitos humanos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais como forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Independente da orientação sexual ou identidade de gênero do casal, os cônjuges e parceiros, firmando o termo de consentimento informado podem fazer uso de técnicas de reprodução assistida.

Segundo Maria Berenice Dias (2004), em dezembro de 2008, houve a primeira decisão favorável ao registro dos filhos gêmeos no nome de duas mães que haviam se submetido à técnica de reprodução *in vitro*.

Já os casais masculinos têm filhos mediante a técnica da gravidez por substituição, em que consiste na escolha de uma barriga de aluguel, através da escolha de um doador de sêmen ou podem optar pela escolha do material genético de ambos com o intuito de não sabem, de fato, quem é o pai biológico do filho.

E, em 2012 o direito ao duplo registro do filho concebido por inseminação artificial foi reconhecido pela justiça de Pernambuco. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2014)

O entendimento da matéria em Portugal

O artigo 64º da Constituição da República Portuguesa consagra o *direito à proteção da saúde*, determinando que a Lei Fundamental não limita a questão da saúde à esfera, tão somente, da medicina. Sendo que, o Serviço Nacional de Saúde é fundamental na garantia do direito a esta proteção. (PORTUGAL, 1976)

A possibilidade de procriação unilateral, ou seja, advinda de óvulos ou espermatozóides doados por uma pessoa anônima, ignorada, poderia levar a uma mudança radical no conceito de família.

Observa-se que no passado havia a certeza absoluta, inquestionável da maternidade e as dúvidas surgiram somente com relação à paternidade. Hoje em dia, com os inovadores procedimentos de procriação artificial, o panorama é completamente diferente. Por isso, torna-se necessária a elaboração de legislação específica e de novos institutos jurídicos, a fim de que não haja um distanciamento entre o ordenamento jurídico e a realidade atual. (COSTA, 2000)

Face ao ordenamento jurídico português, a Lei nº 7, de 11 de maio de 2001, adotou “*as medidas de proteção das uniões da facto*”, não fez depender a qualificação da relação da orientação sexual dos seus membros, tendo como objetivo principal, a equiparação do tratamento dado às relações de convivência homossexual. (PORTUGAL, 2001)

No mesmo sentido, a Lei nº 32, de 26 de julho de 2006, veio a reforçar o entendimento de que “*sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas aos dos cônjuges há pelo menos dois anos*”, em seu artigo 6º. E há, dessa forma, equiparação legislativa entre cônjuges e conviventes homossexuais. De acordo com as regras que presidem à atividade interpretativa, deve-se presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas. (PORTUGAL, 2006)

A lei portuguesa nº 32, em seu artigo 7º.1 descreve que: “*as técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente, a escolha do sexo.*” E também, trata-se de um método que deve ser usado subsidiariamente, seguindo a tendência europeia, e enumerou que, não somente para solucionar casos de infertilidade, mas para ser usado no tratamento de doença grave ou quando do risco de transmissão de doença grave, de doenças de origem genética, infecciosa, etc. (PORTUGAL, 2006)

O artigo 3º tende a reforçar os princípios da dignidade humana e da não discriminação, já consagrados pelo Conselho da Europa, na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. (RAPOSO; PEREIRA, 2007)

As divergências dos tribunais portugueses com relação à matéria tem sido porque não é considerada como uma família, mas sim, mas sim, *uma ameaça à instituição familiar*.

Foi somente em 1999, no caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, levado ao Tribunal Europeu do Direito do Homem, que, mesmo ambíguo com relação à matéria, nesse caso concreto, o Tribunal decidiu que o poder parental não poderia ser negado somente pelo fato de ter relação amorosa com pessoa do mesmo sexo.

Ao casal homossexual de mulheres, é facilitado o acesso a técnicas de reprodução assistida, visto que somente terão que solicitar um sêmen, de um doador. Contudo, como a maternidade de substituição ainda é vetada, pelo artigo 8º, I da Lei, nos casos em que haja um casal formado por dois homens, ainda é impossível realizar o sonho de ter um filho em Portugal.

MAIS VALE A PTERNIDADE SOCIOAFETIVA DO QUE A BIOLÓGICA?

Diante do atual contexto, vem se difundindo a utilização das práticas de reprodução assistida. A fecundação pode ocorrer com material genético do par ou, quando é doado por outra pessoa, chama-se heteróloga e, por isto, é que foi mais amplamente estudada nesse artigo, pois, trata-se da possibilidade de que, casais homossexuais têm de realizar um sonho: constituir família; ou, no termo jurídico: constituição de uma parentalidade socioafetiva.

O critério utilizado usualmente para impedir que casais homossexuais possam participar de medidas de procriação medicamente assistida consiste no fato de que estes não possam criar um filho porque a sociedade irá bani-lo, afinal, é o *estranho no ninho*, e será sempre taxado pejorativamente.

A relação de pai (um pai e uma mãe, duas mães ou dois pais) é fundada na afetividade, no afeto que se fortalece no dia a dia, e não necessariamente na origem biológica. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue.

Há aí, entre os adeptos de que a constituição da família e do planejamento familiar deva ficar entre casais heterossexuais, uma preocupação com o *bem estar da criança*. Não há como afirmar que a homoparentalidade irá ser maléfica ao filho do casal, pois esta, não é um fator determinante para o exercício da autoridade parental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a ousadia pretensiosa dos operadores do Direito, tem-se, sempre, a melhor expectativa, a de que, através de trabalhos de investigação científica, os legisladores fiquem cada vez mais sensíveis ao tema.

Os caminhos que foram abertos pela biotecnologia e pela ciência da vida nos últimas décadas levantaram algumas questões éticas e sociais. Tais progressos colocam em voga o problema da

necessidade de enquadramento normativo que conjugue-se as grandes expectativas quanto às implicações médicas e o respeito aos princípios éticos fundamentais.

Portanto, torna-se imprescindível que os legisladores definam posições concretas e precisas sobre as novas aplicações das técnicas de procriação assistida, pois, a sociedade encontra-se em constante mudança e de certa forma, desarmada legalmente.

Proibir que casais homossexuais tenham filhos por inseminação artificial é negar o direito da saúde, um princípio constitucional e também o direito de família àqueles que vivem sob o manto da solidariedade familiar, sobretudo, dos *direitos fundamentais*, direitos constitucionais.

A função do direito é emancipar as pessoas em toda e qualquer situação jurídica em que ela esteja inserida, sendo que tal direito é de *todos*, sem distinção de orientação sexual. O Brasil tomou uma decisão correta em direção à igualdade e, Portugal está, aos poucos, discutindo leis sobre o assunto. Respeitar o outro e não ter tabus para falar sobre determinados temas. Estamos no caminho certo.

O Princípio da Dignidade Humana resume-se no tratamento do ser humano com respeito e dignidade.

Contudo, aceitar a reprodução assistida tão-somente para fins ligados à preservação da vida (saúdável), não abarca por completo o Princípio da dignidade humana, o qual também encontra-se presente nas técnicas de reprodução assistida utilizadas por casais homossexuais que buscam a formação de uma família.

Ainda que haja interferência humana na reprodução natural, é certo que as técnicas de reprodução natural auxiliam na criação da vida e na formação da família.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Globo Editora, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Utilização das técnicas de reprodução assistida às uniões homoafetivas**. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista. Acesso 25 fev 2015.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 15 mar 2015.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso 14 mar 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.957/2010**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso 17 mar 2015.

COSTA, Anna Guiomar Nascimento Macêdo. A reprodução assistida: aspectos jurídicos de questões

polêmicas. **Revistas dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA** Salvador: UFBA, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Filiação Homoafetiva**. In IV Congresso Brasileiro de Direitos de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, César. **Curso de Direito Civil**. 17.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, v. 817, p.15, 2003.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IDALÓ, Marcella Franco Maluf. A reprodução assistida em face ao biodireito e sua hermenêutica constitucional. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**. Araxá, v. 15, n. 14, p. 137-162, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Casamento inexistente, nulo e anulável. **Revista do Advogado**. São Paulo. Ano XXVIII, n. 98, p. 68, jul 2008.

MARQUES, Emanuel Adilson Gomes. **Direito de procriar**: a reprodução assistida em face do princípio da dignidade humana. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29622/direito-de-procriar/2>. Acesso 03 mar 2015.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **A família e a evolução no direito brasileiro**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direitos de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles; SANTOS, Natália Batistuci. Os reflexos jurídicos da reprodução assistida heteróloga e *post mortem*. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica**. São Paulo, v. 41, n 48, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em:

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso 13 fev 2015.

PORTUGAL. **Lei nº 32 de 2006**. Disponível em: <http://www.apdi.pt/pdf/LEI%2032-06%20PMA.pdf>. Acesso: 28 mar 2015.

PORTUGAL. **Lei nº 7 de 2001**. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis. Acesso: 28 mar 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias. Primeiras notas sobre a Lei portuguesa de procriação

medicamente assistida (Lei n.º 32/2006. De 26 de julho). Separata de Lex Medicinæ: **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil** (Situação após a aprovação pelo Senado Federal). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Direitos Humanos e globalização**. In: SANTORO, Emílio; BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares; TONEGUTTI, Raffaella Greco (orgs). **Direitos Humanos em uma época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

SALES, Ana Amélia Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planeamento familiar. In: Lex Medicinæ. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Coimbra. Coimbra Editora, Ano 8, nº 15, 2011.

STRATHERN, Marillyn. **Parentesco e novas tecnologias da reprodução**. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf. Acesso: 20 dez 2014.