



UNIVERSIDADE CLÁSSICA DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO- POLÍTICAS /  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

YELBA NAYARA GOUVEIA BONETTI

O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA: limites e restrições ao Projeto Parental

Lisboa

2014



YELBA NAYARA GOUVEIA BONETTI

O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA: limites e restrições ao Projeto Parental

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Políticas e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas e Direitos Fundamentais. Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona Corte-Real

Lisboa

2014



YELBA NAYARA GOUVEIA BONETTI

O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA: limites e restrições ao Projeto Parental

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Políticas e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas e Direitos Fundamentais.

BANCA EXAMINADORA

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nome  
Universidade

Prof. Dr. Nome  
Universidade

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nome  
Universidade

Defesa em dia de mês de 2014.

Local da defesa:



## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho, bem como cada momento e concentração nos estudos aos meus queridos avós.

Em especial ao meu avô Libertino Gonçalves de Gouvêia (em memória), por todo o apoio e incentivo à minha carreira na área jurídica, bem como presença constante na minha vida e na minha saudade.

Dedico este trabalho, também, à minha avó Egid Bonetti que, além de ter aprendido a ler e a escrever na maturidade, atualmente, no auge dos seus oitenta e poucos anos, gosta de acordar às 05h30min e assistir a programas educativos na televisão pelo prazer de adquirir o conhecimento. Este exemplo de inteligência e sabedoria me transmite a segurança de que a opção feita por mim, pelos estudos e pela vida acadêmica, nunca será em vão.



## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à minha família (Wascislau, Liéje e Anna Flora) pelo apoio e incentivo durante todo o percurso do mestrado e pela minha vida inteira. Em especial ao meu pai que, mesmo em épocas de intenso movimento no Escritório de Advocacia Bonetti, me concedeu tempo para dedicação às pesquisas para este trabalho.

Agradeço, também, a todos os meus amigos e pessoas presentes na minha vida que, de alguma forma, colaboraram para o êxito desta conquista, seja com material jurídico ou com material humano, com um abraço ou palavras de incentivo.

Ao meu namorado Leonardo, que se encontra nesta mesma jornada para obtenção do sucesso na conclusão do Mestrado na Universidade de Lisboa; agradeço por cada final de semana de estudo, pelos livros e artigos compartilhados, na intenção de finalizarmos juntos esta etapa de nossas vidas.

Agradeço à Instituição de Ensino UNICESUMAR, através dos professores do curso de Mestrado em Direito (em especial José Sebastião de Oliveira), por me auxiliar e disponibilizar o Convênio com a Universidade Clássica de Lisboa.

Agradeço, por fim, ao meu orientador Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real por me auxiliar na elaboração do trabalho e partilhar o seu conhecimento na matéria.

Dedico-os, assim, o meu “muito obrigada”!



## O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA: limites e restrições ao Projeto Parental

### RESUMO

O direito de constituir família está previsto constitucionalmente em Portugal e no Brasil, através das normas que preveem e protegem as diversas entidades familiares. Assim, havendo um direito de constituir família e a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo, torna-se importante a discussão acerca do direito de se ter filhos. Isto porque é permitida a constituição da família homoafetiva em Portugal, através de Lei, mas há a limitação para a realização do seu Projeto Parental com filhos. Portanto, discute-se a incoerência jurídica em reconhecer a família homoafetiva, mas, diante de frágeis argumentos da doutrina portuguesa, proibir a concretização da família com filhos. Faz-se, assim, o comparativo com o direito brasileiro, onde, embora não haja lei regulamentando estas uniões, verifica-se intensa produção jurisprudencial permitindo a realização do projeto parental de maneira plena e resguardando o direito fundamental dos pares homoafetivos de constituir família..

***Palavras-chave:*** Direito de constituir família; Projeto parental; Família homoafetiva; Filhos.



## THE FUNDAMENTAL RIGHT OF CONSTITUTING A FAMILY AND THE HUMAN ASSISTED REPRODUCTION: limits and restrictions to the Parental Project

### ABSTRACT

The right of constituting a family is constitutionally provided for in Portugal and in Brazil, through rules which foresee and protect the various family entities. Therefore, as there is this right of family constitution and the possibility of union between people from the same sex, it is important to discuss about the right of having children.

This is due to the permission of homoaffective family constitution in Portugal through its Laws but, at the same time, with limits to the accomplishment of its Parental Project with children.

Thus, this paper discusses the juridic incoherence in recognizing the homoaffective family, but, before the fragile arguments of the Portuguese doctrine, prohibiting the achievement of family with children. It leads, thus, to a comparison with Brazilian rights in which, although there is no law regulating these unions, it can be verified an intense jurisprudential production permitting the accomplishment of the Parental Project to the fullest and also saving the Fundamental Right to the homoaffective couples of constituting a family.

**Keywords:** Family Constitution Right; Parental Project; Homoaffective Family; Children



FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa

## **Poema Enjoadinho**

Vinícius de Moraes

Filhos são o demo  
Melhor não tê-los...  
Mas se não os temos  
Como sabê-los?  
Como saber  
Que macieza  
Nos seus cabelos  
Que cheiro morno  
Na sua carne  
Que gosto doce  
Na sua boca!  
Chupam gilete  
Bebem shampoo  
Ateiam fogo  
No quarteirão  
Porém, que coisa  
Que coisa louca  
Que coisa linda  
Que os filhos são!

## SUMARIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 CONCEITO DE FAMÍLIA E EVOLUÇÃO NO MUNDO MODERNO .....	122
1.1 A ESTERILIDADE E O DIREITO DE TER FILHO .....	15
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	<b>Erro! Marcador não definido.</b>
2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
2.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976.....	25
2.2.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA.....	27
2.3 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 .....	35
2.3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	36
2.4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º da CRP e CF/BR) E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	42
2.4.1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA .....	43
2.4.2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO.....	45
2.5 DIREITO FUNDAMENTAL DE CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA EM BRASIL E PORTUGAL E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .	46
2.5.1 DIREITOS DE FILIAÇÃO: BIOLOGISMO <i>VERSUS</i> AFETIVIDADE.....	51
3 DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E O PROJETO PARENTAL	53
3.1 O QUE É O PROJETO PARENTAL .....	53
3.1.1 LIMITES E RESTRIÇÕES AO PROJETO PARENTAL NA LEI PORTUGUESA .....	56
3.1.2 LIMITES E RESTRIÇÕES AO PROJETO PARENTAL NA LEI BRASILEIRA	61
3.2 FORMAS DE REALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL .....	62
3.3 DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.....	63
3.3.1 DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA .....	64

3.3.2 DA FILIAÇÃO AFETIVA .....	66
3.3.3 DA LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA .....	67
4 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA, A ADOÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA .....	71
4.1 NOÇÕES GERAIS .....	71
4.2 LEI REGULAMENTANDO A PMA EM PORTUGAL .....	73
4.3 REGULAMENTAÇÃO DA PMA NO BRASIL .....	75
4.4 ASPECTOS ÉTICOS E PSICOLÓGICOS: A RUPTURA COM O PRECONCEITO ..	81
4.4.1 A POLÊMICA DA UTILIZAÇÃO DA PMA POR CASAIS HOMOAFETIVOS ..	88
4.4.2 A POLÊMICA DA UTILIZAÇÃO DA PMA POR PESSOAS SOLTEIRAS .....	96
4.5 DA IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE PARA OS ENVOLVIDOS NA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DA PMA E O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	99
4.6 A ADOÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA ..	101
4.6.1 DA ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS .....	107
4.6.2 DA ADOÇÃO POR PESSOAS SOLTEIRAS .....	115
5 LIMITES E RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA .....	116
5.1 CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA .....	120
5.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA DOS PARES HOMOAFETIVOS .....	122
6 CONCLUSÃO .....	126
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	128
8 ANEXOS .....	138

## INTRODUÇÃO

Tratar sobre o Direito Fundamental de Constituir Família, ademais de envolver as perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema, envolve o aspecto subjetivo das relações humanas. A referida discussão gera imensas polêmicas, uma vez que para a proteção do Direito Fundamental de Constituir Família muito mais do que analisar parâmetros da Lei e Doutrinários, há que se verificar outros aspectos: a prospecção entre várias áreas do conhecimento humano, costumes e visão psicanalítica.

É importante, também, verificar que o objetivo de constituir família não deve ser analisado apenas sob o aspecto subjetivo do ser humano, mas sim por aqueles atos e fatos que demonstram o verdadeiro ânimo de estabelecer laços familiares<sup>1</sup>. Desta feita, tendo em vista este ânimo de constituir família, passar-se-á a analisar a sistemática dos Direitos Fundamentais do indivíduo e, por conseguinte, a inserção do direito de Constituir família no ordenamento jurídico como categoria fundamental.

Ao tratarmos das garantias fundamentais, torna-se necessário, também, estabelecer os limites e restrições a estes Direitos, que influenciam diretamente os campos teórico e prático. Ao se referir ao Direito de Constituir Família como um Direito Fundamental, esbarra-se em polêmicas como o Projeto Parental, Técnicas de Procriação Medicamente Assistida e as relações jurídicas que se estabelecem a partir de então.

Assim, por meio da análise e interpretação do ordenamento jurídico português e brasileiro, busca-se alcançar um nível de compreensão sobre a origem, desenvolvimento e consequências do entendimento da proteção da constituição de família como um legítimo Direito Fundamental. Além disso, por tratar-se de Direito Fundamental, discute-se, aqui, a legitimidade dos casais de mesmo sexo em realizar o seu Projeto Parental, utilizando-se dos meios existentes.

---

<sup>1</sup> MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável. In: **Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Vol. 32, nº 98, p. 83-97, 2005

Para a referida análise, portanto, é necessário o enfrentamento de questões relacionadas ao Direito Constitucional, como ápice do Sistema Jurídico, bem como do Direito de Família e sua constitucionalização, tendência do mundo moderno.

## 1 CONCEITO DE FAMÍLIA E EVOLUÇÃO NO MUNDO MODERNO

A família é uma instituição diretamente influenciada pelos comportamentos sociais e políticos da nação. Em virtude destas transformações ocorridas na sociedade, o Direito de Família busca acompanhar as mudanças de comportamento ocorridas no seio familiar. Para o doutrinador brasileiro Pena Júnior<sup>23</sup>, a família é a mais antiga de todas as sociedades, sendo que, com o passar dos tempos, deixou de se focar exclusivamente no objetivo da procriação, e passou a ser ambiente de companheirismo, afeto, solidariedade, onde cada membro é sujeito de direito, ocupando um lugar na estrutura familiar com o objetivo de alcançar a felicidade.

No entanto, nem sempre ocorreu desta maneira. Conforme lições retiradas da obra de Coulanges<sup>4</sup>, a origem da família não estava ligada ao afeto, mas sim, à religião do lar e dos antepassados. A família antiga é baseada na religião, e o casamento, a primeira instituição estabelecida.

No período clássico, a família romana possuía uma base patriarcal, ou seja, o conjunto que descende de um ancestral comum. Com Constantino IV d.C., a concepção cristã adentrou na realidade romana, dando lugar à família formada pelo casal e sua prole, com base no

<sup>2</sup>PENA JR., Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

<sup>3</sup> Rolf Madaleno corrobora dizendo que “união afetiva e família têm como essência e razão de existência a sua comunhão espiritual, onde mulher e homem trabalham em igualdade de direitos, princípios, valores e oportunidades, em uma atmosfera que visa ao crescimento e à fortificação da unidade familiar”. MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.116.

<sup>4</sup> Em sua obra “A cidade Antiga”, explica que “o arcabouço da família não era tampouco o afeto natural, visto que os direitos grego e romano não tomavam na menor conta esse sentimento. Poderia ele existir no íntimo dos corações, mas para o direito não representava nada. O pai podia amar sua filha, mas não lhe podia legar os seus bens. As leis da sucessão, isto é, aquelas que entre todas traduzem com mais fidelidade as idéias que os homens tinham acerca da família, então em flagrante contradição, tanto com a ordem de nascimento como com o afeto natural. O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida”. COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2004, p. 45.

sacramento do casamento. No Direito Medieval<sup>5</sup>, fala-se na influência do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito Bárbaro. Assim, a figura do *pater* (oriunda do Direito Romano), foi substituída pelo sacramento do casamento, definido como uma sociedade de vida.

Desse modo, a Igreja deteve competência na matéria matrimonial, influenciando na formação da sociedade, durante toda a idade média, até o final do século XIX, quando houve o apogeu do Estado, que passou a regulamentar o casamento. Portanto, países com Portugal e Brasil sofreram notórias influências do Direito Canônico.

Ressalte-se, assim, que foi a introdução de uma concepção mais individualista durante o século XX que favoreceu o nascimento da família nuclear. Ou seja, a concepção de família, tal como conhecemos hoje, sofreu inúmeras transformações durante os séculos em virtude do amadurecimento dos valores sociais, culturais, políticos, religiosos, geográficos, econômicos, etc., decorrentes da evolução das ciências e da valorização do ser humano<sup>6</sup>.

A sociedade patriarcal de outrora foi aos poucos se adaptando aos novos rumos. Após a Revolução Industrial do século XIX, a intensa industrialização e o desenvolvimento de movimentos sociais, rompeu-se com a ideia do Estado Liberal. Também a sociedade internacional passou por duas Grandes Guerras, que causaram inúmeros problemas sociais que, paulatinamente, foram instigando alterações no modo de vida das pessoas.

Em dado momento histórico, a mulher, que estava fadada ao lar e aos cuidados com a família, viu-se chamada a trabalhar fora de casa. Os pilares do Modelo Patriarcal, portanto, estavam diluindo-se frente às necessidades econômicas da época. Este Modelo, segundo o qual a família constituía-se em um núcleo econômico, composta de vários filhos e parentes que trabalhavam para manter o organismo funcionando, onde havia a hierarquização na figura do pai e, muitas vezes, o casamento era meio de regular as relações sexuais, ou mesmo um “negócio” entre as famílias, foi desaparecendo.

Segundo o Ilustre Doutrinador Venosa<sup>7</sup>, em pouco tempo os prismas do Direito de Família foram alterados, sustentando, ainda, que o princípio da indissolubilidade do vínculo do casamento e a ausência de proteção jurídica aos filhos naturais, são institutos do passado

---

<sup>5</sup>. BITTAR, Carlos Alberto. Novos Rumos do Direito de Família. Págs. 1-37. In: **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. BITTAR, Carlos Alberto (Coord). São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

<sup>6</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.245.

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 21.

da história do Direito. Para ele, o jurista está defronte a um novo direito de família, trazido pela ciência e pela constitucionalização.

Desta forma, conjugada a todo o contexto social, foi promulgada, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, com uma proposta humana e cidadã. Além de tratar de inúmeros temas jurídicos, a Carta Magna trouxe em seu texto disposições claras e precisas sobre o Direito de Família, além de Princípios norteadores das relações humanas. Também a Constituição Portuguesa de 1976, seguindo a tendência do mundo moderno, carrega dispositivos relacionados ao Direito de Família, de forma a proteger os laços e vínculos estabelecidos por esta instituição.

Como afirmado supra, as transformações ocorridas no Direito de Família são frutos de um profundo amadurecimento da sociedade, que culminaram na proteção oferecida pela Constituição. As disposições acerca das relações familiares deixaram de fazer parte apenas da órbita privada, no Direito Civil, e passaram a ser protegidas pelo Direito Constitucional, Lei Maior de cada Estado.

O desafio da Carta Magna de 1988, no Brasil, foi suplantando os preconceitos e barreiras sociais, pois consolidou parâmetros que já vinham sendo questionados pelas leis esparsas, como a capacidade plena à mulher, que havia sido concedida pela Lei nº 4.121/62, inaugurando o princípio do que hoje conhecemos como igualdade entre os cônjuges. Outra conquista efetuada para o Direito de Família foi a consolidação do Divórcio em matéria Constitucional, pois havia muitas barreiras ideológicas, sociológicas, políticas, religiosas e econômicas para que tal ocorresse.

Estas transformações inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal, denotam o que conhecemos por Modelo Eudemonista<sup>8</sup>, o modelo que reflete a atual relação entre o Direito e a família. Este novo modelo familiar, consagrado na atualidade, possui respaldo Constitucional, de acordo com o disposto no artigo 226 da Constituição Federal Brasileira de 1988<sup>9</sup>. Referido artigo da Lei Brasileira demonstra claramente a mudança de paradigma, uma vez que o Direito de Família deixou de ser tema

---

<sup>8</sup> O Novo Dicionário da Língua Portuguesa define Eudemonismo como “doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, i.e, que são moralmente boas, que levam à felicidade” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 281).

<sup>9</sup>Artigo 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Parágrafo 7º: Fundado nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

exclusivo do Direito Privado e passou a ser regulado pelas normas cogentes do Direito Público.

O Constituinte de 1988, além de afirmar que a família é a base da sociedade e, em razão disto, deve ser respeitada, busca resguardar os interesses de cada ente, através dos Princípios Constitucionais. Desta feita, fala-se que, principalmente no século XX, o Estado assumiu a regulamentação das normas de direito de família, superando a ideia da religiosidade do casamento. Assim, verificou-se a reforma a nível constitucional na legislação de vários países, conferindo ao Direito de Família características de princípios e regras com o objetivo de proteção dos direitos de cada membro do núcleo familiar.

A proteção Constitucional do Direito de Família em Portugal, concretizada com a Constituição de 1976 (artigo 36 CRP), é pautada nas premissas do casamento, união entre pessoas, igualdade entre os cônjuges, não discriminação entre os filhos, entre outros.

A nova dinâmica que surgiu no Direito de Família a partir da década de 1960, portanto, tem influência dos direitos fundamentais, da concretização do Princípio da Dignidade Humana, que passaram a orientar os países ocidentais, a começar pela Alemanha<sup>10</sup>. Temos, assim, uma família pós-moderna, advinda da queda do modelo Patriarcal e regida pelo Princípio da Igualdade, ademais de ser permeada pelo afeto e o desenvolvimento da personalidade de seus membros<sup>11</sup>.

Como explicita Bittar<sup>12</sup>, a família deve cumprir uma função como célula vital da sociedade, pois, além de gerar e formar pessoas aptas à perpetuação da espécie humana, contribui para a manutenção e para o desenvolvimento do Estado, na medida em que prepara as pessoas para a vida social.

## 1.1 A ESTERILIDADE E O DIREITO DE TER FILHO

---

<sup>10</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Conceito Pós-Moderno de Família. In: **Direito de Família e das sucessões**. NOVAES, G. M. F. (Coord.). **Direito de Família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p.24

<sup>11</sup> Idem, Ibidem.

<sup>12</sup>. BITTAR, Carlos Alberto. Novos Rumos do Direito de Família. Págs. 1-37. In: **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. BITTAR, Carlos Alberto (Coord). São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 4.

Quando se fala em Direito de Constituir Família, inevitavelmente discute-se a questão da infertilidade e o Direito de ter filhos. Isto, porque ainda há uma ligação entre o conceito de família e a procriação, perpetuação da espécie e prolongamento dos laços familiares. Com a evolução do Direito, verificou-se que sexo, o casamento e a reprodução, que antes eram os pilares básicos do Direito de Família, acabaram se desvencilhando. Assim, tornou-se plausível uma situação sem a outra: não é mais necessário o sexo para a reprodução e muito menos o casamento para que haja relacionamento sexual<sup>13</sup>.

Existem outras maneiras de constituir família e realizar o desejo de ter filhos, como por meio da adoção. No entanto, ainda registra-se que a maioria de pessoas buscam meios para a geração de filhos biológicos. O próprio Código Civil Brasileiro privilegia a filiação biológica, quando determina em seu artigo 1.597 que a presunção da paternidade será auferida pela data da concepção.

Ascensão<sup>14</sup> sustenta que o Código Civil Brasileiro assentou no biologismo esta presunção, devido ao entendimento da época, ou seja, início dos anos 70 do século passado, data que remonta ao seu Projeto. Também o Código Português define que o critério geral para o vínculo de filiação é biológico, conforme se verifica nos artigos 1.798, 1800 e 1801 do Código Civil Português<sup>15</sup>.

Assim, a esterilidade é assunto delicado no tocante ao chamado Direito de Constituir Família, pois, nestes casos, a incessante busca pelos meios de técnica de reprodução medicamente assistida esbarra em aspectos éticos e de direito atinentes às garantias fundamentais. Quando se fala em Procriação Medicamente Assistida, suscita-se a discussão sobre três pontos: a não dependência de relação sexual, o local onde ocorre a fertilização e a interferência ou não de terceiro na técnica. Questiona-se, também, se há direito de utilizar-se das técnicas de reprodução assistida fora do casamento ou por casais do mesmo sexo.

O Direito de ter filho, ou o direito a procriação, sob uma concepção religiosa, está estritamente relacionado ao casamento. Mesmo sob a ótica jurídica, durante muito tempo, a

---

<sup>13</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 30.

<sup>14</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e relação de Paternidade. p.349-369. In: NOVAES, G. M. F. (Coord.). **Direito de Família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

<sup>15</sup>OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 57.

procriação foi considerada uma das finalidades do casamento. No entanto, observa-se que com a evolução da sociedade, dos costumes e do conceito tradicional de família, houve uma ampliação nos direitos relativos às relações familiares<sup>16</sup>.

No mundo, as discussões acerca do direito de ter filho possuem diferentes posicionamentos. Há concordância, porém, no aspecto de que o direito de procriar tem um conteúdo negativo, ou seja, possibilita ao indivíduo defesa contra privação ou limitação do Estado, da liberdade de escolha a procriar ou não<sup>17</sup>. Tem-se que o vocábulo compreende a questão genética, inclusive com seu conteúdo positivo no tocante ao direito de desenvolver a função de genitor.

Na Comunidade Europeia, reconhece-se o direito de “fundar uma família”. Assim, encontramos a disposição clara na Constituição da República Portuguesa, que estatui o direito fundamental de constituir família (artigo 36, nº 1, e 67, CRP). Ademais, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia prevê, em seu artigo 9º, a viabilidade do direito de constituir família<sup>18</sup>. Tal direito, como explicitado pelo ordenamento jurídico português, não trata explicitamente do termo procriar, embora compreenda tal ato implicitamente.

Apenas após a Conferência Internacional do Cairo de 1994 e de Pequim (Beijing) de 1995, reconheceram-se direitos reprodutivos como direitos fundamentais<sup>19</sup>. No entanto, é importante verificar que o reconhecimento do direito de procriar, ou ter filho, como um direito fundamental, não trata apenas da esfera de interesses de um indivíduo, mas, também, dos direitos fundamentais do filho.

---

<sup>16</sup> BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as Técnicas de Reprodução Assistida. In: **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito**. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 16. 153-168.

<sup>17</sup> João Baptista Villela sustenta que “é aqui, sobretudo, que cumpre estimar a importância do chamado bebê de proveta. Como proeza tecnológica, o fenômeno não será mais espetacular que muitos outros a que assistimos a intervalos cada vez mais curtos. Mas como corte profundo na continuidade sexo-reprodução, pode estar significando um largo passo no rumo de novas e insuspeitadas liberdades. A possibilidade de obter gratificação sexual sem os riscos da gravidez e, já agora, a possibilidade inversa, de promover a reprodução sem atividade sexual, com a fecundação in vitro, tenderão a fazer da paternidade rigorosamente um ato de opção.”<sup>17</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista Forense**, v. 271, n. 76; p. 44/51, 1980.

<sup>18</sup> *Artigo 9.º* Direito de contrair casamento e de constituir família - O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm> Acesso em 18 de janeiro de 2014.

<sup>19</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista Forense**, v. 271, n. 76; pág. 44/51, 1980.

Ainda, Ascensão<sup>20</sup> questiona-se quanto à PMA, no sentido de saber quando em seu lugar será mais valiosa a adoção, principalmente quando se trata de países como o Brasil, onde há muitas crianças em situação de abandono e casais lutando contra a infertilidade. De acordo com o entendimento de Villela<sup>21</sup>, as tradições culturais da humanidade identificam a persistente associação entre a paternidade primeiramente com o serviço e depois com a procriação. Desta feita, há que se falar que o Direito fundamental de ter filhos (pelos pais) estará sempre limitado pelos direitos da criança por nascer ou se desenvolver: dignidade e formação da sua personalidade em uma família.

No entanto, não podemos discriminar as pessoas em razão da sua opção sexual ou modo escolhido para a constituição de família, tolhendo-lhes direitos reprodutivos ou de adoção. Esta polêmica permeia a legalização das uniões homoafetivas e o seu acesso à adoção e às técnicas reprodutivas. Assim, há que se falar que toda a discussão acerca do direito de ter filhos (procriação), encontra nas técnicas de reprodução assistida sua viabilização, quando não houver procriação natural.

Há, ainda, que se observar que, no tocante à utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida, suscita-se o conteúdo da infertilidade dos beneficiários. Isso, porque, conforme disposto pela Lei de Procriação Medicamente Assistida em Portugal (Lei nº 32/2006, de 26 de Julho) e seus Princípios atinentes, verifica-se que a utilização da reprodução artificial deve ser subsidiária. Ou seja, só será possibilitada a reprodução através de algum dos métodos de PMA quando for constatada uma incapacidade para os meios naturais<sup>22</sup>.

Quando se fala em mulher ou homem infértil, é fácil visualizar a incapacidade de procriação pelos métodos tradicionais. Seja por um problema relacionado à ovulação ou à espermatogênese ou capacidade de coito, verifica-se a impossibilidade da reprodução, que será suprimida pela PMA.

---

<sup>20</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e relação de Paternidade. p.349-369. In: NOVAES, G. M. F. (Coord.). **Direito de Família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009.

<sup>21</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista Forense**, v. 271, n. 76; p. 44/51, 1980.

<sup>22</sup> Diogo Leite de Campos afirma que “as técnicas de PMA não constituem procedimentos alternativos à reprodução natural, mas métodos terapêuticos subsidiários; devem ser utilizados como auxiliares da concretização de um Projeto Parental, o que implica a consideração, não só do desejo dos candidatos a pais, mas sobretudo dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através de PMA, na assunção do Princípio da Vulnerabilidade que obriga ao cuidado e protecção do outro, frágil e perecível;” CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2008. Págs.73/86.

No entanto, na atualidade, afirma-se outra categoria de infertilidade, relacionada à opção sexual dos envolvidos, no caso de casais com o vínculo homoafetivo ou de pessoas solteiras. Isso, porque duas mulheres unidas com o intuito de concretizar um Projeto Parental não possuem meios biológicos para gerar um filho, em razão da falta do material genético. Assim ocorre igualmente com a situação de dois homens, que não possuem o material biológico e o meio natural para gestar uma criança. Ou, ainda, no caso de pessoas solteiras, que não possuem relacionamento afetivo e desejam ter filhos e constituir uma família.

Desta feita, pode-se falar em uma espécie de infertilidade, ligada à opção afetiva e sexual, vez que unicamente com seus parceiros ou sozinhos não é possível concretizar o Projeto Parentar e alcançar uma gestação. Ponto este controverso na Doutrina, não sendo aceito por vários doutrinadores, que entendem que a opção sexual não é fator gerador de infertilidade. No entanto, se pensarmos em consonância com o disposto no artigo 13, nº da CRP<sup>23</sup>, seria preciso viabilizar o Direito de Igualdade e o respeito à opção de vida feita pelos envolvidos.

Ora, se um casal homoafetivo (feminino ou masculino) necessita do material genético de terceiro para realizar o seu Projeto Parental, resta claro que há uma infertilidade, uma impossibilidade de gerar pelos meios convencionais, sendo imperioso resguardar o Direito de Constituir Família, garantindo-lhes o acesso às técnicas de PMA. Desta feita, não se está ferindo os objetivos da Lei de Procriação Medicamente Assistida, pois se trata de utilização subsidiária por pessoas que optaram por não se relacionar com pessoas do outro sexo e, dentro da sua relação afetiva, são inférteis e incapazes de gerar um filho. Tal situação de infertilidade abarca, também, a pessoa solteira, como a mulher que necessita buscar o material genético de terceiro para engravidar. Seria respeitoso à Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio da Igualdade coagir estas pessoas aos métodos tradicionais de procriação?

Portanto, é importante discernir se o Direito de Constituir Família está sendo interpretado de maneira restritiva ou em consonância aos demais Princípios Constitucionais, possibilitando a realização do Projeto Parental não apenas aos casais formados por homem e mulher, mas, também, àqueles que se orientaram a relacionamentos homoafetivos ou por uma vida sozinhos.

---

<sup>23</sup> O artigo 13 da CRP, que será enfrentado a frente, neste trabalho, estabelece o Princípio da Igualdade, pelo qual, ninguém pode ser prejudicado ou privado de qualquer direito em razão de sua opção sexual. Desta feita, não há que se falar em privar casais homoafetivos do seu Projeto Parental e o Direito de Constituir Família, justamente pelo Princípio da Igualdade, que resguarda, na letra da Lei, este Direito.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para melhor compreensão do assunto, torna-se importante traçar as linhas gerais do que são os chamados Direitos Fundamentais e suas implicações nas relações familiares. Assim, é possível considerar os Direitos Fundamentais sob diversos aspectos: enquanto direitos de todos os homens (perspectiva filosófica), direito dos homens em um determinado Estado (perspectiva constitucional) e, também, como o direito de todos os homens em um determinado período de tempo (perspectiva internacionalista)<sup>24</sup>.

Deste modo, na perspectiva filosófica pode-se dizer que os Direitos Fundamentais podem ser definidos como os direitos naturais, absolutos, imutáveis e intemporais. Estes direitos naturais são inerentes à qualidade de homem e se impõe a ordem jurídica.

Já na perspectiva constitucional, fala-se em direitos ou liberdades reconhecidos aos homens por motivo de humanidade. Desta feita, desde a Magna Carta de 1215, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, até as Declarações de Direitos mais recentes, estabelece-se na história o respeito aos direitos e liberdades.

No entanto, no que tange a perspectiva constitucional dos Direitos Fundamentais, observa-se que, a partir da sua constitucionalização, passou-se a reconhecer a validade jurídica destes como limitação ao poder. Foi o movimento constitucionalista, iniciado nos Estados Americanos, passando à Europa e ao resto do mundo, que inseriu nas Constituições a garantia dos direitos ou liberdades fundamentais.

Para o âmbito internacionalista, verifica-se como marco a II Guerra Mundial. Embora já se falasse na garantia de Direitos Fundamentais antes do período, foi o seu advento que afirmou a necessidade de proteção dos Direitos Fundamentais internacionalmente.

Desta feita, dá-se a devida importância à Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), que inaugurou uma etapa de inúmeros Pactos e Convenções, tratando do conteúdo dos Direitos Fundamentais. Segundo Andrade<sup>25</sup>, trata-se da criação de uma

---

<sup>24</sup>. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed.

<sup>25</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed.. p. 29.

consciência jurídica universal, comum aos povos de todos os continentes, que foi deflagrada após o advento da II Guerra.

As perspectivas descritas acima tratam, principalmente, da categoria de Direitos Naturais que, para serem exercidos, necessitam ser constitucionalizados. Por este motivo, percebeu-se a necessidade da previsão Constitucional dos Direitos Fundamentais, com o objetivo de garantir a sua proteção concreta, através de um catálogo mínimo de direitos que possa ser protegido pelos ordenamentos jurídicos dos países. Isto, porque a evolução histórica da sociedade revelou, principalmente no século XX, as bases destes chamados Direitos Fundamentais.

Fala-se que os Direitos Fundamentais conhecidos atualmente são resultado de um processo histórico de lutas sociais, contrastes entre regimes políticos e a evolução científica, técnica e econômica<sup>26</sup>. Há que se observar, portanto, que, nos fins do século XVIII, juntamente com as revoluções liberais, surgiram os ideais dos Direitos Fundamentais. No contexto da época, surgiram como liberdades concedidas aos cidadãos, em face do poder do Estado. Desta feita, fala-se em liberdade, segurança e propriedade como a essência da ideia liberal, que eram vistas como liberdades ou garantias contra a intervenção dos poderes públicos<sup>27</sup>.

Importante acrescentar também que o conceito democrático está presente nas teorias liberais, no aspecto em que o poder político é reivindicado pelas classes não proprietárias. A sociedade passa a ser organizada através de grupos e partidos e a ideia do sufrágio universal contextualiza-se nas modificações sociais.

Assim, tem-se que este momento de democratização política influencia diretamente na categoria de Direitos Fundamentais, uma vez que emergem as garantias de igualdade na relação travada entre o indivíduo e o Estado. Ademais, observa-se que o processo democrático foi essencial para que pudessem ser concretizados os Direitos de Defesa, como a liberdade religiosa, liberdade de imprensa e a liberdade de associação. Ressalte-se que tais liberdades eram restritas à uma minoria social.

As influências das conquistas democráticas são aparentes nestes chamados Direitos Subjetivos, ou seja, direitos fundamentais do indivíduo perante e contra o Estado, para defesa

---

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 30/31.

<sup>27</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed. p. 53.

da sua autonomia. No entanto, a ideia democrática de organização da vida política está intimamente ligada à forma de governo, já que a democracia passa a ser uma condição e uma garantia dos direitos fundamentais e da liberdade do homem. Assim, fala-se na faceta Objetiva<sup>28</sup> dos Direitos Fundamentais, que compreendem normas objetivas e disciplinadoras da vida social e política.

Ocorre que, na evolução histórica, percebeu-se que o sistema liberal fracassou em seus fundamentos, na medida em que a industrialização e o progresso técnico que desenraizou os homens das suas terras, impôs um ritmo de vida acelerado e a ditadura de um bem estar material. Diante de crescentes desigualdades, o Estado foi chamado a intervir na realidade social e, com o término das Grandes Guerras e a mudança da sociedade, exigiu-se do Estado medidas de planejamento econômico e social, bem como prestações sociais.

Assim, o sistema liberal, que inseriu liberdades aos cidadãos, também gerou uma desagregação social, vez que liberdade individual e a concorrência econômica geraram situações de injustiças, como a exploração social pela burguesia. Os menos favorecidos, assim, organizam-se de modo a requerer o poder político, para tentar reaver a sua liberdade, tolhida pela realidade imposta pelo Estado Liberal. Surgiu, portanto, uma nova categoria de Direitos, nominados como Direitos a Prestações, que podem ser definidos como exigências de comportamentos positivos do Estado, no sentido de realizar os anseios sociais.

Diz-se que estes Direitos a Prestações são o instrumento jurídico-constitucional para estabelecer uma ordem justa e solidária, com distribuição da riqueza. Descobriu-se, também, que as liberdades e garantias possuem uma dimensão prestacional, bem como a objetivação dos Direitos Fundamentais.

Nesta evolução histórica, fala-se na função social dos direitos fundamentais, na medida em que os direitos são menos individuais, por tratar-se de um enquadramento social. Tanto é assim que alguns direitos diretamente relacionados à personalidade individual passam a ser limitáveis pela função social.

---

<sup>28</sup> José Carlos Vieira de Andrade afirma que “a dimensão objetiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjetiva, na medida em que retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de ‘direitos’ aos indivíduos”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed. p. 109.

À vista disso, quando se fala em Direitos a Prestações, atenta-se para o fato de que dependem de recursos sociais e de opções políticas para sua concretização. Assim, esta influência socialista nos Direitos Fundamentais exige que, ao falar-se de direitos e liberdades, estes já não se bastem à sua proclamação formal, sendo necessárias condições objetivas que transformem as liberdades abstratas em liberdades concretas.

Assim, a evolução histórica fez com que chegássemos ao estágio da obrigatoriedade dos Direitos Fundamentais às relações entre privados, sendo o Estado o ente protetor de cada pessoa, perante ofensas de terceiros<sup>29</sup>. Portanto, chegado o século XX e vivenciadas as transformações sociais, científicas e tecnológicas que determinaram o padrão cultural da época, proclama-se a falência do Estado diante do fenômeno conhecido como globalização.

Deste modo, fala-se em Direitos de Solidariedade, em que o Estado Social pode ser definido como regulador, garantidor e incentivador, no sentido de promover a colaboração dos privados nas tarefas de interesse público. A globalização fez, assim, com que problemas de direitos fundamentais fossem analisados sob o prisma mundial, com a internacionalização dos Direitos Humanos, Tratados Internacionais e de ampla adesão e com o diálogo dos Tribunais a influenciar a jurisprudência dos países.

Conclui-se, portanto, que a evolução história dos Direitos Fundamentais denota uma constante transformação, que é obra da civilização jurídica, e exige a forma política para assegurar as condições de validade e de exercício destes Direitos.

---

<sup>29</sup> José Carlos Vieira de Andrade afirma que “vai ser posto em duas direções concorrentes: em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de apicar-se em *toda* a ordem jurídica e, portanto, também nas áreas do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe-se em relevo a necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed.. p. 233.

## 2.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em Direitos Fundamentais, não se pode perder de vista o Direito Constitucional. Além de estar intimamente relacionado à evolução histórica dos movimentos sociais e políticos, o Direito Constitucional manifesta nítida influência dos sistemas estrangeiros em seu cerne.

Conforme lições de Moraes<sup>30</sup>, a existência de Constituições escritas está umbilicalmente ligada às Declarações de Direitos do Homem. Ou seja, a tipificação destes direitos consiste em limites ao poder político, pois os direitos subjetivos do homem consubstanciados na norma básica retiram do legislador ordinário a disponibilidade sobre os mesmos.

Para Miranda<sup>31</sup>, é importante observar que os Direitos Fundamentais podem ou não estar dispostos na norma Constitucional, pois é possível concebê-los como enunciados autônomos, dotados de valor constitucional ou infraconstitucional.

Importante pontuar que, no tocante à evolução dos Direitos Fundamentais exposta no tópico acima, observa-se que, na maioria dos países que se depararam com uma luta revolucionária ou com modificações políticas para garantir a ordem Constitucional, verificam-se Declarações ou Cartas, definidoras de princípios que implicam diretamente nos Direitos Fundamentais.

Informa-nos ainda Miranda<sup>32</sup> que Constituições datadas do século XVIII e XIX tratam apenas dos direitos com esqueleto de Direitos de Liberdade. Já diferentemente ocorre nas Constituições do século XX, que prevêm direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, fala-se que os Direitos Fundamentais em sentido formal são aqueles inseridos em texto da Constituição Formal. Já os Direitos constantes de outras leis ou regras de Direito Internacional são classificados como fundamentais sem sentido material.

---

<sup>30</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. 17 ed.. p. 25.

<sup>31</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 122.

<sup>32</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 124.

Como bem assevera Barroso<sup>33</sup>, observa-se o movimento pós-positivista como designação das relações entre valores, princípios, regras, ou seja, da nova hermenêutica constitucional e teoria dos Direitos Fundamentais, que tem seu ápice na dignidade humana. Consta nas Constituições diversos Princípios que se destinam a regular o conteúdo, a força jurídica e o exercício dos Direitos Fundamentais.

Madaleno<sup>34</sup> explicita que a efetividade dos Direitos Fundamentais é de substancial importância, no sentido de proteção dos Princípios que difundem o respeito e a promoção da dignidade humana e da solidariedade. Assim, busca-se assegurar não apenas a imediata eficácia social da norma constitucional, mas, principalmente, a efetividade social, ou seja, os efeitos da norma no mundo dos fatos.

Assim, observa-se a importância da análise do Direito Fundamental de Constituir Família em conjugação com os Princípios Constitucionais, em países como Brasil e Portugal, de forma a permitir e efetivar as famílias homoafetivas.

## 2.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976

Verifica-se, com a Revolução de 1974, em Portugal, um regime democrático que influenciou a formação da nova Constituição<sup>35</sup>. Seguindo a tendência do século XX, de positivação Constitucional dos Direitos Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP), datada de 1976, faz alusão a estes direitos<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup>BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Revista Forense**, v. 100, n. 371, p. 175-202, Jan/fev 2004, Rio de Janeiro: Forense, 2004..

<sup>34</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed, p 41.

<sup>35</sup>MIRANDA, JORGE. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa: uma visão comparativa**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33/52.

<sup>36</sup> Como bem explicita Jorge Miranda, “para além da influência de diversas correntes ideológicas, a comparação permite descobrir afinidades em Constituições diversas de países estrangeiros. As regras gerais sobre direitos fundamentais, em parte, reproduzem as que constam da Constituição de Bona. São as Constituições italiana e alemã, ambas do pós-guerra e do pós-fascismo, que mais se aproximam na enumeração dos direitos, liberdades e garantias”. MIRANDA, JORGE. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa: uma visão comparativa**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 33/52.

Influenciada pelo Direito Alemão, a Constituição Portuguesa insere no seu ordenamento jurídico máximas disposições de proteção aos direitos fundamentais. Em sua parte I, menciona os “*Direitos e Deveres Fundamentais*”, num rol de 68 artigos, sem esgotar ou limitar a matéria.

No entanto, torna-se importante traçar as diferenças entre a *matéria* de direitos fundamentais e os *direitos fundamentais* como categoria jurídica, conforme explica Andrade<sup>37</sup>.

Na perspectiva Constitucional, pode-se considerar o conjunto de normas definidoras de um *estatuto fundamental* das pessoas na sociedade, ou, ainda, designar *posições jurídicas subjetivas* aos cidadãos, em virtude dos preceitos normativos. Portanto, há que se observar que a previsão de Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico Português é muito mais ampla do que o catálogo previsto na Parte I da CRP.

Observa-se que o conteúdo do nº 1 do artigo 16º não afasta outros direitos constantes de leis ou regras de direito internacional, motivo pelo qual o caráter fundamental dos direitos não está atrelado à sua previsão constitucional<sup>38</sup>. Há uma autonomia institucional para o Conjunto de Direitos Fundamentais, que forma um sistema com a intenção de proteger a ideia do Homem<sup>39</sup> como princípio de valor, pautado na *Dignidade da Pessoa Humana*<sup>40</sup>.

Assim, fala-se em Direitos Fundamentais como aqueles direitos básicos, principais para a caracterização da pessoa, não importando se estão ou não inseridos na Constituição. Assim, é importante distinguí-los pelo caráter de essencialidade na proteção da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>37</sup>. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed. p. 72.

<sup>38</sup> Seguindo este entendimento de Jorge Miranda, “o artigo 16º, nº 1, estatui que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional;” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 143.

<sup>39</sup> Compilando as palavras de José Carlos Vieira de Andrade, “o homem individual, destinado ou condenado a viver em comunidade, tem também deveres fundamentais de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade, obrigando-se a suportar as restrições e as compressões indispensáveis à acomodação dos direitos dos outros e à realização dos valores comunitários, ordenados à felicidade de todos”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. 1976. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed. p. 80.

<sup>40</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed.. p. 80.

Portanto, observa-se no artigo 1º da CRP<sup>41</sup> a consagração do primeiro direito fundamental, que norteia o conjunto dos chamados Direitos Fundamentais. Aplica-se o Princípio da Dignidade da Pessoa a cada pessoa individualmente, a todas as pessoas sem discriminação, caracterizando uma universalização, e a cada homem, sob o prisma da sua autonomia e liberdade<sup>42</sup>. Pode-se dizer, em outras palavras, que a consolidação dos Direitos Fundamentais como Sistema Normativo Constitucional é a conscientização da dignidade humana e de suas premissas básicas.

A proteção da Dignidade da Pessoa Humana, por meio dos chamados Direitos Fundamentais, está intimamente ligada ao fim da II Guerra Mundial, como defesa aos Estados que degradaram a pessoa humana<sup>43</sup>. Ressalte-se, assim, que somente com o advento da Constituição Portuguesa de 1976 há a proclamação do Princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º).

Miranda<sup>44</sup> explicita que a dignidade é um princípio que abarca todos os demais princípios que dizem respeito aos direitos e deveres das pessoas e também quanto a atuação do Estado perante elas. Conclui-se, assim, que a fixação de Direitos Fundamentais na Constituição tem como finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana.

### 2.2.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA

---

<sup>41</sup>Princípios fundamentais - Artigo 1.º - República Portuguesa - Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 15 ago 2013.

<sup>42</sup> José Carlos Vieira de Andrade sustenta que “o Princípio da dignidade da pessoa humana (individual) está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e dos direitos a prestações sociais. É dizer que a dignidade da pessoa humana se projecta no indivíduo enquanto ser autónomo, em si e como membro da comunidade – são direitos da pessoa, do cidadão, do trabalhador e do administrado. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed.. p. 97.

<sup>43</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 195.

<sup>44</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 200.

No contexto da proteção aos Direitos Fundamentais e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito Português trata do Direito Fundamental de Constituir Família. É o que consta na Parte I (*Direitos e Deveres Fundamentais*), Título II (*Direitos, Liberdade e Garantias*), artigo 36º da CRP:

1. Todos têm o direito de *constituir família* e de contrair casamento em condições de plena igualdade. (grifo nosso)
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976)<sup>45</sup>

Observa-se que o dispositivo Constitucional mencionado supra, ademais de estar dentro do contexto de uma Constituição que respeita a dignidade da pessoa humana, como prevê o artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, deve ser analisado sobre o prisma do respeito e da garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, de acordo com o artigo 2º da CRP<sup>46</sup>.

Canotilho<sup>47</sup> bem observa que o artigo 36º da CRP estabelece os direitos relativos à família, casamento e filiação, podendo ser classificados em quatro grupos: 1) direitos das pessoas de constituírem famílias e se casarem (nº 1 e 2); 2) direitos dos cônjuges (nº 3); 3) direitos dos pais em relação aos filhos (nº 5 e 6); 4) direitos dos filhos (nº 4, 5, segunda parte e 6). Para o autor, são estes os sujeitos da relação familiares.

No que tange o disposto no artigo 36º, vamos nos ater ao direito fundamental de constituir família e suas implicações. Isso, porque, da análise de referido dispositivo, é

<sup>45</sup> Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 16.08.2013.

<sup>46</sup> David José Peixoto Duarte sustenta que “a ampliação crescente da materialidade constitucional que se desenvolve no quadro do constitucionalismo do século XX e do qual é um fenómeno caracterizante, em conjugação com a manutenção da centralidade social da família, justificam que as normas jurídico-constitucionais não possam, na actualidade, prescindir do tema família, bem como de todo o restante conjunto temático circundante”. DUARTE, David. *Perspectivas Constitucionais da Família*. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994, p. 81.

<sup>47</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 561.

possível perceber uma dicotomia entre o direito de constituir família e o direito de contrair casamento<sup>48</sup>.

Como explica o Miranda<sup>49</sup>, o artigo 36º nos permite realizar uma leitura aberta, no sentido de que a constituição de família não é dependente do casamento, ou seja, deve-se interpretar a pluralidade e a diversidade das relações familiares.

Neste sentido, após a juridicização de assuntos como adoção, perfilhação e casamento, a Constituição volta suas atenções à família, transferindo o núcleo da disciplina jurídica da sociedade familiar do casamento para o conceito de família<sup>50</sup>.

Não se ignora que foi através do casamento que a família ingressou no ordenamento jurídico, ocorre que, atualmente, considera-se a família uma sociedade natural, composta por um modelo, a partir do qual se faz a interpretação constitucional dos variados institutos relacionados ao direito de família. Assim, verifica-se o disposto no artigo 67º da CRP<sup>51</sup>, que define a família como elemento fundamental da sociedade, garante a sua proteção e a realização pessoal dos seus membros.

Duarte<sup>52</sup> alega que o caráter indefinido do conceito de família, disposto na CRP, apresenta como consequência o afastamento dos modelos paradigmáticos e deixam uma zona de indeterminação conceitual das composições afetivas, por exemplo, as uniões homossexuais.

Portanto, o arranjo Constitucional do Estado Português e as inúmeras garantias constitucionais que se discute neste trabalho, nos levam à ideia do reconhecimento de modelos plurais de família<sup>53</sup>. Seja a união homoafetiva, ou a família composta por pessoa

---

<sup>48</sup> David Duarte informa que “a separação entre o direito a constituir família e o direito a contrair casamento aponta apenas para a ampliação da ideia de sociedade familiar e tem como alcance apenas a não recondução, em sobreposição, da família à ideia de núcleo familiar baseado ou sententado no matrimónio”. DUARTE, David. *Perspectivas Constitucionais da Família*. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994, p. 100.

<sup>49</sup> MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 398.

<sup>50</sup> DUARTE, David. *Perspectivas Constitucionais da Família*. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994, p. 86.

<sup>51</sup> Artigo 67.º Família 1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 20 jan 2014.

<sup>52</sup> DUARTE, David. *Perspectivas Constitucionais da Família*. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994, p. 95.

<sup>53</sup> Conforme lições de J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, “não existe um **conceito de família** constitucionalmente definido, sendo ele, por isso, um conceito relativamente aberto, cuja ‘densificação’ normativo-constitucional comporta alguma elasticidade, tendo em conta designadamente as referências constitucionais que sejam relevantes (por ex., o art. 36º-1, de onde decorre que o **conceito de família** não

solteira com filhos ou, ainda, com a prole advinda da procriação medicamente assistida, todas as situações merecem a protecção Constitucional do Estado Português.

Assim, quando se fala no Direito Fundamental de Constituir Família, suscita-se a discussão acerca da existência ou não de um direito a procriar. Ou seja, dentro desta pluralidade nas relações familiares, a constituição de uma família está atrelada a existência de filhos, ou ainda, filhos biológicos?

A Constituição da República Portuguesa confere protecção à paternidade e maternidade, de acordo com o artigo 68º (CRP), ao passo que se preocupa com a matéria da procriação assistida, no artigo 67º, nº 2, alínea *e* da CRP:

1. A família, como **elemento fundamental da sociedade**, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.
2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:
  - a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;
  - b) Promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade;
  - c) Cooperar com os pais na educação dos filhos;
  - d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;
  - e) **Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana;**
  - f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares;
  - g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado;
  - h) Promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976.<sup>54</sup>

---

pressupõe o vínculo matrimonial podendo existir sem ele, como no caso das chamadas 'uniões de fato', (que no entanto podem dispor de reconhecimento e protecção jurídica aproximada das relações matrimoniais) e as diversas concepções existentes na colectividade. Seguramente que o conceito abrange a típica realidade social urbana constituída por um casal e respectivos filhos dependentes em comunhão de vida, habitação e economia doméstica, correspondente à moderna 'família nuclear'; mas não exclui, naturalmente, outras realidades sociais, mais amplas (a tradicional família alargada compreendendo designadamente os ascendentes e irmãos) ou mais restritas (*famílias monoparentais* ou 'famílias recompostas' de um pai ou de uma mãe e respectivos filhos de menor idade). Aliás, o conceito não tem que ser uniforme em todos os domínios jurídicos, podendo variar relativamente, de acordo com os objectivos jurídicos e as circunstâncias [...].CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007., p.856/857.

<sup>54</sup> Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 19 ago 2013.

Por estar contido no rol dos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, nº 2)<sup>55</sup>, sustenta-se que o direito de procriar não é absoluto. Desta feita, as limitações ou restrições a este direito de procriar estão diretamente ligadas aos limites constitucionais<sup>56</sup>.

De acordo com lições de Canotilho<sup>57</sup>, tem-se que devem ser inadmitidas as formas de procriação assistida que sejam contrárias ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Afirmação, esta, que nos faz crer que não há regulamento constitucional expresso que proíba a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida por casais homoafetivos.

Conclui-se, assim, que o direito fundamental de constituir família está diretamente relacionado às diversas categorias de entidades familiares e à sua proteção. Ou seja, é possível constituir-se família sob várias formas: casamento, união estável, famílias monoparentais, união entre pessoas do mesmo sexo, adoção, através do recurso à procriação medicamente assistida, etc.

Carlos Pamplona Corte-Real<sup>58</sup> explica que a instituição familiar é “enigmática” no que diz respeito a constituição dos seus vínculos, à tutela dos direitos fundamentais... Isto porque, conforme expõe Félix<sup>59</sup>, a família é o local de realização, desenvolvimento e consolidação da personalidade humana, onde o indivíduo se afirma como pessoa e onde há a transmissão dos princípios éticos, sociais, espirituais, cívicos e educacionais. Portanto, pode se afirmar que a família é o fundamento da sociedade.

Canotilho<sup>60</sup> elucida que o direito a constituir família também estabelece um direito a ter filhos, já que muitos números do artigo 36.º da CRP tratam da filiação. Corrobora, também,

<sup>55</sup> Artigo 18.º Força jurídica 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. **A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.** 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. [**grifo nosso**] Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 20 Jan 2014.

<sup>56</sup> MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 400.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, . p.859.

<sup>58</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. P. 117.

<sup>59</sup> FÉLIX, Antônio Bragão. Reflexões sobre a família no limiar do século XXI. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994, p. 13

<sup>60</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. p. 567.

que, embora a prole não seja conteúdo essencial para caracterização da família, está naturalmente associada a ela.

Assim, pode-se falar em liberdade de procriação, sem qualquer interdição ou condição para procriação, números de filhos ou esterilização forçada, bem como a paternidade e maternidade responsável, como dispõe o art. 67º da CRP. Quaisquer disposições contrárias a esta liberdade pode ferir a dignidade da pessoa e a autodeterminação que lhe é intrínseca.

É o princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com o art. 1º da CRP, que garante a autonomia e a liberdade individual dos entes familiares, regulando as relações familiares de diversas espécies. Portanto, corrobora-se que, embora o direito de procriar não seja absoluto e deva observar os limites constitucionais, não se pode restringir o acesso à procriação por determinadas pessoas, sob a justificativa de não haver a caracterização de uma entidade familiar *normal*.

Conforme exhaustivamente exposto, a CRP apresenta um modelo aberto e plural de família, sendo que discussões acerca da opção sexual de seus membros ou, ainda, dos motivos que, muitas vezes, lhes levam a uma vida afastada daquele padrão conjugal (em seu sentido amplo), não podem ser fundamentos para tolher o direito fundamental de constituir família. Assim, no que concerne ao contexto da discussão acerca do direito de constituir família, há que se respeitar a intimidade e a vida privada dos entes, conforme prevê a CRP.

Desta feita, a discussão deve ser pautada no princípio da igualdade (art. 36º, nº 1, nº 3) que resguarda a dignidade dos entes familiares, permeando todas as relações estabelecidas<sup>61</sup>. Ou seja, limitar o acesso de determinadas pessoas ao seu direito de constituir família e a concretização do Projeto Parental não é o caminho previsto pela CRP, que está sob o abrigo de Princípios como a Dignidade Humana, Liberdade e Igualdade. O Direito de Constituir família é, deste modo, um direito universal, aplicável a portugueses ou a estrangeiros, pois a Constituição da República Portuguesa tutela a família e a vida familiar em todas as suas searas.

---

<sup>61</sup> Neste sentido, “a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família ‘matrimonializada’. Para isso apontam não apenas a clara distinção das duas noções no texto (“constituir família” e “contrair casamento”), mas também o preceito do nº 4 sobre a igualdade dos filhos, nascidos dentro ou “fora do casamento” (e não: “fora da família”). CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 561.

No entanto, Canotilho<sup>62</sup> questiona se o direito a constituir família através de filhos envolve o direito à inseminação artificial heteróloga ou à gestação de aluguel. Tal consideração será discutida ao longo deste trabalho, uma vez que o direito de constituir família não é absoluto e pode ser limitado ou restringido em algumas situações que serão abordadas no momento oportuno.

Apesar disso, de antemão, é necessário defender o argumento de que o direito de constituir família, enquanto não ferir a dignidade da pessoa humana dos envolvidos, deve ser resguardado pela CRP de 1976.

Verifica-se, assim, a produção legislativa do Estado Português no sentido de regular as uniões de fato, através do diploma nº 7/2001, de 11 de maio. Observa-se que, seguindo a tendência da Constituição, no sentido de consagrar uma fórmula aberta do conceito de família, esta Lei rege os interesses daqueles que se unem com o objetivo de comunhão plena de vida<sup>63</sup>.

Constata-se que o artigo 1º desta lei explicita que “a união de facto é a situação jurídica de duas pessoas, que, **independentemente do sexo**, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”<sup>64</sup>.

No entanto, a mesma Lei nº 7/2001, em seu artigo 3º, 3), e artigo 6º restringe a possibilidade da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida<sup>65</sup> e a adoção às pessoas de mesmo sexo que constituam família, em completa desarmonia com o sistema Constitucional e seus Princípios Fundamentais.

Além disso, foi através da Lei nº 9/2010<sup>66</sup> que houve a permissão para o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Isto, porque, até chegar-se à aprovação desta Lei, houve

---

<sup>62</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 567.

<sup>63</sup> Segundo Carlos Pamplona Corte-Real, “os companheiros assumidamente querem, do mesmo modo, viver em comum, e não será a diferença formal constitutiva que obstará à similitude estrutural das convivências dos cônjuges e dos parceiros em união de facto”. *Direito de Família – Tópicos para uma reflexão crítica – 2º edição actualizada*. AAFDL: Lisboa, 2001. Pág. 153.

<sup>64</sup> PORTUGAL, Lei nº 7/2001, de 11 de maio de 2001. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=901&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=901&tabela=leis). Acesso em 20 jan 2014.

<sup>65</sup> Conforme disposto na Lei nº 32/2006, artigo 6º: Beneficiários 1 - Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

<sup>66</sup> Segundo Pamplona Corte-Real, “nessa Lei, o artigo 1º vem permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, pelo que o artigo 2º teve de alterar a definição constante do artigo 1577º do CC (‘casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida (...)’), enquanto o artigo 4º revogava o artigo 1628º, al. e), do CC que decretava a inexistência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito de Família – Tópicos para uma reflexão crítica – 2º edição actualizada*. AAFDL: Lisboa, 2001. p. 71.

um longo caminho de amadurecimento jurídico, no sentido de buscar-se a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º do Diploma Civil Português.

Em breves palavras, discutiu-se o conceito previsto no artigo 36º, nº 1 da CRP, que trata do direito a constituir família e do direito de contrair casamento, pois verifica-se no artigo 67º a proteção à família, o que fez surgir a discussão doutrinária se seria considerada família apenas aquela erigida sob o casamento<sup>67</sup> ou, ainda, aquela formada por pessoas de sexos diferentes. Ora, será que o legislador constitucional teria suprimido de sua proteção as uniões de fato, reconhecidas pela Lei nº 7/2001, inclusive aquelas constituídas por pessoas do mesmo sexo?

Os artigos 1577º e 1628º do Código Civil exigiam a diversidade de sexos para a configuração do casamento. No entanto, a CRP prevê no seu artigo 13º, nº 2, o Princípio da Igualdade e não da discriminação em razão da orientação sexual, o que não coadunava com a legislação civil do país.

Atualmente, portanto, verifica-se o reconhecimento das uniões de fato e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, no Estado Português, mas permanece o retrocesso no âmbito da procriação medicamente assistida e da adoção, que são expressamente proibidas aos casais do mesmo sexo.

Portanto, o presente estudo destina-se a discutir a incongruência entre os Princípios Constitucionais Fundamentais e a legislação civil portuguesa que restringe este acesso aos casais de mesmo sexo, sejam eles formalizados pelo casamento ou apenas em união de fato, tolhendo o direito fundamental de constituir família por estes pares.

---

<sup>67</sup> Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira sustentam que “O Princípio de proteção da união de facto decorrente do ‘direito ao desenvolvimento da personalidade’ a todos reconhecido no art. 26º, nº 1, da Constituição não exige, todavia, que o legislador dê à união de facto efeitos idênticos aos que dá ao casamento, equiparando as duas situações. [...] Casamento e união de facto são situações materialmente diferentes: os casados assumem o compromisso da vida em comum; os membros da união de facto não assumem, não querem ou não podem assumir este compromisso”. COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito de Família (Vol. I). 3º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 104/105.

## 2.3 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Seguindo a tendência mundial, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece a proteção aos Direitos Fundamentais<sup>68</sup>. O seu Título I trata dos Princípios Fundamentais, consagrando, em seu artigo 1º, inciso III, a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

Já em seu Título II abarca-se os chamados direitos e garantias fundamentais, divididos em cinco capítulos (fala-se nas categorias dos direitos e garantias fundamentais; direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos).

Moraes<sup>69</sup> sustenta que, atualmente, faz-se a classificação dos Direitos Fundamentais em Direitos de primeira, segunda e terceira geração. Os direitos de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. Observa-se que os Direitos Fundamentais são considerados Constitucionais por estarem inseridos no contexto da Constituição, com eficácia e aplicação imediata.

Ademais, assim como no Direito Português, tem-se que o rol estabelecido na Constituição Federal Brasileira é exemplificativo, já que não exclui outros direitos fundamentais de caráter constitucional decorrentes do regime e princípios adotados pela Lei Máxima. De acordo com o artigo 5º, Parágrafo 2º da Constituição Federal Brasileira, não se excluem outros Direitos oriundos de Tratados<sup>70</sup>.

Na esteira do que se expôs quanto à proteção dos Direitos Fundamentais no sistema Português, observa-se uma similaridade com o sistema Brasileiro. Observa-se, além disso, a proteção da dignidade da pessoa humana, Direito Fundamental previsto no artigo 1º, III, da CF brasileira, que define os traços da proteção fundamental às relações de família.

---

<sup>68</sup> Jorge Miranda informa que, “diversamente de todas as anteriores constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias”. MIRANDA, JORGE. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa: uma visão comparativa**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 83.

<sup>69</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. 17 ed.. p. 26.

<sup>70</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 prevê que Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão equivalência de emenda constitucional.

### 2.3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Observa-se, no Direito de Família, o tratamento interdisciplinar para a proteção da dignidade de cada componente da família<sup>71</sup>. Assim, durante anos, verificou-se que o Direito de Família sofreu alterações, sendo as mais significativas inseridas pela Constituição Federal de 1988.

Foi, portanto, a Constituição Federal de 1988 que contribuiu para a ampliação do conceito de família que, antes, era sinônimo do instituto casamento. O artigo 226 da Magna Carta Brasileira abriu caminho para as diversas instituições familiares.

Art. 226. A *família, base da sociedade*, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é *reconhecida a união estável* entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, Constituição da República Federativa Brasileira, de 5 de outubro de 1988, grifo nosso)

Como bem pondera Raposo e Silva<sup>72</sup>, da expressão “entidade familiar” é possível considerar a União Estável, a união proveniente de famílias monoparentais<sup>73</sup>, podendo, inclusive, tratar da comunidade familiar de mulher solteira inseminada artificialmente com

<sup>71</sup>PENA JR., Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

<sup>72</sup> SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coor.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p.318.

<sup>73</sup> Reunião de um genitor com seus filhos, em situação diversa do casamento.

material genético de um banco de sêmen. Ainda, afirma a possibilidade da subdivisão da União Estável em homossexual e heterossexual<sup>74</sup>.

Desta feita, o ordenamento jurídico brasileiro atual, conjugado com as diversas decisões proferidas pelos Tribunais, bem como as normativas infraconstitucionais, fornece interpretação ampliativa do conceito de entidade familiar. Assim, resta clara a possibilidade de se incluir na expressão “entidade familiar” a união de pessoas do mesmo sexo.

Com base no Princípio Constitucional da Igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF Brasileira) e na previsão do artigo 226, Parágrafo 4º, sustenta-se que o rol previsto na Constituição Brasileira é exemplificativo. Assim, quando a Lei Maior Brasileira define que “entende-se, **também**, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”<sup>75</sup>, conclui-se pela possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo, com respaldo e proteção constitucional. Conforme será dito a seguir, este entendimento recebeu respaldo do STF – Supremo Tribunal Federal, ao emitir Resolução<sup>76</sup> favorável a este conceito de pluralidade familiar.

Importante lembrar, ainda, que a República Federativa do Brasil busca construir uma sociedade livre, justa e solidária para promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, conforme previsão do artigo 3º, I e IV, da Constituição Federal Brasileira<sup>77</sup>.

Desta forma, exigir-se a dualidade de gênero (feminino e masculino) para que haja a proteção estatal fere princípios fundamentais do Estado Brasileiro, como a Igualdade e a Dignidade da pessoa humana.

Além de existirem diversas decisões dos Tribunais Brasileiros reconhecendo a idoneidade da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo, inclusive para efeitos previdenciários e a título de sucessão, impera, atualmente, a Resolução do CNJ – Conselho Nacional de Justiça - para que os Cartórios aceitem a habilitação e o registro de casamentos

---

<sup>74</sup>SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coor.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 305-308.

<sup>75</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa Brasileira, de 5 de outubro de 1988, grifo nosso.

<sup>76</sup> Resolução nº 175/2013, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>  
Acesso em 12 abr 2014.

<sup>77</sup> SILVA, Isabel Cristina Raposo e. *Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo*: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988.. In: Biodireito. Coord. Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 305-328.

de pessoas do mesmo sexo, facilitando, inclusive, a conversão das uniões estáveis previamente registradas em casamento<sup>78</sup>.

Com a edição de referida Resolução, tornou-se importante mencionar dois casos importantes de Ações no Judiciário Brasileiro, questionando a constitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro<sup>79</sup>.

Assim, através dos argumentos debatidos na ADPF<sup>80</sup> 132/RJ e ADI<sup>81</sup> 4277/DF, decidiu-se pela interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro. Isso porque o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição Brasileira apresenta respostas para o tratamento jurídico conferido às uniões homoafetivas que apresentem aspectos de durabilidade, conhecimento público e continuidade, bem como o objetivo de constituir família.

Desta feita, são os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Igualdade, da vedação de discriminação em razão do sexo ou qualquer outra natureza e do pluralismo que reforçam a idéia de não preconceito, reconhecendo situações fáticas não expressamente tuteladas pela norma jurídica. Ora, um ordenamento jurídico democrático como o Brasileiro não pode sonegar direitos válidos, como daquelas pessoas que desejam constituir família através da união homoafetiva.

Observa-se, de acordo com o enunciado do artigo 226 da CF brasileira, que a família é a base da sociedade, motivo pelo qual se observa a ingerência constante do Estado, para efetivar a sua proteção<sup>82</sup>. Assim, de acordo com o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os remédios jurídicos mencionados supra, há que se enfatizar que o Estado deve proteger a família, não importando se ela é constituída por casamento, informalmente através da união estável ou por opção heterossexual ou homoafetiva.

---

<sup>78</sup> Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>79</sup> 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. Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>80</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

<sup>81</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade.

<sup>82</sup> Rolf Madaleno alerta para o fato de que “em verdade, a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob o luz do Direito Constitucional”. MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4° ed, p. 42.

Como informa Raposo e Silva<sup>83</sup>, o principal objetivo da família moderna é conferir suporte emocional ao indivíduo. Ainda, a família, base da sociedade e meio para o bem estar do ser humano, é a expressão da união com base no vínculo afetivo, independentemente de seus membros serem de sexo diverso e de terem ou não prole.

Observa-se, assim, que existe uma semelhança essencial - que é a identidade de motivos para a união enquanto família - entre todas as relações familiares, independente do sexo ou estado civil: afeto, companheirismo, solidariedade.

Em sábio posicionamento, os ministros entenderam, na ADPF e ADI mencionadas supra, que a Constituição não diferencia a família homossexual e heterossexual, pois a palavra família não significa um modelo ortodoxo, contrário às realidades fáticas brasileiras. É, desta maneira, imperiosa uma interpretação que dê alcance ao conceito de família, de maneira a evitar que a Constituição do País vá contra seus Princípios e emita um preconceito homofóbico.

O casamento deixou de ser a única forma de Constituição de Família, dando espaço às conjecturas sociais atuais e ressalte-se, ainda, que na menção ao casamento, previsto no artigo 226 da CF Brasileira não há a especificação de “homem” e “mulher”, ao contrário do dispositivo acerca da União Estável (artigo 226, Parágrafo 3º). Sendo assim, esta dualidade de sexos descrita para a União Estável deve ser analisada apenas sob o prisma de reforço normativo, no sentido de que homens e mulheres são iguais perante a lei, e não de maneira discriminatória. O espírito da interpretação da Constituição não deve estar atrelado às raízes patriarcais da sociedade brasileira, passando a privilegiar a realidade da homoafetividade enquanto realidade familiar.

Portanto, resta clara a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que uma interpretação restritiva tornaria a Constituição Federal Brasileira ineficaz nos seus Princípios Fundamentais.

Ainda, no tocante aos artifícios jurídicos mencionados, há a menção ao instituto da adoção, deixando claro que pouco importa a orientação sexual dos adotantes, sendo que o objetivo primordial do instituto é resguardar o melhor interesse da criança adotada. Neste

---

<sup>83</sup>SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coor.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p.305-328.

aspecto, verifica-se uma clara evolução jurisprudencial brasileira, comparada à posição legislativa portuguesa<sup>84</sup>.

Uma vez que não importa a orientação sexual dos pais, bem como não há uma garantia legal de que pais heterossexuais cuidarão melhor dos filhos adotados, a interpretação conforme a constituição do artigo 1793 do Código Civil Brasileiro deve ser analisada não somente sob o prisma do artigo 226 da CF, mas de todos os seus princípios gerais, principalmente pelos ditames de não discriminação e preconceito.

Assim, diante de decisões proferidas há tempos pelos Tribunais Estaduais no Brasil, conferindo direitos aos protagonistas em Uniões Homoafetivas, o STF, diante da omissão legislativa na matéria, não poderia deixar de se manifestar, enquanto Corte Constitucional. Ora, verificava-se um quadro de desproteção de minorias e pessoas com direitos lesionados,

---

<sup>84</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009, p.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial **não provido**. (Resp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013, grifo nosso)

que provocaram a atuação da Corte Constitucional do país com vistas a proteger os Direitos Fundamentais através da aplicação analógica do texto constitucional para suprir a lacuna legal. Em linhas gerais, esta é a conclusão disposta na ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, pela equiparação da união estável homoafetiva à heteroafetiva, que foi a base jurisprudencial para a Resolução nº 175 do CNJ<sup>85</sup>.

Em que pese haver a omissão legislativa no Brasil quanto ao enfrentamento direto do reconhecimento das relações familiares homoafetivas, verifica-se uma atuação positiva, no sentido de garantir direitos secundários, com vistas a promover a igualdade nas relações familiares. Assim verifica-se a Lei nº 12.873/2013, que equipara o homem e a mulher no direito ao benefício em caso de adoção, definindo que a mesma regra vale para casais adotantes do mesmo sexo<sup>86</sup>.

Facilmente conclui-se que, embora não haja o enfrentamento da discussão quanto à entidade familiar formada pelos casais homoafetivos, a Corte Constitucional do país busca meios de efetivar a tutela Constitucional às minorias, como o Direito ao Casamento. Ao mesmo tempo, o legislador infraconstitucional, seguindo posicionamento há anos adotado pelos Tribunais Estaduais, confere aos casais homoafetivos direitos previdenciários e relativos à adoção.

Resta clara, desta feita, a existência e o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar. Embora não haja a inserção Constitucional expressa, deve-se fazer a interpretação em consonância com os demais Princípios Constitucionais, assim como faz o legislador infraconstitucional ao reconhecer direitos iguais aos casais homoafetivos.

Como ressalta Pena Jr.<sup>87</sup>, fala-se numa publicização do Direito de Família, visto que há crescente intervenção estatal na vida afetiva dos entes familiares. Assim, deve predominar o respeito ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana nas relações familiares.

---

<sup>85</sup> Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ: “Considerando que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; Considerando que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do poder judiciário;”

<sup>86</sup> BRASIL, Lei nº 12.873/2013, de 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5174/Lei+garante+sal%C3%A1rio+maternidade+para+mulheres+e+homens+adotantes+e+para+casais+do+mesmo+sexo#.UnhLP-LAbjU>. Acesso em 04 nov 2013.

<sup>87</sup> O novo modelo de família, portanto, é produto da constitucionalização do ordenamento jurídico, que privilegia os valores da dignidade da pessoa humana, tornando mais amplo o conceito de unidade familiar, cujo objetivo é o desenvolvimento da personalidade e a busca da felicidade de cada um dos seus componentes” PENA JR., Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9.

Assim, o respeito a Dignidade da Pessoa Humana está intimamente relacionado ao Direito Fundamental de Constituir Família, que inclui a prole adquirida através da adoção e/ou procriação medicamente assistida, sob pena de incorrer-se em discriminação por opção sexual.

#### **2.4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º da CRP e CF/BR) E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Princípios Constitucionais são importantes no que tange a regulação de todo o ordenamento jurídico, uma vez que são expressão de valores fundamentais que serão analisados quando houver a aplicação das demais normas.

O Princípio da Dignidade da Pessoa é uma baliza comum ao Direito Português e Brasileiro, previsto no artigo 1º de referidas Constituições. Trata-se de um Princípio que concentra em si as demais garantias fundamentais previstas na Lei Máxima dos países. A dignidade da pessoa humana abarca desde o direito à vida, ao direito a liberdade e pode ser fundamento para o direito de ser feliz<sup>88</sup>. A dignidade é, assim, um valor moral e espiritual, nato à pessoa humana, e não pode ser suprimida em razão da atuação Estatal.

Todas as diretrizes relacionadas aos Direitos Humanos buscam a proteção e promoção da Dignidade da Pessoa Humana, que é o eixo para a consolidação de uma social justa e igual.

Como bem informa Sarlet<sup>89</sup>, a dignidade é real, na medida em que podemos identificar claramente as situações em que ela é agredida, mesmo que não seja possível fixar um rol das violações da dignidade humana. Assim, conclui-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um Princípio Fundamental que norteia a interpretação de todas as normas Constitucionais<sup>90</sup>. Dá-se a ele maior relevância ao analisarmos disposições de Direito de

<sup>88</sup>PENA JR., Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

<sup>89</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 39.

<sup>90</sup> Ingo Sarlet ressalta que “na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto – no que comunga das características das normas-princípio em geral – como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível,

Família (Direito Privado), em colisão com Direitos Fundamentais, caso da situação discutida neste estudo.

Andrade<sup>91</sup> afirma que o Sistema de Direitos Fundamentais da Constituição da República Portuguesa tem a sua unidade de sentido preservada através do Princípio da Dignidade Humana, entendida como dignidade de homens livres.

Questiona-se, assim, qual o papel regulador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, quando se fala no Direito Fundamental de Constituir família, através da procriação medicamente assistida e do Projeto Parental<sup>92</sup>. Ora, impedir que determinadas pessoas exerçam o seu direito fundamental de constituir família e concretizar o plano de ter filhos apenas pela sua orientação sexual fere descaradamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

#### 2.4.1 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Impossível dissociar o conceito de Dignidade da Pessoa Humana do Princípio estabelecido no artigo 13 da CRP<sup>93</sup>, qual seja, o Princípio da Igualdade. Verifica-se, na letra da Lei, que a garantia da Dignidade da Pessoa Humana é assegurada através da observância da Igualdade, que garante que ninguém será prejudicado ou privado do exercício de algum direito em razão de sua orientação sexual.

---

considerando que as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta, sem que se vá aqui adentrar o mérito desta e das demais distinções apresentadas pelo eminente jusfilósofo germânico”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 74.

<sup>91</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5<sup>o</sup> ed.. p. 255.

<sup>92</sup> Paulo Otero sustenta que “por um lado, têm sempre de respeitar a dignidade do ser humano e a inviolabilidade da sua vida, enquanto expressão do primado da pessoa sobre a ciência: é a pessoa que constitui razão de ser da ciência e não a ciência a razão de ser da pessoa”. OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 102.

<sup>93</sup> Art. 13 – Princípio da Igualdade. 1 – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a Lei. 2 – Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual. PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976.

Portanto, há que se observar que tão primordial quanto adentrarmos no conteúdo do Direito Fundamental de Constituir Família, é entendermos a profundidade da garantia de Igualdade, prevista na Constituição da República Portuguesa (artigo 13) e na Constituição Federal Brasileira (artigo 5<sup>o94</sup>).

O Princípio da Igualdade veda diferenciações arbitrárias, discriminações absurdas, pois, mesmo quando se fala em tratamento desigual aos casos desiguais, na medida em que se desiguam, verifica-se a exigência do conceito de justiça<sup>95</sup>.

Conforme bem esclarece Moraes<sup>96</sup>, o Princípio da Igualdade deve ser analisado sob dois aspectos. O primeiro, frente ao legislador ou ao executivo, na edição de leis, atos normativos, medidas provisórias, com a intenção de proibir tratamentos diferenciados a pessoas em situações idênticas. O segundo aspecto impõe uma obrigatoriedade ao intérprete (autoridade pública) a aplicar leis e atos normativos de forma igualitária, sem que haja diferenciações pelo sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Portanto, tendo em vista o corolário do Princípio da Igualdade, a disposição constante da Lei n° 32/2006, artigo 6°, em Portugal, que define que apenas pessoas de sexos diferentes poderão utilizar-se destas técnicas, não coaduna com as disposições constitucionais vigentes. Verifica-se inconstitucionalidade, também, na proibição da adoção por pessoas do mesmo sexo (artigo 3° da Lei n° 9/2010<sup>97</sup>) no Estado português.

Estamos diante de duas situações: no Estado Brasileiro não há lei abordando expressando o casamento e união estável de pessoas do mesmo sexo. No entanto, há intensa produção jurisprudencial e doutrinária no sentido de resguardar os direitos dos pares que se unem em relação homoafetiva<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup>Artigo 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. Constituição da República Federativa Brasileira. BRASIL, Constituição da República Federativa Brasileira, de 5 de outubro de 1988.

<sup>95</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. 17 ed. p. 31.

<sup>96</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. 17 ed.. p. 32.

<sup>97</sup> Artigo 3.º Adopção 1 — As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 — Nenhuma disposição legal em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior. PORTUGAL, Lei n° 9/2010, de 31 de maio de 2010. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf> Acesso em 20 Jan 2014.

<sup>98</sup> A expressão homoafetividade foi criada por Maria Berenice Dias, e constava na primeira edição do seu livro “União Homossexual: o preconceito e a justiça”, Livraria do Advogado, 2000. O objetivo da autora era afastar o preconceito envolto ao termo homossexualidade e enfatizar o fato de que a origem do vínculo dos casais de mesmo sexo é a afetividade. DIAS, Maria Berenice. Adopción Homoafectiva. In: HERRERA, Marisa (coord);

A segunda situação, que demonstra imensa incongruência, é a regulamentação da questão no Estado Português, onde, embora haja lei permitindo a união homoafetiva, esta restringe o direito fundamental de constituir família através da proibição da adoção e da procriação medicamente assistida.

Dias<sup>99</sup>, informa que a Igualdade e a Liberdade estão interligadas e são a primeira geração de direitos a garantir a dignidade da pessoa humana. A Autora vai além, sustentando que a liberdade e a igualdade estão asseguradas em sede constitucional, no âmbito familiar: todos têm liberdade de escolher o seu par, independentemente do sexo, bem como da entidade familiar que pretende constituir.

Ressalte-se, assim, que a Igualdade deve ser respeitada em todos os seus níveis, garantindo às pessoas (sem qualquer discriminação de cor, raça ou opção sexual) a realização do seu direito de constituir família e do seu projeto parental de maneira livre.

Deste modo, tem-se que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que deve servir de barreira ao exercício de direitos fundamentais, nos casos em que for demonstrada a violação do mesmo. O preconceito do legislador português não pode tolher o direito dos casais homoafetivos, bem como já passou do momento do legislador brasileiro seguir a tendência jurisprudencial, no sentido de regulamentar estas uniões pela via legislativa.

#### **2.4.2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO**

O Princípio da Liberdade está correlacionado ao Princípio da Igualdade e é reconhecido como direito humano fundamental. Observa-se, tanto na Constituição Brasileira (artigo 5º, *caput*) como na Portuguesa (artigos 24 e 27), a intenção de acabar com discriminações, de maneira que o Princípio da Liberdade e da Igualdade se prestam a este

---

CARLUCI, Aída Kemelmajer de Carlucci. **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009, p. 315.

<sup>99</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

papel com magnitude. Neste contexto de banir desigualdades, verifica-se a ingerência deste Princípio da Liberdade no cerne das relações familiares<sup>100</sup>.

Assim, é primordial respeitar o Princípio da Liberdade, no que tange o direito de constituir família dos pares homoafetivos, pois, dentro do contexto da pluralidade familiar prevista na Constituição do Brasil e a proibição da discriminação em razão da orientação sexual em Portugal (artigo 13º, nº 2 da CRP), não se justifica a discriminação. Isto porque, conforme restará demonstrado a seguir, os parâmetros utilizados pelos doutrinadores e legisladores, principalmente os portugueses, para limitar o direito dos pares homoafetivos está mais pautado em preconceitos do que em restrições legalmente permitidas<sup>101</sup>.

## **2.5 DIREITO FUNDAMENTAL DE CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA EM BRASIL E PORTUGAL E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Como dito acima, é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que deve nortear as restrições ao exercício do Direito Fundamental de Constituir Família. Desta feita, verifica-se a preocupação dos juristas em proteger as pessoas advindas das técnicas de procriação medicamente assistida, discutindo ações para a sua defesa.

Trata-se, aqui, de resguardar as situações relacionadas à utilização da técnica de procriação medicamente assistida, não podendo haver qualquer discriminação relacionada à opção sexual dos beneficiários.

Desta feita, observa-se uma tendência, principalmente nos países nórdicos e anglo-saxônicos, de alteração da sua legislação, no sentido de permitir à pessoa concebida com recursos às técnicas de PMA o conhecimento da identidade dos seus doadores. Nestes casos, as leis admitem a hipótese de quebra do anonimato quando a pessoa atinge um grau suficiente de maturidade.

---

<sup>100</sup> Maria Berenice Dias informa que “Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade familiar que quiser para constituir a sua família” DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

<sup>101</sup> Como por exemplo, o Princípio da Dignidade Humana.

No que tange ao conhecimento da origem genética aos concebidos por Técnicas de PMA, fala-se em três correntes: a) anonimato absoluto, no qual não é permitida a identificação do doador; b) níveis de conhecimento, que admite o conhecimento da identidade do doador em situações específicas, mediante autorização administrativa ou de Tribunal; c) conhecimento absoluto, segundo o qual basta apenas o requerimento do interessado para que a identidade do doador seja revelada.

No Direito Português, há uma corrente que defende a inconstitucionalidade do anonimato absoluto, uma vez que cada ser humano tem o direito de saber como foi gerado e de ter conhecimento acerca do seu patrimônio genético. Assim o é, em virtude do Direito previsto no artigo 26º da CRP<sup>102</sup>, que eleva a nível constitucional a proteção da identidade pessoal.

Há outra corrente no Direito Português, no entanto, que exclui o caráter absoluto do direito ao conhecimento das origens genéticas e oferece uma solução de equilíbrio, onde se deve sopesar interesses e valores conflitantes, como a defesa da paz da família.

O fato é que o artigo 15º da LPMA (Lei nº 32/2006<sup>103</sup>) estabelece que as pessoas nascidas a partir de Técnicas de Procriação Medicamente Assistida podem obter informações da sua natureza genética, excluindo a identificação do doador.

Ocorre que este Princípio Geral do anonimato do doador prevê exceções, como no caso em que o doador autoriza a revelação da sua identidade, ou ainda, nos casos em que a identidade é revelada através de decisão judicial, por razões justificadas, mesmo quando há negativa do doador<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Artigo 26.º Outros direitos pessoais 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos. PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/legislacao/paginas/constituicao-republica-portuguesa.aspx> Acesso em 20 jan 2014.

<sup>103</sup> Disponível em:

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis) Acesso em 20 de janeiro de 2014.

<sup>104</sup> Assim informam Paula Martinho da Silva e Marta Costa, que a posição da Lei Portuguesa parte do princípio do anonimato do doador, mas prevê alguns níveis de conhecimento. São eles: autorização expressa do doador, embora para as autoras não faça sentido que a permissão ocorra apenas nesta situação (em contrapartida situação o previsto no nº 3 do artigo 15 da Lei nº 32/2006); autorização por sentença judicial que reconheça as “razões ponderosas” (nº 4 da Lei 32/2006). Neste último caso, para as autoras, a Lei deixa em aberto a possibilidade de

De acordo com o previsto na Lei da PMA, fala-se, ainda, em mais duas exceções ao anonimato do dador, previstas no artigo 15º: 1) o acesso a informações de natureza genética das pessoas nascidas por processos de procriação assistida; 2) eventual existência de impedimento legal ao casamento<sup>105</sup>.

Observa-se, portanto, que o artigo 15º da Lei nº 32/2006 consagra o direito à identidade pessoal e o direito à identidade genética daqueles que nascem por consequência de procriação medicamente assistida.

A identidade pessoal comporta, também uma idéia de relação: cada ser humano, além de uma singularidade própria e exclusiva, tem a sua identidade definida, paralelamente, pela ‘história’ ou ‘memória’ em que se encontra inserida a sua existência no confronto com outras pessoas. [...] Se é certo que a identidade pessoal se afere pela singularidade, indivisibilidade e irrepetibilidade de cada ser humano, também é verdade que essa identidade pessoal compreende, simultaneamente, o conhecimento da ‘história’ de cada pessoa<sup>106</sup>

A proteção à identidade genética descrita acima está intimamente ligada ao diagnóstico e terapêuticas de doenças hereditárias, bem como a evitar casos de consanguinidade em possíveis casamentos.

Em todos os casos previstos no artigo 15º da Lei nº 32/2006, a informação acerca da identidade pessoal ou genética deve ser pedida pela pessoa nascida oriunda de técnica de procriação assistida. Ademais, verifica-se que há dúvida quanto ao descrito no nº 4 da referida Lei, pois não há especificação quanto a qual pessoa pode requerer o reconhecimento judicial, deixando margem para que a interpretação de referidas informações possam ser suscitadas por terceiros.

As soluções apontadas pela Lei Portuguesa nº 32/2006 denotam um caráter afetivo, em detrimento do biológico<sup>107</sup>. Ora, a criança concebida necessita, sobretudo, de afeto para

---

terceiros requererem a identidade do dador. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 91.

<sup>105</sup>COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 91.

<sup>106</sup>OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 71.

<sup>107</sup> Para Paula Martinho da Silva e Marta Costa, “de facto a preferência da opção pelo princípio do anonimato do dador parece contrariar a relevância que atualmente é dada à verdade biológica incluindo em matéria de filiação, privilegiando-se o papel social da maternidade/paternidade em detrimento da sua relevância biológica que aqui é absolutamente secundarizada ou mesmo nula”. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 95.

crescer e se desenvolver de forma saudável. Mas não se pode ignorar a previsão Constitucional do artigo 26º da CRP, que consagra o direito à identidade pessoal e proteção do Direito Fundamental do concebido.

Parte-se do questionamento de que, se o desconhecimento da origem biológica afetar o bem-estar físico e psicológico da pessoa, o anonimato do doador poderá violar direito fundamental do indivíduo<sup>108</sup>. No entanto, não há como ignorar que apenas as pessoas nascidas com recursos a técnicas de PMA poderão solicitar informações que unicamente a estas serão dadas. Neste sentido, verifica-se o contido na Lei nº 32/2006 (artigos 21º e 27º) e em qualquer legislação sobre PMA no mundo que, mesmo nos casos em que for permitida a identificação do doador ou em que haja o seu consentimento, jamais haverá qualquer relação de paternidade ou maternidade, bem como não existirão direitos ou deveres com relação à criança.

A paz familiar e a estabilidade psicológica do filho são argumentos para defesa do anonimato do doador. Acrescenta-se, também, o receio de que com o conhecimento do doador enquanto regra, poderia haver o decréscimo de voluntários ou, ainda, o interesse do filho em manter contato com seu progenitor biológico, situação que a Lei não quer fomentar<sup>109</sup>.

Já, em posição contrária, os defensores do conhecimento da identidade do doador alegam que o conhecimento da ascendência resguarda o direito à identidade pessoal e o direito ao conhecimento das origens genéticas.

O Conselho da Europa, em 1988, em seu comitê *ad doc* de peritos sobre a Bioética (CAHBIO) firmou orientação quanto ao anonimato do doador, delegando a cada Estado a possibilidade de acesso pelo nascido através de PMA à sua forma de concepção ou identidade do doador<sup>110</sup>.

Verifica-se, após esta instrução do Conselho da Europa, a tendência da maioria dos países ao anonimato do doador, com algumas exceções: nestes casos, possibilita-se o acesso às informações e não a identificação. Ainda, conforme descrito anteriormente, nos últimos anos apresenta-se uma tendência quanto à possibilidade de conhecimento da identidade dos doadores, principalmente nos países nórdicos.

---

<sup>108</sup> Como o artigo 25º da CRP, que determina o direito à integridade pessoal.

<sup>109</sup> COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 92/93.

<sup>110</sup> COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 93.

A Lei Inglesa *Human Fertilization and Embryology Act* (1990), permitia que a pessoa concebida por PMA pudesse solicitar informações, não identificáveis. O *Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations*, em 2004, determinou que as pessoas advindas da doação de gametas pudessem conhecer a identidade do doador, quando atingissem os 18 anos. Em 2008, após alteração do *Human Fertilization and Embryology Act*, 1990, permitiu-se o acesso às informações sobre outras pessoas concebidas por PMA do mesmo doador (desde que tenha havido o consentimento) <sup>111</sup>.

Conforme descrito supra, em Portugal o artigo 26º da CRP corrobora este entendimento, defendendo o direito à identidade pessoal, embora a Lei nº 32/2006 siga a corrente do anonimato do doador, com algumas exceções.

Foi suscitada, inclusive, a inconstitucionalidade de artigos do diploma legal, sendo que o Acórdão nº 101/2009<sup>112</sup>, do Tribunal Constitucional Português, se pronunciou favorável à constitucionalidade do anonimato do doador. Vale notar que Identidade Pessoal, para Silva e Costa<sup>113</sup>, é o direito à individualização da pessoa, com dignidade própria, que inclui, também, o direito à identidade genética. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no artigo 8º da CEDH (1950), firmou entendimento pela faculdade do ser humano de conhecer as suas origens genéticas, biológicas, extraindo do conceito de “vida privada” um “direito à identidade e desenvolvimento pessoal”.

A discussão acerca do direito ao conhecimento da origem genética deve ser analisada de forma a não macular-se Direitos Fundamentais do concebido por estas técnicas, bem como se suscita pontos acerca de possíveis vínculos de filiação e responsabilidades parentais do doador.

Assim, este direito fundamental de conhecimento das origens genéticas tanto pode ser discutido na perspectiva do direito a constituir família quanto ao chamado “direito a

---

<sup>111</sup>COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 94.

<sup>112</sup>“Não obstante o dever de sigilo que impende sobre os intervenientes no processo, essas pessoas podem aceder a todos os dados de informação relativos aos seus antecedentes genéticos e só a informação referente à própria identidade do dador é que está dependente de prévia autorização judicial. No entanto, essa limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra -se justificada, como se deixou entrever, pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária susceptível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos. Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, não merece censura constitucional”. Disponível em: [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_AcordaoTC\\_101\\_2009.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf) Acesso em 11 abr 2014.

<sup>113</sup>COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 94.

eliminação da mentira”, referido por alguns<sup>114</sup>. A mesma aplicação do Direito ao adotado de obter informações quanto aos seus pais biológicos seria aplicável aos casos de PMA, quando há recurso a doador.

Oliveira<sup>115</sup> defende que o conhecimento do doador não implicará em identidade entre a verdade biológica e a verdade afetiva, devendo-se ser respeitados os direitos daquele que fez a doação de material biológico.

Desta feita, de acordo com o entendimento exposto pela doutrinadora, a tendência atual e mais evoluída da legislação europeia é afastar o princípio do anonimato do dador, permitindo um nível de conhecimento das origens genéticas e sua identificação, com base na proteção da criança. Pois bem, este é o ponto ao qual pretendíamos.

As discussões acerca da legitimidade da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, ou mesmo adoção, por pessoas do mesmo sexo, devem estar restritas ao procedimento escolhido para a realização do projeto parental, e não a opção sexual dos casais.

### 2.5.1 DIREITOS DE FILIAÇÃO: BIOLOGISMO *VERSUS* AFETIVIDADE

Conforme exposto acima, a questão do anonimato do doador, nas situações em que ocorre a procriação medicamente assistida, e, de forma similar, na adoção, suscita questões relacionadas ao vínculo que se encerra na relação familiar.

Duarte<sup>116</sup> questiona se, ao invés de se estimular a utilização das técnicas de reprodução assistida, o legislador não deveria ter divulgado o recurso à adoção. Referido autor apresenta esta indagação, tendo em vista que, quando se fala em fertilização homóloga, não haverá dúvida quanto ao vínculo biológico da filiação. No entanto, nos casos em que há o

<sup>114</sup> Neste sentido, Rafael Luís Vale e Reis, em sua obra “O Direito ao conhecimento das origens genéticas”. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 90.

<sup>116</sup> Tiago Duarte afirma que “diferente é o caso dos chamados ‘pais não biológicos’ cujo exemplo encontrávamos na adopção mas ao qual se junta, também, o da inseminação artificial consentida. Neste caso, não intervindo o elemento biológico forçoso se torna que intervenha o elemento volitivo”. DUARTE, Tiago. **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na Lei**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 59.

recurso ao doador de material genético, além das implicações quanto ao anonimato, verifica-se outra espécie de filiação, mais parecida com a adotiva, ainda que seja fruto da procriação<sup>117</sup>.

Interpretam-se as reflexões feitas por Duarte, no sentido de validar a filiação afetiva, ou seja, aquela que será constituída através de vínculos não biológicos, em razão do desejo e o afeto das pessoas. Verifica-se, portanto, que as legislações de Brasil e Portugal tratam do vínculo de filiação biológico e o vínculo afetivo, ponto que será discutido no próximo capítulo.

---

<sup>117</sup>DUARTE, Tiago. **In vitro veritas?** A procriação medicamente assistida na constituição e na Lei. Lisboa: Almedina, 2003, p. 8

### 3 DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA E O PROJETO PARENTAL

Como bem explica Madaleno<sup>118</sup>, observa-se que a Constituição Brasileira de 1988, ao tratar do Direito de Família, prevê em seu artigo 226, Parágrafo 7º, o Planejamento Familiar, pautado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. Assim, a Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulamenta o Planejamento Familiar.

O Direito Português trata do Planejamento Familiar em sede constitucional, no artigo 67º, d, da CRP. Ademais, verifica-se que, no ano de 1976 (mesmo antes do advento da Constituição), houve a criação de um despacho prevendo consultas médicas de “planeamento familiar” nos Centros de Saúde Portugueses<sup>119</sup>.

Ainda, verifica-se a Lei nº 3/84, reforçada pela Lei nº 120/99, e a Resolução nº 7/99, de 9 de fevereiro, do Conselho de Ministros, que aprovou um Plano para uma Política Global de Família, bem como a Carta dos Direitos Sexuais e Reprodutivos<sup>120</sup>.

#### 3.1 O QUE É O PROJETO PARENTAL

Importante verificar que, inicialmente, o exercício do Direito ao Planejamento Familiar era confundido com o que se conhece por controle de natalidade. É inevitável reconhecer que, em um primeiro momento, a expressão Planejamento Familiar conduz à ideia de não gerar um filho. Conforme bem explicita Hubert Lepargneur, a história do planejamento

<sup>118</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed, p. 41.

<sup>119</sup> REMOALDO, Paulina Cristina Almeida. O passado, o presente e o futuro do planeamento familiar em Portugal. In: **Revista de Demografia Histórica**. Vol. XIX, n. I, 2001, p. 139-155. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23021/1/O%20Passado,%20o%20presente%20e%20o%20futuro%20do%20planeamento%20familiar.pdf> Acesso 23 jan 2014.

<sup>120</sup> REMOALDO, Paulina Cristina Almeida. O passado, o presente e o futuro do planeamento familiar em Portugal. In: **Revista de Demografia Histórica**. Vol. XIX, n. I, 2001, p. 139-155. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23021/1/O%20Passado,%20o%20presente%20e%20o%20futuro%20do%20planeamento%20familiar.pdf> Acesso 23 jan 2014.

familiar está diretamente associada à história da família, inclusive suas relações com o poder público<sup>121</sup>.

No Brasil, por exemplo, fala-se em um período de incentivo à família e à procriação (1930 a 1970), inclusive com a instituição de um salário-família. A partir de meados da década de 1960<sup>122</sup>, o quadro político e sociológico no país se alterou, através do fomento do controle de natalidade e do incentivo à utilização da pílula anticoncepcional (através de entidades privadas, como a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar). Como o governo não teve custos com esta campanha de controle da natalidade, não interveio nos fatores que causaram a queda da fecundidade<sup>123</sup>.

Desta feita, a família brasileira atualmente é constituída, em sua maioria, por modelos nucleares, pois há uma conscientização maior quanto à criação, sustento e educação dos filhos<sup>124</sup>. Esta conscientização e planejamento são conhecidos como Projeto Parental, ou seja, o direito que as pessoas têm de decidir se desejam ou não ter filhos, quantos e em que momento da suas vidas, qual a diferença de idade entre eles, etc. A Constituinte de 1988 no

<sup>121</sup> LEPARGNEUR, Hubert. Planejamento Familiar ou Controle de Natalidade? In: PEREIRA, R.; AEVEDO, J. C. (coord). **Direitos da Família: uma abordagem multidisciplinar**. São Paulo: LTr Editora, 1999, p.118.

<sup>122</sup> “Historicamente, embora a discussão sobre as políticas de população tenham tido maior expressão nesta última década, cabe lembrar que o tema interessou sempre aos países poderosos e que, já nos anos 60, era muito conhecido e divulgado o discurso elaborado pelos países, que se consideravam responsáveis pelas políticas de população no mundo, pregando uma intervenção direta através de um controle de natalidade nos países do denominado Terceiro Mundo, pois seria a “superpopulação” o fator desencadeador da miséria, da escassez de recursos e da devastação do meio ambiente”. BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Conquistas médicas e o debate bioético. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, p. 4.

<sup>123</sup> Pode-se constatar que, com relação à América Latina e ao Caribe, há uma queda na fecundidade devido ao aumento do nível de instrução das mulheres, do acesso aos anticoncepcionais, da incorporação à força de trabalho e do fenômeno de migração para as zonas urbanas. BRAUNER. Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, 2003,,p. 10.

<sup>124</sup> “Ainda no fim do século XX, a restrição à natalidade tem, no Brasil, como principais instrumentos a esterilização da mulher e a pílula, dois meios proibidos pela Igreja Católica. As novas práticas restritivas diminuíram, como já assinalamos, o dinamismo do aumento populacional no Brasil e nos países desenvolvidos em geral. Essa evolução foi reforçada no contexto da expansão da AIDS, visto que a principal barreira a esta expansão, fora uma continência pouco familiar e aceita, é o *condom* ou camisinha, que impede também a fecundação. Mas aqui reaparece o papel do Estado como entidade que deve velar sobre epidemias e doenças contagiosas, apontando pela mídia os meios de lutar contra as moléstias sexualmente transmissíveis ou difundidas pelo uso comum de seringas de droga. Ainda que *severamente* freado pela hierarquia eclesiástica no incentivo ao uso do *condom*, o governo brasileiro dificilmente podia escapar dessa tarefa. Além do campo fiscal, que se desvia do presente ensaio, percebemos que o Estado Moderno pode intervir e intervém de diversas maneiras na formação da prole e na constituição das famílias, sem por isso ser suspeitado de “controle da natalidade”, que nunca houve conscientemente no Brasil. LEPARGNEUR, Hubert. Planejamento Familiar ou Controle de Natalidade? In: PEREIRA, R.; AEVEDO, J. C. (coord). **Direitos da Família: uma abordagem multidisciplinar**. São Paulo: LTr Editora, 1999, p. 122.

Brasil, bem como a Constituinte de 1976 em Portugal, possibilitou ao homem e à mulher a titularidade dos seus direitos reprodutivos<sup>125</sup>.

Assim, o Estado ficou a função de criar uma política que respeite os direitos fundamentais dos envolvidos, no momento em que elegerem realizar o Projeto Parental com filhos, sejam eles naturais, advindo de técnicas de reprodução assistida ou através da adoção<sup>126</sup>.

Portanto, no contexto deste estudo, verifica-se que as políticas e medidas para assegurar o Planejamento Familiar, analisado sob o prisma de um Projeto Parental, não podem se dissociar dos Princípios Constitucionais: Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Liberdade. O Projeto Parental é, deste modo, livre decisão da família, independentemente das suas formas de constituição: casamento, união estável, monoparentais, homoafetivas.

Ademais, bem pondera Fachin<sup>127</sup> ao sustentar que a família é um fato, um fenômeno, antes de ser regulamentada pelo mundo jurídico. Referido autor complementa, sustentando que a família, enquanto fato social, é maior do que o Direito de Família, independentemente se por opção, ações ou omissões de algum modelo social, cultural, religioso, político<sup>128</sup>.

Esta afirmação resta clara na configuração das múltiplas formas de família existentes hoje em dia, em especial as pessoas envolvidas em uniões homoafetivas. Ora, o amadurecimento das relações homoafetivas e as situações cotidianas envolvendo estes pares são maiores do que o enfrentamento legislativo de Portugal ou o Jurisprudencial do Brasil.

Tal fato se dá porque a realização do Projeto Parental pelos pares homoafetivos é um fato real, que deve ser encarado por Brasil e Portugal de maneira completa. Ou seja, permite-

<sup>125</sup> BRAUNER. Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana. Conquistas médicas e o debate bioético*. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, p. 16.

<sup>126</sup> “A concretização destes direitos asseguraria a oportunidade de que todos os filhos fossem concebidos e gerados a partir do desejo, do projeto parental dos pais e, desse modo, a existência de políticas de saúde efetivas ofereceria as condições para que a paternidade e a maternidade responsáveis fossem exercidas, de forma livre, por todos aqueles que decidem trazer à vida, um novo ser. BRAUNER. Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, p. 16.

<sup>127</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do direito de família**: curso de direito civil. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 15.

<sup>128</sup> Neste sentido, Nelly Minyersky: “las relaciones entre familia y derecho podrían gratificarse como dos círculos secantes entre los cuales hay sólo una zona común. Habría de este modo um campo de La vida familiar regulado por el Derecho – Derecho de Familia – y un amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al Derecho, que podría considerarse dentro de lo que se ha llamado ‘el no Derecho’. La conclusión sería que el Derecho no cubre toda la vida familiar. Sin embargo, no podemos hablar de la total separación entre vida familiar y Derecho. Existen zonas de la vida familiar que el Derecho cubre y regula y otras que abandona a la espontaneidad de los comportamientos regulares o a otros tipos de reglas”. MINYERSKY, Nelly. ¿Derechoal hijo/hija? In: HERRERA, Marisa (Coord.); CARLUCCI, Aída (dir). **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009, p. 389.

se o casamento mas há proibição ao direito fundamental de constituir família através da adoção ou utilização de técnicas de procriação medicamente assistidas (Portugal). Ou, ainda, pior hipocrisia é permitir a adoção e não regulamentar através de Lei o casamento destes pares (Brasil).

### 3.1.1 LIMITES E RESTRIÇÕES AO PROJETO PARENTAL NA LEI PORTUGUESA

Quando se fala em limites e restrições ao Projeto Parental em Portugal, vislumbram-se algumas situações injustas e descabidas no contexto constitucional do país<sup>129</sup>. Isto porque, conforme descrito supra, a República Portuguesa é fundada nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade, bem como prevê o Direito Fundamental de Constituir Família.

Inicialmente, expõe-se a incongruência da Lei de Procriação Medicamente Assistida, no tocante aos pares homoafetivos. Embora haja a permissão legislativa para o casamento de pessoas do mesmo sexo (Lei nº 9/2010), os doutrinadores portugueses mais rígidos, tomados por preconceitos fáticos, limitam, no mundo jurídico, o recurso à procriação medicamente assistida e a adoção por casais homoafetivos.

Isso porque se verifica na dicção do artigo 6º da Lei nº 32/2006, que “só as **pessoas casadas** que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, **sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges** há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA”<sup>130</sup>

Quando a Lei nº 32/2006 - PMA - entrou em vigor, havia menção ao casamento (antes da previsão da Lei nº 9/2010), situação jurídica que casais homoafetivos não poderiam alcançar. Portanto, verificava-se um limite à PMA, já que a lei a restringia aos beneficiários

<sup>129</sup> Carlos Pamplona Corte-Real sustenta que “procura o intérprete aferir da possibilidade dos casais de pessoas do mesmo sexo, com coerência vivencial inerente, recorrerem nomeadamente aos institutos da adopção ou da procriação medicamente assistida, em ordem à constituição de um vínculo ajustado de parentalidade, e deparam-se-lhe apenas respostas negativas do ordenamento, cerceadoras do direito à liberdade, cerceadoras da tutela do desenvolvimento da personalidade, cerceadoras do zelo justificado pelo valor inestimável do interesse superior da criança, violentadoras do princípio da igualdade e da não discriminação em função da orientação sexual”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, p. 152-256.

<sup>130</sup> PORTUGAL, Lei nº 32/2006 de 26 de julho de 2006, grifo nosso.

casados ou aos de sexo diferente que convivessem em união de fato. Ocorre que, com a Lei nº 9/2010, de 31 de maio, esta restrição não se justifica mais, pois o Estado Português permite o casamento entre pessoas de mesmo sexo<sup>131</sup>.

Desta feita, não se deve negar aos pares homoafetivos constituídos pelo casamento o acesso a técnicas de procriação medicamente assistida, pois se verifica, inclusive, a alteração dos artigos 1577 e 1628 e do Código Civil Português, no sentido de regularizar estas uniões.

Ademais, a Lei nº 7/2001, de 11 de maio (LUF), que foi alterada pela Lei nº 23/2010 de 30 de agosto, revogou a Lei nº 135/1999, de 28 de Agosto, passando a admitir de fato a união homossexual<sup>132</sup>. Ocorre que a lei estabelece discriminações<sup>133</sup> para estas relações no que tange a realização do projeto parental<sup>134</sup>.

Tal fato evidencia-se no artigo 3º, que dispõe que, ressalvada a exceção pela Lei nº 32/2006, artigo 6º, 1, e artigo 7º da LUF, “qualquer disposição em vigor tendente à atribuição de direitos ou benefícios, fundados na união de facto é aplicável independentemente do sexo dos seus membros”.

---

<sup>131</sup> Ora, se até a entrada em vigor desta lei (Lei nº 9/2010) era indiscutível que apenas os casais heretossexuais podiam legalmente recorrer às técnicas de PMA em Portugal, com a entrada em vigor do supra transcrito art. 1577º do CC deixou de ser assim. Na verdade, atendendo apenas ao elemento literal, agora podem recorrer a estas técnicas os cônjuges, hetero ou homossexuais, e os conviventes heterossexuais”. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 26.

<sup>132</sup> Artigo 1º. 2. A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.

<sup>133</sup> Jorge Miranda, ressaltando um privilégio ao instituto do casamento, em sua Constituição Comentada anterior à aprovação da Lei nº 9/2010 afirmava que “Todavia, na referida decisão, acentuando, na prática, o direito constitucional de constituir família dos homossexuais, a maioria dos juízes constitucionais alemães concluiu - não obstante o estatuto privilegiado do casamento no texto do artigo 6º, nº 1, da Lei Fundamental de Bona - que a atribuição às uniões facto entre pessoas do mesmo sexo de um estatuto análogo àquele que é atribuído aos cônjuges **não ofende a garantia institucional do casamento**, pois os destinatários do referido estatuto são diferentes e o casamento, tal como está definido por lei, permanece inalterado”. Ainda, informa que “Atendendo concretamente à existência de especiais deveres entre os cônjuges, pode concluir-se que, de harmonia com o nosso ordenamento (ainda suportado constitucionalmente), a situação das pessoas unidas pelo matrimónio não é idêntica à partida àquela em que se encontram as pessoas que vivem em união de facto (Acórdãos nº 14/00 e 195/03). MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008, p. 403/406, (grifo nosso). Ademais, como se justifica a exigência do tempo para caracterização da união estável, se na realidade, se trata da mesma comunhão de vida que existe no casamento? Ora, as diferenças “institucionais” preconizadas por Jorge Miranda não coadunam com os Princípios norteadores do Direito de Família, previstos na Constituição.

<sup>134</sup> Como bem afirma Carlos Pamplona Corte-Real, “apreende-se o intuito do legislador de criar uma espécie de casamento de 2º ordem, numa construída subalternidade jurídica, com a qual terá ousado dar, ainda e pela primeira vez a nível da lei ordinária (art. 36º, nº 1, da CRP apontava já nesse sentido), uma visível eficácia, embora circunscrita (cfr. arts. 3º e ss. da LUF), á comunhão de vida homossexual. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família: Tópicos para uma reflexão crítica**. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, p.147.

Não é preciso qualquer outra disposição, pois esta alínea, por si só, já produz discriminação e tolhe o direito dos pares homoafetivos a utilizarem as técnicas de procriação medicamente assistida, num descompasso enorme entre o espírito da CRP e seus Princípios Fundamentais.

Ora, referida lei acabou por conferir ao casamento um *status* maior do que à União Estável, em virtude do rol dos direitos previstos. Por consequência, faz-se a interpretação de que a Lei também quis conferir à união homossexual um carácter subalterno<sup>135</sup>. Sendo assim, questiona-se: Qual o fundamento da discriminação do acesso ao Projeto Parental de maneira plena pelos pares homoafetivos?

Referida intenção legislativa não pode prosperar, pois, como bem explicita Corte-Real:

[...] por mais que se queira ignorar ou fragilizar tal relação, não será nunca possível negar uma analogia indesdizível no plano convivencial entre a situação dos companheiros e a dos cônjuges. É o mesmo afecto, são os mesmos valores de respeito e assistência, é a mesma modelação dia a dia de uma vida a dois<sup>136</sup>

Desta feita, assim também deve ser permitida a utilização da procriação medicamente assistida por casais homoafetivos unidos de fato, como interpretação analógica e justiça à permissividade conferida àqueles que são casados, após o advento da Lei nº 9/2010. O respaldo legal encontra-se na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 13, nº 2, que proíbe a discriminação por orientação sexual.

Verifica-se, ademais, que a imposição prevista no artigo 4º, 2, da LPMA, que exige que as técnicas só possam ser utilizadas mediante diagnóstico de infertilidade, também é uma restrição ao Projeto Parental que discrimina os casais do mesmo sexo. Isto porque é óbvio que nem sempre haverá uma situação de infertilidade no sentido técnico do termo. No entanto, submeter o casal homoafetivo a manter relações sexuais contra os seus padrões emocionais

<sup>135</sup>Jorge Miranda informa que “enquanto elemento fundamental da sociedade, a Constituição reconhece uma relevância específica à família fundada no casamento, bem como, independentemente de qualquer vínculo conjugal, à família constituída por pais e filhos”, contrapondo a idéia de pluralidade familiar prevista no artigo 36 da CRP. MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 398.

<sup>136</sup>CORTE-REAL, *Carlos Pamplona. Direito de Família – Tópicos para uma reflexão crítica*. 2º ed. atualizada. AAFDL: Lisboa, 2001. p. 152.

fere o Princípio Dignidade da Humana e da Liberdade, ou seja, trata-se de uma discriminação em razão da orientação sexual<sup>137</sup>.

Já no que concerne a adoção, é possível notar que a adoção plena, prevista no artigo 1979º do Código Civil Português, pressupõe alguns requisitos: adoção conjunta, pessoas casadas e heterossexuais. Além disso, deve-se fazer uma leitura com o artigo 1973º, nº 2 do mesmo diploma legal, que trata de um inquérito sobre a idoneidade do adotante para criar e educar o adotado e apuração de sua situação familiar e econômica, o que, através da leitura conjugada do artigo 7º da LUF<sup>138</sup> e art. 6º da LPMA, demonstra a intenção do legislador ordinário de vetar a adoção plena ao homossexual<sup>139</sup>.

Observa-se que na contramão do espírito libertador de preconceitos que deveria ser a Lei nº 9/2010, de 31 de maio, o artigo 3º refere que “as alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo<sup>140</sup>”.

Ora, tal artigo engessou qualquer evolução que porventura a permissão do casamento de pessoas do mesmo sexo deveria causar. Há restrição inconstitucional ao projeto parental realizado pelos pares homossexuais. Isto porque, em um terceiro momento, há que se falar que tanto a LPMA (artigo 6º) como a Lei de Adoção prevêem restrição ao Projeto Parental mesmo por pessoas solteiras, marginalizando o desejo de planejar uma família com filhos pelos pares homoafetivos.

Ora, questionam-se, assim, os motivos pelos quais o legislador português confere alguns direitos aos pares homoafetivos, mas lhes impede a concretização do Projeto Parental em igualdade aos casais heterossexuais.

Em palavras vulgares, tem-se a impressão de que o legislador diz aos casais homoafetivos que concedeu-lhes só “*um pouquinho de direitos, apenas para que não se*

<sup>137</sup> Como bem explicita Carlos Pamplona Corte-Real, “acresce que o possível casamento com uma pessoa de outro sexo pelo homossexual seria naturalmente uma violência do ponto de vista da sua orientação sexual, ainda que pudesse encobrir, face ao persistente preconceito social homofóbico, a realidade dos factos (é óbvio que a homossexualidade não significa impotência, que *coeundi*, quer *generandi*). CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001. p. 255.

<sup>138</sup> Artigo 7º. Adopção. Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, Título IV, do Código Civil, é reconhecida às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas. PORTUGAL, Lei nº 7/2001, de 31 de maio de 2001. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2010/08/16800/0376403768.pdf> Acesso 26 jan 2014.

<sup>139</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, p. 257.

<sup>140</sup> PORTUGAL, Lei nº 9/2010, de 31 de maio de 2010.

*sintam tão discriminados*”. Ocorre que este “pouquinho” que se concedeu fere todos os Princípios Constitucionais e o conceito plural de família, que deve ser resguardado e protegido. Afinal, reconhecendo-se o casamento e a união estável entre os casais homoafetivos como entidade familiar, protegida pelo artigo 36º da CRP, não se pode aceitar que haja a limitação do conceito de família, excluindo a estes pares o direito de ter filhos.

Como bem expõe Carlos Pamplona Corte-Real, “é compreensível que os casais homossexuais, ainda que recorrendo eventualmente a uma convivência fática, não possam sentir-se realizados em termos não só interpessoais como parentais<sup>141</sup>”

Assim, a legalização das uniões homoafetivas pelo legislador português, longe de apresentar uma resposta e solução à realidade destes casais, passou a um limitador inconstitucional e que fere os direitos fundamentais das pessoas.

Verifica-se, além disso, que a Corte Européia de Direitos Humanos se pronunciou quanto ao tema, no sentido de que os casais homoafetivos têm o direito de formar família<sup>142</sup>. Estende, ainda, esta proteção quanto aos direitos trabalhistas, já que os casais homoafetivos não podem sofrer discriminações relacionadas à sua opção sexual<sup>143</sup>.

O ano de 2013, na União Européia, foi um período de avanços e discussões quanto ao direito dos casais homoafetivos, sendo que “a principal vitória foi o reconhecimento de que toda pessoa tem direito de formar uma família, não importa se vai escolher um parceiro do sexo oposto ou do mesmo sexo. O direito foi estabelecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em novembro e se estende para todos os 47 países europeus<sup>144</sup>”.

Desta feita, é imperioso seguir a orientação da Corte Européia<sup>145</sup>, e Portugal necessita abdranger o âmbito da proteção do direito fundamental de constituir família aos homoafetivos

---

<sup>141</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, p. 255.

<sup>142</sup> “O entendimento firmado foi o de que casais homossexuais têm as mesmas condições que os heterossexuais de estabelecer um relacionamento estável e formar uma união civil. Cabe ao Estado, portanto, aceitar e reconhecer estas uniões”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-07/gays-tambem-direito-formar-familia-decide-corte-europeia> .Acesso 11 fev 2014.

<sup>143</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-07/gays-tambem-direito-formar-familia-decide-corte-europeia> .Acesso 11 fev 2014.

<sup>144</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-04/ano-2013-conquistas-direitos-homossexuais> .Acesso em 11 feve 2014.

<sup>145</sup> Dionizio Jenczak informa que “a Europa, no entanto, tem procurado tratar em pé de igualdade os casais, sejam homo ou heterossexuais. Tanto é verdade que o parlamento Europeu convocou uma comissão de juristas para formular um projeto sobre a igualdade de direitos de lésbica e homossexuais. O Tratado da União Européia, por sua vez, protege os homossexuais da discriminação, enquanto a Corte Européia de Direitos Humanos estabelece um consenso para a relação homossexual entre adultos”. JENCZAK, Dionizio. **Aspectos da relações homoafetivas à luz dos Princípios Constitucionais**. Editora Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p. 37.

através da adoção plena ou da procriação medicamente assistida, garantindo-lhes os meios para constituírem famílias com filhos.

### 3.1.2 LIMITES E RESTRIÇÕES AO PROJETO PARENTAL NA LEI BRASILEIRA

O Projeto Parental está previsto no artigo 226 da CF Brasileira, como exposto supra. Ocorre que, diferentemente do que ocorre no Direito Português, no Brasil não há atividade legislativa aprovada e em vigor regulando as uniões homoafetivas, e, por consequência, a realização do seu projeto familiar<sup>146</sup>.

Em 1995, foi apresentado um Projeto de Lei no Congresso Nacional Brasileiro pela Deputada Marta Suplicy, no intuito de reconhecer as uniões homoafetivas. Referida iniciativa era tímida e incompleta, pois não equiparava a parceria homossexual às entidades familiares previstas na Constituição Federal, mas, ainda sim, diante do clamor social, principalmente das entidades cristãs, a deputada foi obrigada a retirar o projeto da pauta do governo<sup>147</sup>.

A Lei nº 9.263/1996, que regula a nível infraconstitucional o planejamento familiar no Brasil, reconhece o direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) a aceder às técnicas de reprodução assistida e adoção. Interpreta-se o dispositivo em consonância com a pluralidade de famílias previstas na Constituição Federal de 1988.

O direito constitucional ao planejamento familiar foi ampliado pelo artigo 2º da Lei 9.263/1996<sup>148</sup>, ao definir que as ações previstas na lei se destinam à mulher, ao homem ou ao

---

<sup>146</sup> Dionizio Jenczak sustenta que “a omissão legal não pode vedar o pronunciamento judicial, impondo-se fazê-lo de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916”. JENCZAK, Dionizio. **Aspectos da relações homoafetivas à luz dos Princípios Constitucionais**. Editora Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p. 49.

<sup>147</sup>JENCZAK, Dionizio. **Aspectos da relações homoafetivas à luz dos Princípios Constitucionais**. Editora Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p.. p. 42.

<sup>148</sup>Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o 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. Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o **caput** para qualquer tipo de controle demográfico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm) .Acesso em 27 de janeiro de 2014.

casal<sup>149</sup>, embora o seu enfoque principal estivesse relacionado ao controle da natalidade. O Código Civil Brasileiro (2002) tratou, assim, de maneira insipiente o planejamento familiar, no Parágrafo 2º do artigo 1.565<sup>150</sup>, estabelecendo que o planejamento familiar é liberdade do casal.

Desta forma, a legislação brasileira, vaga e imprecisa nos termos relacionados ao Projeto Parental e a União Homoafetiva, abre caminho para a interpretação constitucional no sentido de resguardar a todos o direito de constituir família<sup>151</sup>.

### 3.2 FORMAS DE REALIZAÇÃO DO PROJETO PARENTAL

A realização do Projeto Parental, como preconizado pelas Constituições de Brasil e Portugal, pode ocorrer de diversas maneiras. Isto porque, conforme exposto, a família é protegida pelo Estado e está pautada em Princípios como a Afetividade, Liberdade e Igualdade entre seus membros. Portanto, reconhecida a entidade familiar enquanto base da sociedade, necessário se faz conferir aos membros todas as formas de acesso ao Projeto Parental.

Portanto, a família formada apenas pelo casal, ou por um dos genitores e seus filhos, bem como a família encabeçada por uma união homoafetiva, merecerá o prestígio e proteção do Estado.

Quando se trata das maneiras de realização do Projeto Parental, verificamos nos casos de procriação natural, sem auxílio de técnicas reprodutivas ou terceiros, as diversas maneiras de procriação artificial (PMA) e a adoção.

---

ASSIS, Zamira de. O Direito Constitucional ao Planejamento Familiar e as Técnicas de Reprodução Assistida: o Estado da questão no Direito Brasileiro. In: **Família em perspectiva: uma abordagem multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2012.<sup>149</sup>, p. 305.

<sup>150</sup> Artigo 1.565: § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) Acesso em 27 de janeiro de 2014.

<sup>151</sup> Nelly Minyersky sustenta que “ser o no padres es un acto cada vez con mayor dosis de voluntariedad, mucho más elegido que sufrido, em particular para algunos sectores de la población”. MINYERSKY, Nelly. ¿Derechoal hijo/hija? In: HERRERA, Marisa (Coord.); CARLUCCI, Aída (dir). **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009, p. 382.

Ora, quando da realização do Projeto Parental, de acordo com os Princípios cogentes de Direito Constitucional, não se questiona a natureza do vínculo jurídico existente entre as pessoas. Para o Direito, quando se trata do Direito de Constituir Família, o que se analisa é o respeito à dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental. Portanto, argumentos tolhendo os direitos dos pares homoafetivos a constituírem família, através de suas diversas formas, ferem Princípios Constitucionais como a Igualdade e a Liberdade.

Verifica-se, no Brasil, que há anos atrás o enfrentamento da relação homoafetiva a nível jurisprudencial significou um avanço na matéria, pois o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu que uniões homoafetivas são geradoras de direitos, tanto quanto as heterossexuais, e que o enfrentamento de litígios relativos a elas deveria ocorrer nas Varas de Família<sup>152</sup>.

Observa-se que “quando abstrai-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial que é a identidade de motivos entre os dois casos<sup>153</sup>”. Desta feita, tem-se que todas as formas de realização do Projeto Parental devem ser deferidas aos pares homossexuais, no compasso do que tem preconizado a Jurisprudência Brasileira<sup>154</sup>.

Sendo assim, seja através da adoção ou das técnicas de procriação medicamente assistida, devem ser deferidos aos pares homossexuais meios para realizar o seu planejamento familiar, através da filiação.

### 3.3 DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

---

<sup>152</sup>JENCZAK, Dionizio. **Aspectos da relações homoafetivas à luz dos Princípios Constitucionais**. Editora Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p. 53.

<sup>153</sup>SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coor.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 322.

<sup>154</sup> Como bem expõe Maria Berenice Dias, “o estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não se sujeite a efeitos jurídicos”. DIAS, Maria Berenice. Um novo direito: direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 230/239.

A filiação, em sentido amplo, significa qualquer relação jurídica familiar constituída pela procriação ou, ainda, não advindo desta, produza efeitos similares, como a adoção<sup>155</sup>. É, portanto, consenso, tanto no direito brasileiro quanto no português, que não é admissível qualquer distinção entre as modalidades de filiação, inclusive enquanto Princípio Constitucional (artigo 226 da CF Brasileira, artigo 1596 do Código Civil Brasileiro e artigos 36 e 13 da CR Portuguesa).

O Código Civil Brasileiro afirma que o parentesco civil pode ocorrer por consangüinidade ou outra origem (artigo 1593), abarcando a possibilidade da adoção, procriação medicamente assistida e filiação afetiva<sup>156</sup>.

Observa-se que, no tocante ao direito de constituir família dos casais homoafetivos, verifica-se um intenso preconceito e discriminação social baseados em dogmas atualmente ultrapassados. A restrição imposta, atualmente, quanto ao direito de constituir família diz respeito aos direitos de filiação, através de argumentos vazios.

Portugal, conforme exposto supra<sup>157</sup>, possui uma barreira legislativa quanto ao exercício da filiação por casais homoafetivos e por pessoas solteiras. Já no Brasil, embora não haja produção legislativa especificadamente voltada às relações homoafetivas, verifica-se intensa manifestação jurisprudencial, no sentido de garantir o direito de constituir família, através das diversas maneiras de filiação aos casais homoafetivos, com base em Princípios Constitucionais.

### 3.3.1 DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA

Um das fontes do vínculo de filiação é o biológico e está ligada ao fenômeno da procriação. Atualmente, diante dos avanços da medicina e da biotecnologia, pode-se falar em

<sup>155</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 119.

<sup>156</sup> Tiago Duarte alega que “remete, assim, a constituição para um conceito abrangente de família que englobará tanto a família conjugal como a biológica como até a adoptiva”, DUARTE, Tiago. **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na Lei**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 35.

<sup>157</sup> Artigo 4º da Lei nº 9/2010, de 31 de maio e artigo 6º da Lei nº 32/2006, de 26 de julho.

procriação advinda do ato sexual e filiação através da utilização de técnicas de reprodução assistida<sup>158</sup>.

Resta claro, da dicção dos Códigos Civis de Brasil e Portugal, que o vínculo biológico, inicialmente, mereceu maior destaque e proteção dos legisladores<sup>159</sup>, sendo o primeiro consagrado pelos direitos de filiação. Ocorre que, atualmente, diante dos Princípios Constitucionais que norteiam o direito de família, não há que se falar em privilégios quanto ao vínculo biológico, mas sim, em proteção à constituição da família, seja por qual vínculo for gerada.

Os direitos de filiação estão previstos nos artigos 1796º e seguintes do Código Civil Português. O vínculo de filiação materno<sup>160</sup> é estabelecido pelo momento do parto e presume-se a filiação paterna ao marido da mãe ou opera-se o reconhecimento da paternidade<sup>161</sup>.

O Código Civil Brasileiro trata dos direitos de filiação nos artigos 1596 e seguintes, sendo que, já neste artigo, se estabelece que não poderá haver qualquer discriminação entre os filhos, independentemente do vínculo estabelecido. No Código Civil Brasileiro (artigo 1597), assim como no Português, presume-se a paternidade na constância do casamento, podendo-se operar o reconhecimento da paternidade ou maternidade.

A filiação biológica produzirá efeitos que se estenderão aos demais vínculos de filiação, justamente pelo princípio da igualdade dos vínculos de filiação, como corolário do direito fundamental de constituir família. Desta feita, uma criança advinda por técnicas de procriação medicamente assistida não poderá sofrer qualquer distinção ou discriminação com relação aos seus direitos de filiação.

<sup>158</sup> Carlos Pamplona Corte-Real esclarece que “o artigo 1.839, nº 3 consagra *uma nova modalidade de constituição de um vínculo de filiação*, não necessariamente genética *porque legitimada precisamente por situações de infertilidade, mas situada bem ao lado da filiação biológica e da filiação adoptiva*. Um *tertium genus*, o que faz acrescer a importância da PMA, mas lhe retira, como aliás decorre em boa parte do art. 67º, nº 2, al. e) da CRP, qualquer cunho excepcional”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In: **Estudos de Direito da Bioética**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual Coimbra: Editora Almedina, 2005. p. 103.

<sup>159</sup> Paulo Otero corrobora tal idéia, ao informar que “as regras de filiação devem baserar-se, essencial e preferencialmente, em critérios biológicos”. OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 91.

<sup>160</sup> “Entre as máximas, a que mais frequentemente encontramos nas obras dos juristas portugueses sobre o tema da filiação é *mater semper certa est, pater nunquam* – literalmente ‘a mãe é sempre certa, o pai nunca’”. CABRAL, João de Pina. **O Homem na Família**: cinco ensaios de Antropologia/ Lei e paternidade: as leis de filiação portuguesas. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, ano. p. 92.

<sup>161</sup> ARTIGO 1796º (Estabelecimento da filiação) 1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803º a 1825º.

2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25- 11)

Isto ocorre porque, ao estabelecer-se a natureza do vínculo (biológico ou afetivo), não se permite discriminação em razão dele<sup>162</sup>. Verificam-se, assim, os direitos de filiação com a intenção de resguardar os interesses das partes envolvidas e não como forma de segregação do seio familiar.

### 3.3.2 DA FILIAÇÃO AFETIVA

A filiação afetiva, por sua vez, é constituída por outros vínculos, que não o biológico. Consta-se a filiação afetiva através do vínculo criado pela adoção, nas situações em que há procriação medicamente assistida heteróloga<sup>163</sup>, naquelas em que o relacionamento entre pais e filhos não advier da carga genética, mas sim, do relacionamento e afeição do dia a dia<sup>164</sup>.

Dias<sup>165</sup> sustenta que é o Princípio da Afetividade a mola propulsora da igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito aos direitos fundamentais. Neste sentido, sustenta-se que o parâmetro dominante se inverteu radicalmente, uma vez que a paternidade, que antes se estabelecia apenas pelo vínculo biológico, passa a ser considerada sob o prisma dos vínculos psicossociais e afetivos<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> Paulo Lôbo informa que “as relações de consangüinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e da convivência familiar, constituintes do estado de filiação, que deve prevalecer quando houver conflito com o dado biológico, salvo se o princípio do melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem outra orientação”. LÔBO, Paulo. **Famílias**. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 15.

<sup>163</sup> José de Oliveira Ascensão, em comentários á Lei nº 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida, informa que “vemos assim que a categoria *beneficiário* é independente da continuidade biológica. Aparecem assim uns como que “pais de destinação” ou “sociais” do novo ser, que podem até nada ter que ver com a constituição do genoma deste. A palavra *beneficiários* foi assim cuidadosamente escolhida.. ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 28.

<sup>164</sup> “Podemos decir que entre las múltiples prácticas habituales que separan el parentesco biológico y el social no hay tantas diferencias como no las hay en aquellos casos em que la paternidad se busca para satisfacción personal”. MINYERSKY, Nelly. ¿Derechoal hijo/hija? In: HERRERA, Marisa (Coord.); CARLUCCI, Aída (dir). **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009, p. 395.

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

<sup>166</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Vol. 5. Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 204.

### 3.3.3 DA LEGITIMAÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Verifica-se, atualmente, diante da evolução legislativa em Portugal e da produção jurisprudencial Brasileira (aliada à Resolução nº 175/2013 do CNJ), que a união estável e o casamento homoafetivo são realidades impossíveis de retroceder. Isto porque os conceitos de família expostos na Constituição de Brasil (artigo 226º) e Portugal (artigo 36º), bem como na conjugação com os Princípios Constitucionais permitem o reconhecimento do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>167168</sup>.

Ademais, a legitimação dos relacionamentos homoafetivos está pautada em fator muito mais importante que o sexo em si, mas ,principalmente, no afeto e no objetivo de constituir família.

Portanto, a estas famílias formadas pelo afeto, em que há comunhão de vida e o planejamento de filhos (seja através da adoção ou da utilização de técnicas de PMA), não é possível negar o direito de constituir família em sua integralidade.

Ora, não basta o ordenamento jurídico e a atividade jurisprudencial de países como Portugal e Brasil legalizarem apenas a situação civil dos casais, concedendo-lhes direitos de cunho patrimonial, previdenciário, direitos relacionados ao plano de saúde do seu par... Esta

<sup>167</sup> “Diante de tudo isso, temos que, longe ainda de se encontrar um padrão comum que justifique – e explique – a sexualidade humana, impõe-se à sociedade moderna, mais do que nunca, a aceitação do outro, tal como ele é, pois somente assim conseguiremos compreender que o ideal de igualdade só é atingido quando se tem a grandeza de se reconhecer a diferença e combater o preconceito”. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. VI. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 479.

<sup>168</sup> Discordamos do entendimento de Jorge Miranda, ao sustentar a “descoincidência das fórmulas do artigo 36º, nº 1 da Constituição e do artigo 16º, nº 2 da Declaração Universal. Ali proclama-se que todos têm o direito de constituir família e a de contrair casamento. Aqui fala-se em *homem e mulher*. E o sentido sistemático integrador dos dois artigos só pode ser este: a) que *todos*, homens e mulheres, têm o direito de casar, livremente e sem discriminação alguma (como qualquer das enunciadas no artigo 13º, nº 2; b) mas que só há casamento quando contraído entre homem e mulher; c) *todos* não significa casamento de homens com homens ou de mulheres com mulheres, significa casamento de homem com mulher.” MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2010. In: **O Direito**. Vol. 143º, vol. I, p. 151-218. Ao contrário do alegado pelo autor, ademais da aprovação da Lei nº 9/2010, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tem-se que a interpretação do artigo 16º da Declaração Universal deve ser interpretado em consonância com o espírito das normas constitucionas e de direito de família, não cabendo discriminações. Portanto, ao informar homem e mulher não se faz restrição à opção sexual, mas sim, deve-se interpretar que todos têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm) Acesso 20 fev 2014.

permissividade limitada não concretiza os ideais mais amplos do Direito de Constituir Família, previsto na lei máxima.

Analisar-se-á este aspecto no próximo capítulo, ao discutirmos a inconstitucionalidade dos impedimentos à constituição da família através de filhos em Portugal, pois, como já afirmado, embora no Brasil não haja uma legislação vigente regulando as uniões homoafetivas, os tribunais têm mantido a coerência e a lógica do sistema constitucional ao deferirem direitos relacionados à filiação a estes pares.

Assim, é necessário o amadurecimento da discussão jurídica em Portugal, no sentido de que a restrição que se impõe ao direito de constituir família através de filhos é totalmente inconstitucional e desvinculada dos ideais preconizados pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>169</sup>.

Observa-se que a CEDH<sup>170</sup>, conforme dispõe o seu artigo 14º, proíbe a discriminação e preconiza a igualdade de tratamento no gozo dos outros direitos previstos na Convenção. Portanto, sempre que houver a violação a um dos direitos previstos na CEDH, o TEDH<sup>171</sup> intervirá em defesa do artigo 14º da CEDH, ou seja, garantirá a efetividade da proibição da discriminação.

No tocante ao estudo relacionado a este trabalho, verifica-se o enfrentamento do Tribunal Europeu quanto ao assunto, nos seguintes termos:

No processo E.B. c. França, as autoridades nacionais recusaram um pedido de adopção apresentado por uma mulher lésbica que vivia com a sua companheira. A requerente alegou tratar-se de violação do artigo 8.º conjuntamente com o artigo 14.º. O TEDH fez notar que o pedido que lhe era apresentado não era no sentido de determinar se o artigo 8.º, por si só, fora violado, facto que considerou relevante, pois o artigo 8.º só por si não

---

<sup>169</sup> “Como instrumento de apoio na prossecução destes objectivos, os Estados membros do CdE adoptaram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), o primeiro tratado moderno em matéria de direitos humanos, inspirado na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas. A CEDH impõe às partes signatárias a obrigação, juridicamente vinculativa, de garantir a todas as pessoas (e não apenas aos seus cidadãos) sob sua jurisdição um conjunto de direitos humanos. A aplicação da CEDH é controlada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (inicialmente assistido por uma comissão), que julga acções judiciais instauradas contra países membros. O Conselho da Europa conta actualmente com 47 membros e qualquer Estado que pretenda integrar o CdE deve igualmente aderir à CEDH[...]Segundo o TJE, estes princípios gerais reflectiriam o teor da protecção dos direitos humanos constante nas constituições nacionais e nos tratados em matéria de direitos humanos, com destaque para a CEDH. O TJE declarou que asseguraria a conformidade do direito comunitário com aqueles princípios.”. In: Manual sobre a legislação Europeia antidiscriminação. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf) Acesso 12 de fev 2014.

<sup>170</sup> Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

<sup>171</sup> Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

confere o direito a constituir família ou a adoptar. O TEDH salientou, porém, que era possível uma queixa por discriminação recair no âmbito de um determinado direito, mesmo que a questão em apreço não dissesse respeito a um direito especificamente reconhecido pela CEDH. Concluiu que, uma vez que a França criara no seu direito interno o direito de adopção, os factos em causa inscreviam-se incontestavelmente no âmbito do artigo 8.º. Como base nos factos do processo, concluiu igualmente que a orientação sexual da requerente fora determinante na recusa das autoridades de a autorizar a adoptar, o que constituía tratamento discriminatório em comparação com outras pessoas solteiras a quem, nos termos da lei nacional, assistia o direito de adopção<sup>172</sup>

Resta claro que a proibição legal de adopção e utilização das técnicas de reprodução assistida por casais do mesmo sexo denotam uma discriminação evidente em razão da orientação sexual das pessoas.

A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens possui um âmbito de aplicação além da legislação da União Europeia, pois, em alguns aspectos, a CEDH confere maior protecção do que o rol previsto, por exemplo, os direitos de esfera pessoal: vida privada e familiar, adopção, domicílio e casamento<sup>173</sup>.

Ressalte-se, assim, que a legitimação das uniões homoafetivas encontra-se resguardada pela legislação da União Europeia, à qual são signatários os países membros, entre eles, Portugal. Isto porque o TEDH determinou o alcance amplo e geral do artigo 8º da CEDH mesmo para situações que não estejam expressamente previstas:

A noção de “vida privada” na acepção do artigo 8.º da Convenção é um conceito amplo que abrange, inter alia, o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos... o direito ao “desenvolvimento pessoal”... e o direito à autodeterminação enquanto tal. Engloba elementos como o nome... a identificação sexual, a orientação sexual e a vida sexual, que se inserem na esfera pessoal protegida pelo artigo 8.º... e o direito ao respeito pela decisão de ter, ou não ter, um filho<sup>174</sup>

Assim, é imperiosa a legitimação das famílias homoafetivas, inclusive com o direito de constituição de laços de filiação, através da adopção ou da utilização de técnicas de PMA.

<sup>172</sup> *Manual sobre a Legislação Europeia antidiscriminação*. (European Court of Human Rights – FRA). p. 69/70. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf) Acesso 15 fev 2014.

<sup>173</sup> *Manual sobre a Legislação Europeia antidiscriminação*. (European Court of Human Rights – FRA). Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf) Acesso 15 fev 2014.

<sup>174</sup> *Manual sobre a Legislação Europeia antidiscriminação*. (European Court of Human Rights – FRA). Pág. 152. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf) Acesso em 15 de fevereiro de 2014.

Caso contrário, haverá evidente violação aos Direitos preconizados pela União Europeia, entre eles o da não discriminação<sup>175</sup>.

Tendo em vista a previsão do direito fundamental de constituir família e a fórmula aberta que prevê a pluralidade das relações familiares em Brasil e Portugal, a discriminação do “direito de ter filhos” tendo em vista a orientação sexual é totalmente violadora do disposto no artigo 14º e 8º da CEDH.

A orientação sexual pode ser entendida como fazendo referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atracção emocional, afectiva ou sexual por pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo ou de um sexo e de manter com elas relações íntimas. Embora o artigo 14 da CEDH não mencione explicitamente a “orientação sexual” como sendo uma característica protegida, o TEDH tem afirmado expressamente, numa série de processos, que a mesma se inclui entre as “outras” características protegidas pelo artigo 14.º O TEDH tem-se empenhado de modo particular em assegurar a protecção das pessoas sempre que a ingerência por parte do Estado se prende com questões que tocam em aspectos da dignidade pessoal considerados fundamentais, como a vida sexual ou a vida privada de cada um<sup>176</sup>

Atualmente, não há razão que justifique a proibição da constituição de laços de família através da filiação, seja ela biológica ou afetiva, pelos pares homoafetivos. Isto porque, verifica-se que o país está legislando contra os Princípios Fundamentais preconizados pela União Europeia<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Artigo 14.º (Proibição de discriminação) O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

<sup>176</sup> *Manual sobre a Legislação Europeia antidiscriminação*. (European Court of Human Rights – FRA). Pág. 106/109. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_POR.pdf) Acesso em 15 de fevereiro de 2014.

<sup>177</sup> Ressalte-se, também, que a interpretação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 9º, não deve ser feita com discriminação acerca da orientação sexual dos Casais (consoante prevê o artigo 21º). Conforme ressalta Carlos Pamplona Corte-Real, “no recorte material do conteúdo dos direitos fundamentais contidos no artigo 9º não pode deixar de ser tomado em linha de conta o princípio da não discriminação enunciado no artigo 21º da Carta, *maxime* no que à orientação sexual diz respeito”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. ARTIGO 9º. Direito de contrair casamento e de constituir família. In: **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coordenadoras). Lisboa: Livraria Almedina, 2012, p. 135.

## 4 PROcriação Medicamente Assistida, A ADOÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA

### 4.1 NOÇÕES GERAIS

Impossível tratar-se da procriação medicamente assistida sem avaliar aspectos da infertilidade e suas possíveis causas no mundo moderno.

Tem-se que a infertilidade pode ser considerada como falência orgânica e/ou disfunção dos órgãos reprodutores, dos gametas ou do conceito. Questiona-se, atualmente, se os riscos ambientais, a entrada da mulher no mercado de trabalho e a intenção de gravidez tardia podem ser consideradas causas da infertilidade<sup>178</sup>.

Estes sentimentos de impotência e sofrimento diante impossibilidade da geração de filhos biológicos levam as pessoas e/ou casais à busca de intervenções terapêuticas denominadas de Procriação Medicamente Assistida. Existem duas maneiras de concretização da Procriação: a homóloga<sup>179</sup> que ocorre quando os gametas provêm do casal e a heteróloga<sup>180</sup>, ou seja, quando há intervenção de um terceiro, doador.

Têm-se como técnicas de PMA<sup>181</sup> as técnicas de fertilização *in vitro*<sup>182</sup>, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência intrafalopiana de embriões, gametas ou zigotos.

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 69.

<sup>179</sup> A inseminação artificial *homóloga* utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental. É a técnica pacificamente aceita pela sociedade, pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica. MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed, p. 506.

<sup>180</sup> Para efeitos de presunção da paternidade do Código Civil Brasileiro, é heteróloga a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro. Entretanto, e para que não parem dúvidas, a cessão do material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide), como da mulher (óvulos), mas o Código Civil dispõe exclusivamente acerca da presunção da paternidade na utilização de técnica de fecundação artificial heteróloga. MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed, p. 511.

<sup>181</sup> Sigla utilizada para abreviar a “Procriação Medicamente Assistida”.

No que tange ao direito de constituir família, verifica-se na adoção uma alternativa à realização do Projeto Parental daqueles que, por algum motivo, não conseguem aceder à paternidade/maternidade pelas vias convencionais.

Portanto, este é o cerne da discussão neste capítulo, no sentido de que, havendo legitimação à família homoafetiva, deve-se propiciar a concretização do seu Projeto Parental e filiação através dos diversos métodos disponíveis: PMA heteróloga, Maternidade de Substituição, Adoção Plena, Co-adoção pelo membro do casal de mesmo sexo...

Ressalte-se que não se deseja neste trabalho discutir a hierarquia ou maior ou menor valia do Projeto Parental através da adoção ou da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida. Muito menos discutir-se os motivos pelos quais um casal ou uma pessoa opta por um caminho ou outro no momento em que decide ter filhos. Mesmo porque, conforme exposto, atualmente não há que se falar em discriminação ou distinção entre os vínculos de filiação.

Como majestosamente ressalta Carlos Pamplona Corte-Real:

(...) No campo e em matéria de filiação, e face às novas tecnologias, são princípios como o direito à identidade pessoal, o direito à liberdade e igualdade, o respeito pela dignidade humana e, mais especificadamente os critérios, biólogos ou não, subjacentes à constituição dos vínculos materno e paterno perante a lei civil, que regerão a detecção da ‘norma’ criável para a superação de cada uma das múltiplas situações lacunares que há que resolver em matéria de PA<sup>183</sup>.

Desta feita, deve-se limitar o âmbito de discussão à possibilidade de casais homoafetivos ou pessoas solteiras (em relação homoafetiva ou heterossexual) exercerem o seu direito fundamental de constituir família através da realização do Projeto Parental com filhos.

Assim, tendo em vista o contexto delimitado por este trabalho, expõe-se, desde já, que a limitação ao direito de constituir família jamais deverá ocorrer em razão da orientação sexual das partes<sup>184</sup>. Neste sentido, inclusive, verifica-se a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, motivo pelo qual se demonstra importante a discussão do tema.

---

<sup>183</sup>CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In: **Estudos de Direito da Bioética**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 99.

<sup>184</sup> Conforme informa Paulo Otero “a liberdade de criação, a liberdade de desenvolvimento tecnológico e a liberdade de experimentação científica não são ilimitadas, antes se encontram teleologicamente orientadas ao serviço do homem e condicionadas a respeitar a dignidade e a identidade genética de cada ser humano”.

## 4.2 LEI REGULAMENTANDO A PMA EM PORTUGAL

A Lei Portuguesa que regulamenta a utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida é a Lei nº 32/2006. Este diploma legal evidencia a necessidade de intervenção pública num tema que ultrapassa a esfera privada da família. Assim, Otero<sup>185</sup> informa que “a dimensão dos novos fenômenos criados pela procriação artificial e, em geral, pela aplicação dos resultados das investigações genéticas ao ser humano não podem esbarrar numa qualquer postura de indiferença do Estado”.

Observa-se em referida Lei, conforme dispõe o seu artigo 4º, nº 1, que as técnicas de procriação medicamente assistida deverão ser subsidiárias à procriação natural.

Assim, abrindo discussão, Oliveira<sup>186</sup> questiona se a PMA também será subsidiária à adoção. Fernando Araújo<sup>187</sup>, neste aspecto, sustenta que invocar a alternativa da adoção significa subestimar a importância da ligação biológica-genética fazendo oscilar inúmeras normas morais e jurídicas que derivam desta ligação

Observa-se que esta discussão mostra-se importante quando tratamos da PMA heteróloga<sup>188</sup>, ou seja, a partir da doação de material genético por terceiros. Isso porque,

---

OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 96.

<sup>185</sup>OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 17.

<sup>186</sup>OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 73.

<sup>187</sup>ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Livraria Almedina: Coimbra, 1999. p. 35.

<sup>188</sup> Carla Patrícia Pereira Oliveira nos informa que “o legislador não impôs a regra da subsidiariedade da PMA heterólogaface a adopção, deixando margem de apreciação e autonomia decisiva aos casais. Na PMA heteróloga e na adopção, construímos família afetivas. Não há um desnivelamento de verdades, em ambas as situações encontramos a verdade afectiva. Porém, a Lei não desprezou a necessidade de alertar para esta hipótese, descortinando as vantagens sociais da preferência daquele instituto”. OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 73.

quando se fala na utilização da PMA homóloga, é fácil vislumbrar o caráter biologista da filiação, preconizado pela legislação civil<sup>189</sup>.

Ademais, verifica-se que a Legislação Portuguesa é rígida ao estabelecer que apenas as pessoas inférteis, casadas ou que, de sexos diferentes, vivam em condição análoga à dos cônjuges há pelo menos 2 anos poderão recorrer à PMA<sup>190</sup>.

Estas restrições impostas pela Lei são capazes de salvaguardar o superior interesse da criança? O núcleo familiar deve ser pautado no afeto ou no biologismo<sup>191192?</sup>

Ademais, a importância da discussão acerca da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, principalmente pela via heteróloga, está diretamente relacionada ao direito de constituir família através da filiação dos pares homoafetivos e pessoas solteiras<sup>193</sup>. Isto porque, conforme reiteradamente exposto neste trabalho, a Constituição permite uma pluralidade de relações familiares, que devem ter seus direitos resguardados na integralidade.

---

<sup>189</sup> Artigo 1801º do Código Civil Português: Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.

<sup>190</sup> A Lei Portuguesa define o regramento para a fertilização *in vitro post mortem*, nos artigos 22º, 23º e 26º da Lei nº 32/2006. Para a lei, a regra é de que não seja possível a inseminação *post mortem* com material genético do falecido. Exceto se houver um embrião e um Projeto Parental claramente estabelecido por escrito. Paula Martinho da Silva e Marta Costa afirmam esta impossibilidade legal com o argumento de que “o exercício da liberdade por parte dos futuros progenitores de decidirem conceber uma criança é também indissociável do exercício das responsabilidades parentais, instituto que engloba um conjunto de poderes deveres, de natureza personalíssima, em relação à criança, e que, de facto, não podem ser exercidos por uma pessoa morta, pelo que a criança nascida de uma inseminação artificial *post mortem* se veria necessariamente privada da convivência com um dos seus progenitores”. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 118.

<sup>191</sup> Tendo por base a dicotomia sangue/afectos, entenderemos a PMA heteróloga, apenas, como meio de resolução de um problema de infertilidade – sangue – ou defendêmo-la como um método alternativo de realização pessoal, enraizado nos interesses sócio-afectivos? OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 76.

<sup>192</sup> Tiago Duarte questiona, ainda que “mais importante que do que a conclusão sobre a licitude ou ilicitude da inseminação artificial face ao Código importa-nos, nesta sede, verificar o funcionamento do referido artº 1839º nº 3 em articulação com o artº 1801º e o modo como vai se estabelecer, juridicamente, a paternidade nestes casos de inseminação heteróloga.” DUARTE, Tiago. **In vitro veritas?** A procriação medicamente assistida na constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003, p.57.

<sup>193</sup> Carlos Pamplona Corte-Real sustenta que “países há que não preveem sequer a superação de situações de infertilidade conjugal ou paraconjugal, nem adotam medidas destinadas a fazer face, a nível da procriação medicamente assistida, a problemas decorrentes da orientação sexual. Fica assim, mais uma vez, um espaço de dúvida sobre o alcance, *maxime a nível familiar*, do assim dito *direito a procriar através da* reprodução medicamente assistida, consentindo-se possíveis soluções discriminatórias a nível das legislações internacionais, relativamente aos direitos de casais homossexuais, para não falar já na situação de mães solteiras. A não explicitude do artigo 9º nesta área importa as sobreditas dificuldades inerentes à diferenças de regimes e de possibilidades procriativas no espaço da União Européia. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. ARTIGO 9º. Direito de contrair casamento e de constituir família. In: **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia Comentada**. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coordenadoras). Lisboa: Livraria Almedina, 2012, p. 133/134.

Desta feita, verifica-se a necessidade de permitir-se o acesso à maternidade de substituição enquanto procriação medicamente assistida heteróloga, que, atualmente, encontra-se proibida no ordenamento jurídico português<sup>194</sup>. O artigo 8º da Lei nº 32/2006, considera estes contratos nulos, proibindo sua celebração, inclusive com a imposição da maternidade a quem gestar para outrem. Além disso, também há uma penalidade, prevista no artigo 39º de referida lei<sup>195</sup>, no caso de serem efetuados contratos neste sentido<sup>196</sup>.

Assim, observa-se que a Lei nº 32/2006 está defasada<sup>197</sup>, se analisada em consonância com os Princípios Constitucionais que norteiam o Direito de Família, bem como está pondo em causa direitos defendidos pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos e previstos na Legislação Europeia de Direitos Fundamentais (CEDH, CDFUE, etc.).

### 4.3 REGULAMENTAÇÃO DA PMA NO BRASIL

A matéria da Procriação Medicamente Assistida no Brasil era tratada pela Resolução CFM nº 1.358/1992. No ano de 2002, com o advento do Código Civil Brasileiro, observou-se

---

<sup>194</sup> Demonstrando a demagogia existente para os casos de maternidade de substituição, Paula Martinho da Silva e Paula Costa explicitam que “desde a década de 80 que, neste Estado, se tem recorrido ao instituto da adoção para encobrir acordos de maternidade de substituição. Procede-se da seguinte forma: uma mulher aceita ser inseminada com o esperma de um homem casado com uma mulher estéril; aquando do nascimento, a mãe biológica exerce o direito a não ser declarada como tal e o pai reconhece a criança. Detendo estas responsabilidades parentais, pode permitir a adoção da criança pelo cônjuge estéril, que beneficia do regime privilegiado aplicável a este tipo de adoção”. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 61.

<sup>195</sup> O artigo 8º da Lei nº 32/2006, nº 3 determina que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”. O artigo 39º, da mesma lei, prevê, inclusive, a punição com pena de prisão a quem concretizar um contrato de maternidade de substituição.

<sup>196</sup> “Aliás, o tipo de decisão que costuma ser tomada quanto ao destino da criança, nos ordenamentos em que se admite esta prática, é uma vez mais discriminatório contra as mulheres, visto que se dá a primazia à consideração dos ‘interesses da criança’ o que não sucede nos casos de inseminação artificial heteróloga (consentida): o esposo vê que o seu problema de fertilidade resolvido não tem a sua legitimidade paterna posta em causa, enquanto é *problemática*, se não é liminarmente *negada*, a legitimidade materna da esposa que tenta resolver o seu problema de reprodução recorrendo à ‘maternidade de substituição’ ou à doação de ovócitos”. ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Livraria Almedina: Coimbra, 1999, p. 34.

<sup>197</sup> Neste contexto, Carlos Pamplona Corte-Real sugere que “face às margens de indeterminação inerentes às busca de soluções sistematicamente inseríveis, seria conveniente, pelo menos, a elaboração de uma Lei de Enquadramento sobre Procriação Artificial, flexível (mero enunciado de grandes princípios), periodicamente revisível e actualizável.” CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In: **Estudos de Direito da Bioética**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. p. 108.

a abordagem da reprodução assistida de maneira superficial, tratando apenas de aspectos da filiação conjugal presumida, deixando para leis especiais a regulação da matéria<sup>198</sup>.

Não há legislação brasileira específica para a proteção do embrião, muito embora o Projeto de Lei nº 6.960/2002<sup>199</sup> pretenda alterar o artigo 2º do Código Civil Brasileiro, estendendo a proteção legal do nascituro para o embrião (equiparando com o artigo 1.597, inciso IV do CC/BR).

A Lei de Biossegurança, nº 11.105/2005<sup>200</sup> traz apenas uma menção ao assunto da Procriação Medicamente Assistida, escancarando a realidade legislativa do país, que não enfrenta o assunto diretamente<sup>201</sup>.

Referida Lei de Biossegurança trata do assunto da medicina reprodutiva ao dispor sobre a doação dos embriões gerados pela fertilização *in vitro* para pesquisas clínicas.

A agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) possui uma resolução de 2006<sup>202</sup> que estabeleceu condições técnicas para o funcionamento dos Bancos de Sêmen, óvulos e embriões.

Referida Resolução foi revisada, através de uma proposta em 2010 (Consulta Pública/ANVISA nº 88/2010), de acordo com as disposições da Lei de Biossegurança, pois verificou-se uma redução do número de embriões inviáveis nas clínicas, o que poderia estar

---

<sup>198</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed, p. 505. O autor sustenta, também, “o fato de o diploma civil não oferecer resposta para as indagações mais complexas como, por exemplo, quando o embrião humano é gerado em proveta. É a bioética ocupando espaço no âmbito do Direito de Família, com um longo caminho a ser percorrido para normatizar os procedimentos médicos de manipulação genética e a conduta humana na manipulação dessas novas e importantes descobertas”.

<sup>199</sup>Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549> Acesso 18 fev 2014.

<sup>200</sup>Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).

<sup>201</sup> Trata-se de um problema jurídico-legislativo constantemente abordado pela mídia, em razão das consequências jurídicas da utilização de tais técnicas reprodutivas. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/260809/nao-falta-tecnologia-faltam-leis-p-92.shtml> .Acesso 05 ago 2013.

<sup>202</sup> RDC Nº 33/2006 Anvisa - Regulamento de bancos de células e tecidos germinativos. *Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativo*. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=LeisProjetosIntegra&id=13> Acesso em 02 abr 2014.

relacionado à melhoria da qualidade do serviço e do sistema regulatório da matéria ou aos problemas éticos na aplicação das técnicas<sup>203</sup>.

O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, em virtude da nova legislação quanto à biossegurança, apresentou nova recomendação ética quanto à matéria, a Resolução nº 1.957/2010<sup>204</sup>, que foi revogada pela atual Resolução CFM nº 2013/2013.

Referida Resolução, considerando o entendimento do STF de reconhecimento e qualificação das uniões estáveis homoafetivas, na sessão de julgamento de 5.5.2011 (ADI 4.277 e ADPF 132), estabelece parâmetros para a utilização das técnicas de procriação medicamente, abarcando estas realidades familiares.

Conforme disposto, trata-se de uma recomendação ética, principalmente para a comunidade médica, no tocante à utilização de técnicas de procriação assistida, vez que no Brasil não há legislação específica e detalhada quanto à matéria.

Observa-se que a Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, ao contrário da Lei de Biossegurança, faz menção à orientação sexual das partes, assim dispondo no número II – Pacientes das Técnicas de RA:

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigendimte.

2 - É permitido o uso das técnicas de RARA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico<sup>205</sup>.

Portanto, no direito brasileiro não se encontra nenhuma disposição expressa que proíba a utilização das técnicas de procriação assistida por casais homoafetivos ou pessoas solteiras, pelo contrário, a norma preconizada pelo CFM é permissiva.

<sup>203</sup>Disponível

em:

<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Sangue+Tecidos+e+Orgaos/Assunto+de+Interesse/Publicacoes+e+Apresentacoes/Notas+Tecnicas/20110603> Acesso 05 ago 2013.

<sup>204</sup>Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm) Acesso 18 fev 2014.

<sup>205</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.1.957/2010, de 06 de janeiro de 2010. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) Acesso em 02 abr 2014.

Ademais, ao contrário do que ocorre na legislação portuguesa, a Resolução do CFM dispõe linhas gerais sobre a maternidade de substituição, viabilizando-a:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- os riscos inerentes à maternidade;

- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro<sup>206</sup>.

Assim, exige-se que deva haver relação de parentesco entre os beneficiários da maternidade de substituição e a doadora temporária do útero, e determina que a conduta não pode ocorrer com intuito lucrativo. Tendo em vista o disposto na Resolução nº 2013/2013, há expressa autorização à utilização desta técnica por casais homoafetivos, desde que seguidas as orientações ética do CFM.

Muito embora haja uma omissão legislativa quanto à situação da procriação medicamente assistida no Brasil, verifica-se que a orientação do CFM, quando aplicada de acordo com o espírito das leis constitucionais, não pode tolher o acesso a técnicas reprodutivas por casais homoafetivos ou pessoas solteiras.

Isso porque, a título de conclusão, observa-se que a orientação médica da Resolução nº 2013/2013 do CFM informa que as técnicas de procriação medicamente assistida poderão ser utilizadas para auxiliar problemas de reprodução humana e nos casos de pares homoafetivos<sup>207</sup>, em virtude do entendimento do STF em reconhecer estas famílias. Portanto, o fato de a resolução permitir a utilização das técnicas pelos casais homoafetivos resguarda os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade ao constituir família, pois, com tal orientação, não é necessário atrelar a utilização da técnica ao conceito estrito de infertilidade ou submeter o casal homoafetivo a situações que lhes constringa e sejam contra sua orientação afetiva para realização do projeto parental.

Permitindo a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida heterólogas por casais homoafetivos, verifica-se recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil):

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU**

<sup>206</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.1.957/2010, de 06 de janeiro de 2010. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) Acesso em 02 abr 2014.

<sup>207</sup> I - PRINCÍPIOS GERAIS 1 - 1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) Acesso em 02 abr. 2014.

CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. **2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.** 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. **4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu.** DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME<sup>208</sup>

<sup>208</sup>Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013, **grifo nosso**. Neste sentido, verifica-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu o direito da utilização da PMA por casais homoafetivos, possibilitando a adoção da criança: “As mulheres vivem em união estável reconhecida e a criança foi concebida a partir de inseminação artificial heteróloga com óvulos e sêmen de doadores anônimos, tendo o embrião se desenvolvido no útero de uma delas, que já tem o nome como mãe no registro formal”.

“O Tribunal considerou que numa sociedade democrática não há espaço para prevalência de normas jurídicas que conduzam a interpretações excludentes dos direitos de minorias, como as normas que restringem a legitimação estatal às relações heteroafetivas. **Superior interesse do menor.** De acordo com a sentença, o reconhecimento da dupla maternidade consagra o princípio do superior interesse da criança porque é a criança que terá reconhecida, como suas responsáveis, duas pessoas que e efetivamente contribuíram para sua concepção e gestação. “Na falta de uma, a outra continua responsável e na ausência, ainda que temporária de uma, a outra legalmente representará a criança perante escola, hospital, etc. Na falta de uma, os direitos previdenciários e sucessórios ficam garantidos, não se podendo confundir tal situação com aquela em que, no passado, avós buscavam a guarda de netos apenas para transmitir-lhes direito a benefício””. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5255/Justi%C3%A7a+do+Rio+reconhece+dupla+maternidade#.UxnMWT9dV1Z>. Acesso 07 mar 2014 (**grifo nosso**).

Verifica-se, na decisão supra a afetividade e o Projeto Parental como balizas que permitem a constituição da família homoafetiva através da utilização de técnicas de reprodução assistida. Desta feita, o Projeto Parental visa o bem estar da criança envolvida e não está atrelado a preconceitos de ordem moral e social quanto à forma da família.

Para finalizar, importante ressaltar que a orientação ética do Conselho Federal de Medicina prevê expressamente a utilização das técnicas de procriação assistida por pessoas solteiras, ampliando o leque de aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.

Verifica-se, assim, uma permissividade no direito brasileiro, que, aliada ao ordenamento constitucional, resguarda aos casais homoafetivos e às pessoas solteiras a plena concretização do seu Projeto Parental<sup>209</sup> quando neste estiver incluída a geração de um filho.

#### **4.4 ASPECTOS ÉTICOS E PSICOLÓGICOS: A RUPTURA COM O PRECONCEITO**

Conforme exposto supra, diante da existência da pluralidade de entidades familiares na atualidade, protegidas pelo ordenamento jurídico português e brasileiro, não existem justificativas éticas, psicológicas ou jurídicas para tolher o acesso a casais homoafetivos ou a pessoas solteiras ao direito de constituir família.

Primeiramente, há que se ressaltar que os impedimentos legais postos na legislação portuguesa para tolher o acesso destas pessoas a institutos como adoção e a utilização de técnicas de procriação medicamente assistidas estão calcados em preconceitos de toda ordem.

No ordenamento jurídico brasileiro, embora não haja legislação específica referente ao assunto, verifica-se a atuação liberalizante dos Tribunais Brasileiros, no sentido de reconhecer estas famílias e lhes resguardar os direitos constitucionais, sempre com vistas à proteção das crianças inseridas neste contexto familiar.

---

<sup>209</sup> No que tange a realização do Projeto Parental e a utilização de técnicas de procriação assistida *post mortem*, a resolução do CFM assim se manifesta: VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) Acesso em 02 abr 2014. Ora, verifica-se que há um hiato neste aspecto, tendo em vista que não há legislação específica no Brasil acerca do assunto.

No Brasil há uma margem maior de apreciação do Poder Judiciário, ou seja, há a legitimação da interpretação judiciária<sup>210</sup>. Alexandre de Moraes sustenta que:

O bom senso entre a “*passividade judicial*” e o “*pragmatismo jurídico*”, entre o “*respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes*” e “*a necessidade de garantir à normas constitucionais a máxima efetividade*” deve guiar o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de auto-contenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais<sup>211</sup>.

Desta feita, no intuito de provocar a produção legislativa, fala-se, no Brasil, em um Estatuto da Diversidade Sexual, proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil, no intuito de garantir e proteger direitos da população homoafetiva<sup>212</sup>.

Isto porque, como bem explica Pereira<sup>213</sup>, os valores morais atualmente apresentam outra perspectiva, e tanto as questões sexuais como afetivas pertencem ao campo do Direito de Família. Acrescenta, ainda, que antigamente o Estado acreditava poder controlar as

<sup>210</sup> “A possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e ainda, mais recentemente, à partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, *mas também em relação à sua interpretação*, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte em verdadeiro *legislador positivo*, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo”. MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. Ind:Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume 1. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 121.

<sup>211</sup> MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. Ind:Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume 1. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. P. 137.

<sup>212</sup> BRASIL. Estatuto da Diversidade Sexual elaborado pela Comissão Especial da Diversidade Sexual, nomeada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da portaria nº 16, de 15 abril de 2011. Maria Berenice Dias (presidenta), Adriana G. M Abílio, Jorge Marcos Freitas, Marcos V. T. Pereira, Paulo T. Mariante, Daniel Sarmento, Luis Roberto Barroso, Rodrigo C. Pereira e Tereza Rodrigues Vieira (SP). 1º versão 2011. Disponível em: <http://www.estatutodiversidadesesexual.com.br/> Acesso 14 mar 2014.

<sup>213</sup> “Assim, constatamos que a sexualidade, que é da ordem do desejo, escapa ao normatizável. O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. Ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidade dos pais e seus descendentes (art. 226 CF). Essas e outras forma vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 30/32.

relações sexuais, restringindo-as ao âmbito do casamento, no entanto ocorre que a transformação da família no decorrer das décadas demonstrou que não há como efetivar este controle social.

Portanto, não há justo motivo para deixar à marginalidade do Direito aqueles casais ou pessoas que têm preferências sexuais e afetivas diferentes dos padrões de moralidade pré-estabelecidos.

Ora, quais os padrões que são utilizados para determinar o que é normal ou anormal em direito de família? Este ponto será discutido infra, mas verifica-se que atualmente, mesmo após tantos estudos interdisciplinares, ainda existem doutrinadores (e ordenamentos jurídicos) que estigmatizam e tolhem direitos das pessoas em razão da sua orientação sexual.

Os argumentos contrários à formação da família homoafetiva, tanto no Brasil quanto em Portugal, baseiam-se em pontos similares para sustentar uma dita anormalidade: a) a ausência de uma identificação paterna e/ou materna; b) homossexuais poderiam interferir na opção sexual da criança.

Assim, consoante o que dispõe o artigo 69º, nº 2, da Constituição Portuguesa, José de Ascensão<sup>214</sup>, seguido por Otero<sup>215</sup>, sustenta que “o interesse do novo ser está na integração numa família normal, que é biparental. Isso não acontece no caso em que esse novo ser surja no ambiente desviante do par homossexual, nem no ambiente carente da pessoa sozinha”.

Discorda-se desta alegação, pois em que pese a autoridade destes doutrinadores, verifica-se que a sua opinião em termos de Direito de Família está equivocada e totalmente desarrazoada, pois destoa totalmente do que atualmente vivencia-se em termos de relações humanas e progresso da ciência multidisciplinar (psicologia, sociologia, medicina etc.).

Quanto ao segundo argumento, de que casais homoafetivos poderiam influenciar na opção sexual dos filhos, não há muito que tecer além do fato de que homoafetivos podem advir de famílias convencionais, ou seja, heterossexuais. Então, com base neste argumento, deveríamos proibir casais heterossexuais de terem filhos, para evitar um evento futuro e incerto?

---

<sup>214</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2008. p. núm.

<sup>215</sup>OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

Ademais, superou-se a fase da ignorância quanto aos homoafetivos, pois não se trata de doença, conforme se disporá a seguir. Ora, a pessoa que se identifica afetivamente com outra do mesmo sexo não pode ser discriminada nem tolhida de seus direitos, enquanto ser humano digno de proteção.

A idéia primordial deste trabalho é entender se o direito fundamental de constituir família pode ser restringido apenas em razão de um predicado imposto (homossexual) ou se impera o espírito democrático e libertador da Constituição dos países e a orientação da legislação da União Europeia quanto ao tema<sup>216</sup>.

Isto porque, verifica-se que a homossexualidade já foi considerada crime em alguns ordenamentos jurídicos (Grã Bretanha). A cultura norte-americana insiste em comprovar que se trata de uma doença, mesmo com o veredicto da psicanálise, que afirma se tratar apenas de uma preferência sexual<sup>217</sup>.

Observa-se que o Conselho Federal de Medicina (CFM – Brasil) em 1985, antes da Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou sem efeito o Código 302 da Classificação Internacional de Doenças (CID) que fazia menção ao homossexualismo<sup>218</sup>, pois não se trata de um transtorno ou desvio mental.

Portanto, preconceitos ou situações hipotéticas de risco ou prejuízos à estrutura familiar com filhos não devem ser motivos para tolher casais homoafetivos ou pessoas solteiras a exercerem o seu direito de constituir vínculos familiares de filiação<sup>219</sup>.

Pereira<sup>220</sup> majestosamente nos recorda que Levi Strauss e Lacan, há décadas já indicavam que o núcleo da família e os laços de sua construção residem na estrutura psíquica que envolve os sujeitos, sendo que cada qual exerce uma função e encontra lugares definidos.

---

<sup>216</sup> “Interessa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar melhor a liberdade dos sujeitos acima dos conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de exclusão da cidadania”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 39.

<sup>217</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 33.

<sup>218</sup> LAURENTI, Ruy. Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças. In: **Revista de Saúde Pública**. Vol.18, n.º.5, São Paulo: 1984.

<sup>219</sup> Discorda-se totalmente de Paulo Otero, que sustenta que “o legítimo exercício da liberdade de cada ser humano em termos de preferência de sexual, enquanto expressão do inalienável direito à intimidade da vida privada, tal como o exercício da liberdade de não constituir família, designadamente por via matrimonial, nunca pode envolver o reconhecimento de qualquer eventual direito a tais pessoas privarem deliberadamente um outro ser humano de ter um pai e uma mãe biológico-genéticos e neste ambiente a criança desenvolver integralmente a respectiva personalidade”. OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 79.

Portanto, os argumentos apresentados por doutrinadores para proibir o acesso de casais homoafetivos à realização do projeto parental com filhos (seja através da PMA ou da adoção), alegando anormalidade dos laços e prejuízos pela falta de identificação de sujeitos no lar, estão totalmente desconectados da estrutura familiar preconizada atualmente<sup>221</sup>.

Isso porque, como bem afirma Villela<sup>222</sup>, a figura paterna deve estar mais ligada à autoridade ou limite para o filho, como introdução à lei, e menos ao papel do “macho”. Assim, permite-se a identificação do “pai” a outras figuras, por exemplo, a avó, um parente, uma professora da escola, ou seja, uma pessoa que a criança possa identificar como parâmetro na sua formação como sujeito<sup>223</sup>.

Assim, muito mais importante para o desenvolvimento psíquico de uma criança é a figura paterna ou materna, e não a de um genitor(a) ou procriador(a), vez que aquela deve ser amistosa, compreensiva e estruturante para a formação do ser humano. Tal afirmação está baseada na afetividade que deve ser respeitada na relação familiar, bem como nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da pluralidade familiar e da realização do Projeto Parental com responsabilidade.

Desta feita, ao haver o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo enquanto entidade familiar, conforme exposto em capítulos anteriores, critica-se veementemente a limitação ao exercício da constituição de família através da filiação.

Assim, as discussões acerca do acesso à reprodução assistida devem ter a cautela de observar as garantias fundamentais das pessoas que desejam ter um filho bem como os direitos daquele que nascerá pelo meio artificial em um determinado núcleo familiar.

---

<sup>220</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 51.

<sup>221</sup>Roger Raupp Rios corrobora que “idéias deste tipo já foram utilizadas, por exemplo, para impedir casamentos entre pessoas de raças diferentes, para justificar segregação em escolas de brancos e negros, para impedir a criação e a adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa da dos adotantes. Práticas que, evidentemente, não se podem admitir numa sociedade que não deseje o racismo e a exclusão social como princípios”. RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 143.

<sup>222</sup>VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. In: **Revista Forense**, v. 271, n. 76; pág. 44/51, 1980.

<sup>223</sup>Discorda-se, assim, da afirmação de Jorge Miranda que “por mais que tenha que ver com a felicidade e o apoio mútuo dos cônjuges e por mais casamentos que haja sem filhos, ele não pode ser desligado da filiação. E não se trata do fenômeno biológico da procriação (porque só da união entre homem e mulher nascem filhos) quanto do fenômeno sociocultural e afectivo da filiação, com as referências a pai e mãe, indispensáveis para a plena felicidade das crianças”. MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2010. In: **O Direito**. Vol. 143°, vol. I, p. 151-218.

Portanto, as cautelas e o respeito à dignidade humana devem ser os mesmos na realização do Projeto Parental realizado por casais heterossexuais, homossexuais ou pessoas solteiras. O que o ordenamento jurídico busca proteger é o núcleo familiar e as relações que se estabelecem na prática, e não preconceitos ou premissas postas sem qualquer embasamento.

Assim, tem-se que aspectos relacionados à proteção jurídica do afeto e a ética na aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida estão diretamente ligados à proteção dos Direitos Fundamentais.

Isto porque, ao permitir a utilização de uma técnica de reprodução assistida a uma pessoa solteira, por exemplo, deve-se atentar para a proteção do superior interesse da criança. Ou seja, caso esta estrutura familiar não consiga suprir a falta do outro membro do casal (seja o pai ou a mãe) através da relação afetiva, aí sim os mecanismos jurídicos devem evitar danos irreversíveis a criança.

No Brasil, por exemplo, temos legislação específica para proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente<sup>224</sup> que, aliada à proteção constitucional, poderá ser utilizada em defesa do bem-estar dos filhos.

A CRP, em seu artigo 67º e 69º, prevê a proteção da família e da criança. Portanto, considera-se preconceituosa qualquer privação de crianças a um lar de afeto, onde esta foi planejada e esperada, apenas em virtude de preconceitos<sup>225</sup>.

Neste mesmo sentido, a utilização de técnica de procriação assistida por casais homoafetivos com o material genético de terceira pessoa pode causar prejuízos à relação de filiação estabelecida? Mais, o crescimento de um filho em uma estrutura familiar diferente dos parâmetros convencionais (pai e mãe), *per si*, deflagra o desrespeito aos seus Direitos Fundamentais e/ou sua dignidade humana?

---

<sup>224</sup> ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) Acesso 19 fev 2014.

<sup>225</sup>Rechaça-se em todos os termos as alegações de Paulo Otero de que “na realidade, tal como o exercício do direito fundamental de constituir família e, em especial, a liberdade de procriação natural envolve a criação de correlativos deveres ou mesmo a privação de certos direitos (v.g., a total liberdade de testar) em função do interesse prevalecente da nova vida, mostra-se perfeitamente legítimo que o exercício da liberdade de preferência sexual ou do direito a não constituir família através do matrimônio envolvam a privação do acesso à procriação artificial, uma vez mais, note-se, atendendo ao interesse prevalecente da nova vida que se visava criar”. OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 79/80.

Ora, verifica-se que a interpretação constitucional adequada ao nº 2 do artigo 69º, onde há referência ao fato do “Estado assegurar especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privada de um ambiente familiar normal” deve estar voltada a situações referentes à dinâmica do lar conjugal, jamais em razão da orientação sexual e/ou afetiva dos pretensos pais.

Canotilho<sup>226</sup> elucida que a densificação do conceito de ‘ambiente familiar normal’, em que a ‘anomalia’ deve ser vista na perspectiva das falta de condições para o cuidado e o desenvolvimento da criança (situações de toxicoddependência e de alcoolismo, de prisão dos pais, etc.) e não na perspectiva de um modelo normativo de família, nomeadamente a família baseada no casamento.

Ora, estas são situações que devem ser enfrentadas e evitadas na prática, através da legislação hábil a proteger o interesse destas crianças inseridas no lar. O preconceito e o “rótulo” fornecido a estas relações não pode ser capaz de lhes retirar a eficácia e importância enquanto entidade familiar baseada no afeto.

Portanto, é a comunidade jurídica, através dos debates na Bioética<sup>227</sup> e Biodireito que, após análise social, legislativa e jurisprudencial, apresentará aos cidadãos as respostas ou conclusões acerca do tema.

Desta feita, a utilização de técnicas de reprodução assistida deve estar diretamente ligada à ética, através do respeito a princípios que visem o bem-estar dos participantes ou beneficiários das pesquisas genéticas.

Portanto, ao se tratar da utilização de técnicas de reprodução assistida, observa-se os seguintes princípios: a) Beneficência, b) Autonomia, c) Justiça, d) Dignidade da Pessoa Humana.

A importância do Princípio da Autonomia tem sua expressão no chamado *Consentimento Informado*. Já, o Princípio da Beneficência, aliado ao Princípio da Não-

---

<sup>226</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 871.

<sup>227</sup>O termo “bioética” surgiu na década de 70, sendo que antes disso, em 1947, no Código de Nuremberg, encontrava-se o marco inicial da matéria, em razão das barbáries que foram cometidas por médicos nazistas. Trata dos estudos da conduta, saúde e vida humana, destacando-se, entre estes, o direito à procriação. WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 208/209.

maleficência, trata dos riscos e benefícios da utilização dos procedimentos médicos em cada caso particular.

Quando se fala no Princípio da Justiça, aborda-se o amor e solidariedade para com os outros. Uma caracterização deste Princípio está prevista no artigo 196 da CF Brasileira<sup>228</sup>.

A dignidade da pessoa humana e sua proteção constitucional são desafiadas pelos conhecimentos de biotecnologia, devendo ser analisada sob um prisma ético e moral, respeitando-se o Estado Democrático de Direito.

Assim, não se pode proibir a utilização de técnicas de reprodução assistida (ou mesmo o acesso a adoção) pelos casais de mesmo sexo ou por pessoas solteiras, baseando-se em premissas morais desvinculadas do espírito constitucional.

#### **4.4.1 A POLÊMICA DA UTILIZAÇÃO DA PMA POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

Embora a jurisprudência no Brasil seja permissiva quanto à possibilidade da utilização da Procriação Medicamente Assistida por casais homoafetivos, verifica-se um intenso preconceito no direito português.

Este posicionamento se baseia no disposto no artigo 6º da Lei nº 32/2006, onde há o rol dos possíveis beneficiários da utilização de técnicas de procriação assistida, prevendo a diversidade de sexos. Ocorre que, conforme exposto em capítulo anterior, verifica-se que a Lei entrou em vigor antes da permissão ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual esta restrição não deve persistir<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Ao afirmar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL, Constituição da República Federativa Brasileira, de 05 de outubro de 1988.

<sup>229</sup> Paula Martinho da Silva e Marta Costa sustentam que “se até à entrada em vigor desta lei (Lei nº 9/2010) era indiscutível que apenas casais heterossexuais podiam legalmente recorrer às técnicas de PMA em Portugal, com a entrada em vigor do supra transcrito art. 1577º do CC deixou de ser assim. Na verdade, atendendo apenas ao elemento literal, agora podem recorrer a estas técnicas os cônjuges, hetero ou homossexuais, e os conviventes heterossexuais”. No entanto, demonstrando o preconceito arcaico, conclui que “Face à Lei nº 32/2006, as pessoas de orientação homossexual – quer se apresentem a título individual ou como membros de uma união de facto – ficam, então legalmente impossibilitados de acederem às técnicas em causa”. COSTA, Marta; SILVA,

Ademais, conforme discutido neste trabalho, verifica-se a intenção constitucional de proteger as diversas formas de família, bem como o planejamento familiar e a dignidade da pessoa humana.

Há que se verificar que, com o advento da Lei nº 9/2010, a especificação da Lei nº 32/2006 perde seus efeitos, ao permitir a utilização das técnicas de procriação artificial por pessoas casadas. Ora, atualmente, é realidade no Estado Português o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Neste sentido, verifica-se que os artigos 4º, 6º e 8º da Lei nº 32/2006 tolhem de maneira cabal o direito dos casais homoafetivos de realizar o seu Projeto Parental.

Óbvio que ao nos depararmos com um casal homoafetivo feminino a inseminação heteróloga pode ocorrer de maneira mais fácil, inclusive através de métodos caseiros de auto-inseminação com material genético doado de maneira informal, contrariando os preceitos da Lei nº 32/2006<sup>230</sup>. Ainda assim, nestes casos, esbarra-se no problema do instituto da averiguação oficiosa da paternidade, previsto nos artigos 1864º a 1866º do Código Civil Português, que proíbe a paternidade anônima.

Desta feita, verifica-se que a Lei não respeita a autonomia privada da mulher<sup>231</sup>, solteira ou em relacionamento homoafetivo, pois por razões de ordem pessoal ligadas à sua orientação sexual esta pode não desejar exteriorizar o vínculo da paternidade, situação não prevista no artigo 1866º do Código Civil Português. Para que fossem resguardados os Direitos Fundamentais dos envolvidos, esta possibilidade deveria ser inserida no ordenamento jurídico<sup>232</sup>.

---

Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 26/27.

<sup>230</sup> “Sem que tal proibição, por ironia da força dos factos, a impeça de se autoinseminar logrando o mesmo objectivo, de uma forma marginal. O que torna em absoluto incompreensível o regime legal, que até parecia particularmente ajustável, se consentido, à específica situação da mulher lésbica, que não seria violentada no exercício da sua sexualidade. Não o quis, porém, o legislador, como também não admite a autoinseminação de uma de uma mulher só, mas fértil, mormente as chamadas mães solteiras. Sempre ‘moralista’ e sempre tradicionalista e clássico na visão da biparental da paternidade...”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. p. 259.

<sup>231</sup> Carlos Pamplona Corte-Real sustenta que “a problemática das mães solteiras, homossexuais ou não, suscita ainda a necessidade de ponderar o instituto da averiguação oficiosa da paternidade a que se referem os artigos 1864º a 1866º do Código Civil. Para dizer da sua inconseqüência, nestes casos, em nome do direito à reserva da intimidade da vida privada”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. p. 259.

<sup>232</sup> “Isto tudo para dizer que a PMA conduz a situações de verdadeira ficção jurídica, ao mesmo tempo em que se impede o acesso a tais técnicas aos homossexuais sem que o legislador esboce sequer a tentativa de nelas poder vislumbrar a solução para o respectivo exercício do direito a procriar, no respeito pela orientação sexual

Problema maior se verifica quando o casal homoafetivo for masculino e, assim, há a impossibilidade física de se gerar a criança, não apenas pela falta do material genético, mas por total incapacidade gestacional<sup>233</sup>.

Neste sentido, para que haja a proteção do Direito Constitucional de Constituir Família dos casais homoafetivos<sup>234</sup>, é importante que haja uma regulamentação da “*barriga de aluguel*”<sup>235</sup> em Portugal, à semelhança do disposto na orientação ética do CFM, no Brasil. O legislador não pode se afastar do âmbito Constitucional em termos de Princípios aplicáveis ao Direito de Família, bem como não impedirá a utilização das práticas de PMA (que, muitas vezes, ocorrem à margem da Lei<sup>236</sup>) através da imposição de punições desmedidas, como é o caso do nº 3 do artigo 8º da Lei nº 32/2006<sup>237</sup>.

---

própria”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família: Tópicos para uma reflexão crítica**. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. p. 259.

<sup>233</sup> Guilherme Calmon Nogueira Gama nos informa que a maternidade de substituição “na realidade, não representa técnica distinta daquelas que foram referidas no curso deste capítulo, mas uma prática que pode envolver qualquer das técnicas relatadas, com a diferença fundamental que a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental, normalmente em harmonia e consenso com seu parceiro (marido ou companheiro). Assim, dissociam-se o desejo da maternidade e a gravidez, pela impossibilidade de engravidar relativamente à mulher que forma o casal com seu marido o ou companheiro”. Aplica-se, tais ideias, à situação dos casais homoafetivos masculinos, que não possuem a capacidade de gerar. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003, p. 745.

<sup>234</sup> “É mister salientar que a decisão sobre este problema não pode ser tomada isolando-o da questão da maternidade de substituição, que é a única forma de um casal homossexual masculino procriar. Assim, um sistema que admita às lésbicas o recurso às técnicas de reprodução assistida, deve admitir a maternidade de substituição para a procriação dos homossexuais masculinos. Em caso contrário, o princípio da igualdade é afetado”. CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2012, , p. 264.

<sup>235</sup> Jorge Duarte Pinheiro informa que “na maternidade de substituição, uma mulher dispõe-se a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto a outra mulher, reconhecendo a esta a qualidade jurídica de mãe”. PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 238.

<sup>236</sup> “Desde a década de 80 que, neste Estado, se tem recorrido ao instituto da adopção para encobrir acordos de maternidade de substituição. Procede-se, normalmente, da seguinte forma: uma mulher aceita ser inseminada com o esperma de um homem casado com uma mulher estéril; aquando do nascimento, a mãe biológica exerce o direito a não ser declarada como tal e o pai reconhece a criança. Detendo este as responsabilidades parentais, pode permitir a adopção da criança pelo cônjuge estéril, que beneficia do regime privilegiado aplicável a este tipo de adopção”. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 61.

<sup>237</sup> José de Oliveira de Ascensão informa que “a referida Lei portuguesa nº 32/06 determina que a gestante é havida para todos os efeitos como mãe (art. 8/3). Compreende-se a intenção do legislador: para dissuadir a prática destes negócios, impõe que produzam o efeito diametralmente oposto ao desejado por que os celebra”. ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2008 p. 25.

Ora, a imposição da maternidade à gestante que cedeu o útero é aberrante, vez que livremente assentiu no contrato de aluguel do seu útero<sup>238</sup>.

Sem a intenção de esgotarmos o assunto da maternidade de substituição, verificam-se argumentos contra e a favor<sup>239</sup> da liberalização desta técnica de procriação medicamente assistida. Oliveira<sup>240</sup> nos informa que os argumentos contra sustentam que o pagamento da gestação e a entrega do filho geram uma “*coisificação*” da criança, sendo o contrato de gestação contrário à dignidade da pessoa humana. Já aqueles que defendem a validade dos contratos de gestação informam que há o pagamento de um serviço de caráter pessoal, ou seja, paga-se a gestação e não a criança.

Em que pese as discussões acerca do contrato oneroso de gestação de substituição, com proibição na legislação de diversos países da Europa, sugere-se, neste estudo, a abertura para os contratos gratuitos<sup>241242</sup>, no intuito de favorecer o acesso à gestação por casais homoafetivos.

Desta feita, prevendo a necessidade da regulamentação dos contratos de gestação gratuitos com finalidades altruístas, bem dispõe Carlos Pamplona Corte-Real:

“[...] discordando-se da nulidade que a lei impõe ao contrato de gestação, mesmo que gratuito, esquecendo ainda situações de altruísmo e solidariedade familiar (reconhecidas até na mencionada lei dos transplantes),

<sup>238</sup> Carlos Pamplona Corte-Real informa que “fazer da mãe de substituição, para além da penalização fixada no artigo 39º, mãe contra a vontade – como impõe o nº 3 do artigo 8º é no mínimo inconstitucional em homenagem ao dito interesse superior da criança”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. P. 246.

<sup>239</sup> Jorge Duarte Pinheiro informa como argumentos favoráveis à maternidade de substituição o fato de que ela “cria vida humana, que assegura o direito de procriar em condições de igualdade e que está de harmonia com o princípio da autonomia privada. [...] Este contrato faculta o acesso à maternidade das mulheres que não conseguem completar uma gravidez com sucesso, evitando que elas sejam discriminadas relativamente àquelas que, graças às técnicas de PMA, acabam por gerar crianças que nem sequer conseguiriam conceber pela prática de relações sexuais. E na verdade o art. 36º, nº 1, da CRP, reconhece um direito de constituir família em condições de plena igualdade, que abarca o direito de procriar”. PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 244/245.

<sup>240</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas! :o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 22/24.

<sup>241</sup> “Os casos de acordo gratuito suscitam menos sentimentos de repulsa do que os anteriores. Isto deve-se, principalmente, à circunstância de não se misturar o dinheiro neste acordo de natureza eminentemente pessoal; [...] O primeiro e o maior argumento dos defensores da licitude deste acordo baseia-se no direito constitucional de constituir família. Segundo esses autores, este direito implica o livre exercício da liberdade fundamental de procriar; e se o titular do direito for infértil deverá poder recorrer aos meios conhecidos de reprodução assistida, entre os quais se encontra o recurso a uma mãe geradora”. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe Há só [uma] duas! :o contrato de gestação*. Editora Coimbra: Coimbra, 1992, p. 47/49.

<sup>242</sup> “Quando os contratos não envolvem pagamento e são movidos por intenções altruístas, alguns sistemas jurídicos começam a dar sinais de que será possível e porventura vantajoso regular a sua formulação e o seu cumprimento”. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas! :o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 97.

e porque não há em rigor qualquer renúncia a um projecto parental (e viu-se aliás, como o próprio processo adoptivo pode entroncar em situações de aparente renunciabilidade à parentalidade), não existem razões neste ponto para fazer intervir uma qualquer solução legal, a não ser que ulteriormente surja um conflito de vontades entre mãe de substituição – que pode querer ficar com a criança que deu à luz – e mãe ou o casal de recepção – que pode não querer aceitar o filho, por razões de má-formação, ou até antes do parto, por razões de comportamento de risco por parte da mãe hospedeira<sup>243</sup>”.

Para que os casais homoafetivos tenham acesso à plena realização do seu Projeto Parental, é importante que haja a permissividade da utilização da maternidade de substituição de maneira gratuita, estabelecendo-se os graus de parentesco e condições em que o contrato poderá ser firmado<sup>244</sup>. Assim, caberá ao legislador estabelecer critérios para sua realização, prever a possibilidade ou não de uma entidade supervisora com relação aos hábitos da gestante... A situação que não pode persistir é a omissão do ordenamento jurídico quanto a estas situações fáticas, uma vez que aos casais homoafetivos devem ser resguardados os mesmos direitos deferidos aos heterossexuais, como proteção ao Princípio da Igualdade.

Assim, seguindo as orientações éticas previstas pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil, ademais de regulamentar a gratuidade destas relações, é interessante a ideia de manter a gestação entre pessoas da mesma família. Assim, possíveis implicações éticas no momento da entrega da criança e abdicação do direito à maternidade podem ser evitadas, em razão do carácter altruístico da gestação para outrem<sup>245</sup>.

Neste contexto sugerido do contrato de gestação gratuito, bem como da relação de parentesco entre os envolvidos, tem-se a importância do comentário de Oliveira, ao ressaltar que “afinal, se uma mulher pode ceder o seu filho para que ele seja adoptado por outrem, por

<sup>243</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família: Tópicos para uma reflexão crítica**. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. P. 246.

<sup>244</sup> “Pelo contrário, a perfilhabilidade da criança privilegia a tutela do seu superior interesse, concluindo-se pois que a maternidade de substituição seria um meio idóneo para a procriação por um progenitor homossexual. [...] Tudo para rematar dizendo que a PMA merecia um tratamento menos eivado de preconceitos sociais e morais, o que está longe de ter sido a orientação adoptada pelo nosso legislador, sendo alheio à evolução da realidade familiar a nível científico”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família: Tópicos para uma reflexão crítica**. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. P. 260.

<sup>245</sup> José de Oliveira Ascensão se pronuncia no seguinte sentido: “E que dizer perante a lei brasileira, em que não há semelhante regra? Temos de distinguir consoante o ovócito é da encomendante da gestação ou de terceira mulher. Se é da encomendante, é ela a mãe. Pode assim reivindicar com esse fundamento a entrega da criança. Se o ovócito é de terceira mulher, esta pode participar de um projecto de maternidade ou não. Se participa, a criança é dela, porque é juridicamente a mãe. Se não participa, há mera doação de gametas e não é mãe. Estaremos, então na hipótese já referida de **nenhuma das três “mães” ser, afinal, mãe**. Nenhuma pode como tal reivindicar a entrega da criança. O destino desta resolver-se-á por acordo, ou por modo de destinação estabelecido em geral por lei, mas já não por força de regras sobre maternidade”. ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 23/06 sobre a procriação medicamente assistida. **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 25, **grifo nosso**.

que razão é que não há de ser lícito programar uma gestação com o intuito de vir a ceder a criança?<sup>246</sup>”

Ademais, Oliveira<sup>247</sup> sintetiza que a permissão ao contrato de gestação, resguarda os interesses da criança que vai nascer, pois o desejo e o Projeto Parental que se dispõe no acordo de gestação oferece a segurança de que o novo ser estará inserido num contexto de afeto.

Não se pode ignorar a ingerência do Estado nas questões de direito de família, mesmo porque, conforme já exposto, atualmente, vivencia-se a constitucionalização destes interesses. Ocorre que esta interferência do Estado, no tocante ao contrato de gestação, deveria ocorrer no sentido de estabelecer critérios acessíveis à pluralidade de famílias e situações protegidas pela própria constituição.

Diga-se, assim, no sentido de permitir o contrato de gestação gratuito<sup>248</sup> e estabelecer que a gestação para outrem deva ocorrer numa situação de parentesco, pois, desta forma, haverá o respeito à liberdade e autonomia privada dos envolvidos com uma margem de segurança quanto aos possíveis futuros problemas relacionados à abdicação da maternidade<sup>249</sup>. Ressalte-se que os interesses da criança que nascerá estarão protegidos, desde a concepção, tendo em vista o sistema constitucional em vigor.

Portanto, o critério jurídico do estabelecimento da maternidade, que se assenta no momento do parto (artigo 1796º, nº 1 do Código Civil Português), diante das técnicas de procriação medicamente assistida, passa a ser uma presunção relativa, pois nem sempre a mãe geradora será a mãe genética<sup>250</sup>. Ora, tal situação fica clara quando se verifica a dicção do

---

<sup>246</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!:o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 54.

<sup>247</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!:o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 56.

<sup>248</sup> Jorge Duarte Pinheiro esclarece que “embora preveja a invalidade de todos os negócios de maternidade de substituição, incluindo expressamente os gratuitos, a LPMA não deixa de atender à especificidade da gestação não remunerada: o art. 39º só estabelece sanções penais para a maternidade de substituição a título oneroso”. PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo..** Lisboa: Aafdl, 2008, p. 247.

<sup>249</sup> Guilherme de Oliveira informa que “tenho de admitir que alguém entenda que o contrato é válido, ao menos nesta última versão de contrato gratuito. Nesse caso nasceriam direitos e obrigações para ambas as partes; designadamente, a mulher geradora ficaria obrigada a entregar o filho a seguir ao nascimento”. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!:o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 64.

<sup>250</sup> Conforme expõe Guilherme de Oliveira. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!:o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 74.

artigo 1801º do Código Civil Português e a possibilidade de provar-se a maternidade por exames de sangue e meios científicos hábeis para tanto<sup>251</sup>.

Oliveira<sup>252</sup> sabiamente conclui sua obra “Mãe Há só [uma] duas!: o contrato de gestação”, afirmando que “não será muito surpreendente que a razão humana vá reconhecendo, aqui ou acolá, algumas vantagens na utilização do processo, para depois uma tolerância insuspeitada acabar por admiti-lo, num ou noutro caso”. Ou seja, a maternidade de substituição e a validade do contrato de gestação gratuito<sup>253</sup>, conforme exposto neste tópico, é um meio atual e eficaz de garantir aos casais homoafetivos os seus anseios familiares.

Assim, as polémicas suscitadas pelos doutrinadores e julgadores que são contra a utilização destas técnicas por pessoas do mesmo sexo estão totalmente equivocadas. Parecem ignorar a proteção constitucional que o ordenamento jurídico confere às famílias<sup>254</sup>.

Isto porque, a utilização das técnicas de PMA previstas na Lei nº 32/2006 deverão respeitar a dignidade humana<sup>255</sup>, direito à integridade física (art. 25º da CRP), direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26 da CRP), o direito à saúde (art. 64º da CRP), o

---

<sup>251</sup> Carlos Pamplona Corte-Real informa que “se houver concorrência de vontades negativas ou positivas no mesmo sentido, por parte da mãe hospedeira e da mãe e, ou, casal recebedor, a solução deve ser encontrada *ad hoc*, numa via adaptiva ou para-adoptiva com um regime especial que a lei deveria concretamente enunciar. Enquanto assim não for, terá que se correr o risco, incrível, de considerar a mãe de substituição mãe da criança (mesmo que não seja a mãe genética – vd. art. 1801º do CC -, a qual pode, é certo, entregar o filho para adopção nos termos do regime do consentimento previsto no art. 1982º e 1983º do CC e artigo 3º, nº 3, do Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de Maio)”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família: Tópicos para uma reflexão crítica**. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, p. 247.

<sup>252</sup> OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!: o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 98.

<sup>253</sup> Acerca do contrato gratuito, enfatiza-se que é proibida a venda de óvulos, sêmen e embriões, bem como de qualquer outro material genético utilizado na PMA (art. 18 Lei nº 32/2006). Neste sentido, a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, art. 5º Parágrafo 3º.

<sup>254</sup> Paulo Otero informa que “a Constituição impõe, deste modo, a necessidade de intervenção do Direito sempre que esteja em causa a lesão ou a simples ameaça de lesão da inviolabilidade da vida humana, proibindo todo o género de comportamentos atentatórios dessa mesma inviolabilidade ou da dignidade inerente à pessoa humana e, por outro lado, sancionando os responsáveis pelo respectivo desrespeito”. OTERO, PAULO. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 55.

<sup>255</sup> Paulo Otero afirma que “observando a Constituição, verifica-se que a sua primeira preocupação respeita à garantia da dignidade da pessoa humana – elevada no artigo 1º, desde logo, a primeira base ou alicerce da República Portuguesa com precedência e prevalência sobre a vontade popular – e, muito em especial, ao reconhecimento no artigo 24º, nº 1, da inviolabilidade da vida humana”. OTERO, PAULO. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 35.

direito à proteção da maternidade (art. 68º da CRP) e o direito à proteção da criança (art. 69º da CRP)<sup>256</sup>.

Silva e Costa<sup>257</sup>, em sua obra “A lei da procriação medicamente assistida anotada” se manifestam veemente quanto à exigência da diversidade de sexos para a utilização das técnicas de procriação assistida.

Ocorre que, tendo em vista a igual proteção constitucional conferida às entidades familiares, não há motivo para a proibição da utilização destas técnicas reprodutivas por pessoas do mesmo sexo, em um contexto onde estão legitimadas estas relações<sup>258</sup>.

Ora, conforme disposto em item anterior, há que se ressaltar que alguns doutrinadores portugueses parecem se preocupar mais com a orientação sexual dos pais do que efetivamente com a criança. Isto porque argumentos relacionados aos hipotéticos preconceitos que podem ocorrer em virtude do relacionamento entabulado entre os pais não é suficiente para impedir o acesso ao casal homoafetivo ao direito de ter filhos. Mesmo porque o lar familiar deve assegurar a proteção física, psicológica, financeira e afetiva para a criança desejada, planejada e esperada. Havendo estes cuidados por parte dos casais homoafetivos, os interesses da criança, dispostos na Constituição, estarão ressaltados.

Atualmente não há como garantir que uma criança não sofrerá preconceitos, piadas jocosas, que não receberá adjetivos pejorativos (como gordo, magro, “chato”, “burro”), pois é inerente ao desenvolvimento infantil aprender a lidar com o *bullying*<sup>259</sup> que lhe será posto pela sociedade. Ocorre que o diferencial para o desenvolvimento desta criança será a educação, o afeto e o apoio que advier da família.

Mesmo diante do seu posicionamento “tradicionalista” em relação às uniões do mesmo sexo, Pinheiro<sup>260</sup> expõe que “mas, em nossa opinião, as restrições no acesso à PMA de mulheres sós e casais do mesmo sexo não são absolutas: podem ceder em nome do princípio

---

<sup>256</sup>COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 25/26.

<sup>257</sup>COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 27.

<sup>259</sup>**Bullying** é um termo da língua inglesa (bully = “valentão”) que se refere a todas as formas de atitudes agressivas, verbais ou físicas, intencionais e repetitivas, que ocorrem sem motivação evidente e são exercidas por um ou mais indivíduos, causando dor e angústia, com o objetivo de intimidar ou agredir outra pessoa sem ter a possibilidade ou capacidade de se defender, sendo realizadas dentro de uma relação desigual de forças ou poder. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/bullying> Acesso 26 fev 2014.

<sup>260</sup>PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008. p. 230.

in dubio pro embrião”, corroborando com o argumento deste trabalho, de que o direito de constituir família deve ser deferido, a todos, independente da sua orientação sexual ou configuração do seu Projeto Parental.

Portanto, não havendo argumentos e subsídios pontuais e comprovados<sup>261</sup>, parece inconstitucional a proibição ao acesso dos pares homoafetivos à utilização de métodos e técnicas que lhe possibilitem concretizar o Projeto Parental.

#### 4.4.2 A POLÊMICA DA UTILIZAÇÃO DA PMA POR PESSOAS SOLTEIRAS

A Lei nº 32/2006, artigo 6º, restringe a utilização das técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos e impede o acesso por pessoas solteiras.

Tal polêmica está atrelada aos outros artigos da Lei, que conferem a estas técnicas o caráter subsidiário para os casos de infertilidade (artigo 4º).

Desta feita, verifica-se que há uma limitação ao direito de constituir família das pessoas solteiras que, por motivos de foro íntimo, não mantém relações sexuais hábeis a gerar um filho.

Verifica-se na Lei Espanhola<sup>262</sup> maior flexibilização para a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, pois a Lei nº 14/2006, de 26 de Maio, não se preocupa com

<sup>261</sup> Concorde-se com a crítica exposta por Carlos Pamplona Corte-Real, ao afirmar que "curioso será notar que o direito de procriar artificialmente não é, em geral, reconhecido às mães solteiras ou a casais homossexuais unidos de facto, sem que se consigam vislumbrar razões jurídicas convincentes para um tal entendimento, já que as famílias monoparentais proliferam (atenta até a evolução da filosofia divorcista), para além de que a Lei nº 7/2001, de 11 de Maio, veio tutelar juridicamente as uniões de facto homossexuais, em termos similares às demais. A verdade é que também o art. 7º da L.U.F. impede os unidos de facto homossexuais de adoptar. Dispositivo que, tal como o entendimento ora em apreço, me parece atentatório dos princípios constitucionais da igualdade e do respeito pela orientação sexual". CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In: **Estudos de Direito da Bioética**. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 102.

<sup>262</sup> A lei espanhola 14/2006 de 26 de maio, oferece maior autonomia à mulher, bastando o seu interesse e vontade para a utilização das técnicas de PMA. **Artículo 6. Usuarios de lastécnicas.** 1. Toda muje rmayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya **prestados u consentimiento escrito a suutilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley com independencia de su estado civil y orientación sexual.** 2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y elembarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clinicamente inadecuada. 3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su

o estado civil ou com a orientação sexual das interessadas em acederem aos métodos. Esta é a interpretação correta do direito a procriar, que deve ser reconhecido a todos.

Igualmente no Direito Brasileiro, apesar de não haver legislação específica acerca das técnicas de procriação medicamente assistida, verifica-se na orientação ética do Conselho Federal de Medicina a liberdade e permissividade quanto a possibilidade de procriar por pessoas solteiras.

Isto porque, conforme dito em item anterior, a preocupação do legislador brasileiro está voltada para a proteção da família, de acordo com os Princípios e Garantias Constitucionais<sup>263</sup>.

Gama<sup>264</sup> sustenta que “com base nos limites que devem ser considerados no âmbito do planeamento familiar – ou seja, os princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança –, é perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha comprove que tem condições de respeitar efetivamente todos os princípios que funcionam como limites ao direito à reprodução”.

Parece que o Direito Português ao não permitir o acesso à procriação medicamente assistida por pessoas solteiras está eivado de preconceito e receio de uma liberalização que possa, inclusive, beneficiar pessoas que se relacionam com pessoas do mesmo sexo.

---

marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manerafehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal. 4. Em la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de sêmen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. Em ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles com lamujer receptora. Disponível em: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292) Acesso 26 fev 2014.

<sup>263</sup> Neste sentido, “Poder-se-á questionar se a limitação dos potenciais beneficiários de técnicas de PMA não poderá ser inconstitucional por violar o direito a procriar. Efectivamente, apesar de não ser entendimento unânime, cremos que a ordem jurídica portuguesa consagra um direito fundamental a procriar, através de recurso a técnicas de PMA, nos termos do art. 36º, nº 1 da CRP”. COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 35.

<sup>264</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003, p. 721.

Neste sentido, discorda-se da opinião de Ascensão<sup>265</sup>, que sustenta que os interesses da criança não estarão resguardados em casos de família formada por pessoas solteiras ou homoafetivas, por não se tratar de uma situação normal, por se tratar de um ambiente carente.

Questiona-se, assim, qual a justificativa para as crianças que crescem em um lar onde um dos pais faleceu, ou ainda, no caso de haver divórcio entre o casal e o afastamento de um deles? A monoparentalidade não é situação desconhecida do ordenamento jurídico...

Conforme disposto em tópico acima, verifica-se que as limitações impostas pelos doutrinadores portugueses está mais associada a questão moral e cultural do que embasamento jurídico<sup>266</sup>.

Não fosse preconceito, países como o Brasil, onde não existe limitação à utilização de técnicas de procriação medicamente assistida por pessoas solteiras, estariam à beira de um caos social, tendo em vista a falta de assistência aos filhos.

Gama<sup>267</sup> faz uma consideração bastante pertinente quanto ao direito de utilização da procriação medicamente assistida por pessoas solteiras. Referido autor entende que se deve considerar possível o acesso de pessoas solteiras às técnicas de PMA, e sugere que sejam aplicados a estas requisitos mais rígidos do que seriam os de um casal, como a existência do Projeto Parental.

Portanto, proibir a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida por pessoas solteiras não vai evitar que estas estruturas familiares existam e se multipliquem no cotidiano. Pelo contrário, o legislador deve integrar as estruturas familiares no contexto de

---

<sup>265</sup>Dicorda-se, também, de Jorge Duarte Pinheiro, quando sustenta que “a biparentalidade exprime uma característica do que socialmente se entende que deve ser a família composta por filhos menores. Mal ou bem, é a biparentalidade que inspira o regime do estabelecimento da filiação e que é incentivada pelas regras da constituição do vínculo da adoção plena e do exercício do poder paternal”. PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 226/228.

<sup>266</sup> Inquietamos com a afirmação aparentemente preconceituosa de Jorge Duarte Pinheiro, ao afirmar que “no momento de decidir acerca da constituição do vínculo adoptivo, estamos perante uma criança que existe e que carece de pais; se ela não pode ter dois, que tenha, pelo menos, um. No momento de decidir acerca da procriação assistida, a criança ainda não existe; deste modo, custa a aceitar que se afectem recursos médicos, mais ou menos escassos, num contexto em que se desencadeiam ponderosas questões éticas e jurídicas que se não cingem ao problema da mono – ou biparentalidade, com vista à concepção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um pai efectivo”. PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 227.

<sup>267</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003, p. 720.

proteção Estatal e se valer da norma constitucional para resguardar os direitos dos envolvidos, no caso, as crianças que estejam inseridas neste Projeto Parental<sup>268</sup>.

#### **4.5 DA IMPORTÂNCIA DA AFETIVIDADE PARA OS ENVOLVIDOS NA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DA PMA E O RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Como bem afirma Oliveira<sup>269</sup>, é importante a expectativa de ter um filho, vez que as crianças não são propriedade dos pais. Assim, em todos os casos onde será utilizada a PMA, deverão ser respeitados os direitos do filho. As pessoas não podem impor à Sociedade que esta lhes dê um filho, mas apenas que lhes forneçam meios para a realização do Direito de exercer a paternidade/maternidade.

Corroborando a autora, ainda, que o recurso à PMA é exercido dentro da liberdade constitucional de procriar, desde que respeitados os limites impostos pelos interesses conflitantes e dignos da mesma proteção constitucional<sup>270</sup>.

Observa-se, neste caso, a colisão de direitos dos envolvidos, sendo que, quando se trata de colisão de Direitos Fundamentais, não se analisa verdades ou certezas imutáveis, sendo que a ponderação e argumentação serão necessárias para resolução do conflito<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> “A questão vem, entretanto, definida na lei regulamentadora (Lei nº 9.263/96), cujo art. 2º ampliou o alcance do direito constitucional ao planejamento familiar dispondo que as ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole se destinam à mulher, ao homem ou ao casal. De se entender então que a pessoa solteira, seja homem ou mulher, têm igualmente garantido o direito de “planejar uma família” para si. Este planejamento, no entanto, é uma vida de mão dupla, e o poder de decidir a estrutura familiar será atribuído a apenas um dos membros dessa família, aquela pessoa que planeja a existência de outra já destinando-a a ter (ou contar com) apenas um genitor num contexto bastante inusitado de cerceamento parental”. ASSIS, Zamira de. O Direito Constitucional ao Planejamento Familiar e as Técnicas de Reprodução Assistida: o Estado da questão no Direito Brasileiro. In: **Família em perspectiva: uma abordagem multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2012., p. 305.

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 74.

<sup>270</sup> OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos**: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 74.

<sup>271</sup> BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Revista Forense**, v. 100, n. 371, p. 175-202, Jan/fev 2004, Rio de Janeiro: Forense, 2004..

Principalmente no que tange a utilização de Técnicas de PMA heterólogas, deve ser feito o questionamento se os ordenamentos jurídicos atuais estão valorizando os afetos<sup>272</sup> em detrimento das relações de sangue, ou vice-versa.

Pode-se dizer que o estabelecimento da filiação na PMA heteróloga baseia-se fundamentalmente na afetividade e paternidade psicossocial<sup>273</sup>.

A tendência do Direito moderno é o reconhecimento jurídico do afeto<sup>274</sup>, tanto que no próprio ordenamento jurídico brasileiro encontram-se dispositivos legais que encerram em si a proteção do afeto: artigo 1.596 CC/BR (igualdade da filiação), artigo 1.593 CC/BR (maternidade e paternidade socioafetivas e vínculos de adoção), artigo 1.597, V CC/BR (inseminação artificial heteróloga).

Madaleno<sup>275</sup> corrobora que a comunhão plena de vida e a solidariedade familiar só encontram-se viáveis se houver afeto, todos os valores fundamentais cuja soma consolida a unidade familiar que é a base da sociedade e merece proteção constitucional.

Desta feita, ao defender o direito de constituir família por casais homoafetivos ou pessoas solteiras através de PMA<sup>276</sup>, imprescindível o reconhecimento também da adoção como forma de família afetiva por excelência, advinda exclusivamente de laços afetivos.

---

<sup>272</sup> “Somente o afeto é capaz de unir as pessoas no convívio familiar; somente o afeto traduzido no amor e na felicidade recíproca é capaz de garantir a dignidade da vida humana”. OLIVEIRA, OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade: análises mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

<sup>273</sup> OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 84.

<sup>274</sup> “Desde meados dos anos 70, a desbiologização da paternidade já era ventilada no direito brasileiro. O precursor desta corrente foi o eminente jurista mineiro João Baptista Villela. No seu entendimento, a parentalidade, *per se*, não seria um fato da natureza, mas sim um fato cultural. Note-se que a filiação não se traduz apenas no nascimento. A família não se resume ao sangue, mas significa o crescimento, vivência, amadurecimento e envelhecimento juntos. Mãe e pai, ou se é por opção livre e pessoal, ou simplesmente não se é”. CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2012, p. 265/266.

<sup>275</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed, p. 96.

<sup>276</sup> “É certo que o caminho menos ‘espinhoso’ para que os homossexuais exercessem o seu direito à parentalidade seria por meio do instituto da adoção. Não obstante, em virtude das máximas da igualdade e da liberdade, constitucionalmente garantidas no Brasil e em Portugal, impedir o acesso dos homossexuais às técnicas de PMA quando este é garantido aos casais heterossexuais, parece necessitar de uma carga de valoração poderosa para a discriminação em questão, o que não parece existir, devendo, portanto, ser considerada arbitrária”. CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2012, p. 263.

#### 4.6 A ADOÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

A adoção é um meio idôneo de constituição de família, previsto na legislação brasileira e portuguesa, baseada em vínculos afetivos. Como bem ressalva Corte-Real<sup>277</sup> “o instituto da adoção veio pôr em causa a predominância que a nossa lei, talvez ainda dê (...), ao biologismo na constituição do vínculo da filiação”.

Pinheiro<sup>278</sup> sustenta que a filiação adotiva ocorre independentemente dos laços de sangue, através de uma sentença em processo de adoção e o seu caráter é irretroativo.

Observa-se que não é pertinente hierarquizar modalidades de parentalidade, motivo pelo qual a filiação adotiva possui a mesma credibilidade e proteção que o vínculo advindo do biologismo<sup>279</sup>.

A adoção está disposta no direito português, no artigo 36, nº 7 da CRP. A Lei nº 31/2003<sup>280</sup>, de 22 de Agosto, promoveu alterações no regime do Código Civil Português<sup>281</sup>, inclusive no sentido de estimular a adoção no país.

Como ressalta Pinheiro<sup>282</sup>, algumas regras e princípios extra-estatais incidem no regramento da adoção do Estado Português, como a Convenção sobre os Direitos das Crianças e a Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças, o que confere uma visão favorável ao instituto.

Isto porque, embora a adoção seja instituto conhecido pelo Direito Português há tempos, nem sempre teve uma ampla aceitação social. Foi abolida durante anos do ordenamento jurídico português, voltando apenas em 1966, no Código Civil. Ainda assim, foi

<sup>277</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, , p. 213.

<sup>278</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 128.

<sup>279</sup> Carlos Pamplona Corte-Real afirma que “biologismo ou sociabilidade/afectividade são igualmente permissivos de uma relação parental perfeita, se os titulares estiverem cientes da natureza instrumental da sua função junto dos filhos, biológicos ou adoptivos. A parentalidade é um dever, uma responsabilidade, nunca um poder, e muito menos, um direito – como o mencionado Decreto 232/X bem ensina!”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. p. 201.

<sup>280</sup> Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2003/08/193A00/53135329.pdf> Acesso 26 fev 2014.

<sup>281</sup> “A nossa lei regula a adopção nos artigos 1793º e ss. do Código Civil (com a redacção dada pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto) onde vamos encontrar, uma vez mais, a referência ao interesse superior da criança como propósito primeiro do instituto”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001. p. 213.

<sup>282</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, , p 190.

a partir de 1977 que a adoção passou a receber uma regulamentação menos restritiva, no sentido de facilitar e promover a sua ocorrência<sup>283</sup>.

Atualmente, verifica-se que a adoção no Direito Português deve ocorrer em respeito ao “superior interesse da criança”, conforme disposto no artigo 1974º do Código Civil Português.

No entanto, conforme entendimento exposto por Pinheiro<sup>284</sup>, o modelo português expressa uma ideia de que a adoção é uma imitação da filiação natural, ou seja, secundária, subsidiária em relação à filiação biológica, inclusive como uma postura cultural<sup>285</sup>.

Expõe-se neste trabalho todo o repúdio e discordância a qualquer intenção discriminatória com relação à filiação advinda da adoção<sup>286</sup>. Isto porque, conforme disposto, a valorização do vínculo afetivo é tendência e garantia dos ordenamentos jurídicos preocupados com a valorização e proteção do ser humano.

Em sentido discriminatório e, muitas vezes, contra o superior interesse da criança, verifica-se que o instituto da adoção não pode ser alcançado por casais homoafetivos em União Estável, conforme prevê o artigo 7º da Lei nº 7/2001, de 11 de maio<sup>287</sup> (alterada pela Lei nº 23/2010, que prevê a união estável entre pessoas do mesmo sexo).

<sup>283</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, , p. 188/189.

<sup>284</sup> Ainda, “a adoção plena é tida como superior à adoção restrita e a adoção conjunta é tida como superior à adoção singular; a adoção por homossexuais é absolutamente rejeitada. A tudo isso, e na mesma lógica que atribui à adoção a natureza de solução extrema, soma-se a exclusão peremptória da adoção independente ou privada e uma regulamentação fortemente restritiva da adoção internacional”. PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 191.

<sup>285</sup> O Código Civil Português prevê, em seu artigo 1977º formas de adoção: **(Espécies de adoção) 1. A adoção é plena ou restrita, consoante a extensão dos seus efeitos. 2. A adoção restrita pode a todo o tempo, a requerimento dos adoptantes, ser convertida em adoção plena, desde que se verifiquem os requisitos para esta exigidos.** Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11, **grifo nosso**. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF> Acesso em 26 fev 2014.

<sup>286</sup> “Semelhante ao instituto da adoção restrita veio agora a lume um projecto legal consagrando uma figura, supostamente de índole historicista ou tradicional, do apadrinhamento civil, que se substitui precisamente à adoção restrita. Não se vê o interesse, não se vê o alcance, não se admite a relevância de uma tal tradição, e sobretudo, não traz qualquer " dos aspectos discriminatórios apontados à adoção restrita. Em suma, a adoção, pressupondo naturalmente estádios intermédios, tem sempre que visar uma etapa final de plenitude do vínculo final constituído, sob pena de se criarem anômalas, e ínvias constitucionalmente, diferenças de estatutos entre filhos”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família: Tópicos para uma reflexão crítica**. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. p. 220/221.

<sup>287</sup> Artigo 7º - Adoção. Nos termos do actual regime de adoção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, **é reconhecido às pessoas de sexo diferente** que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adoção em condições análogas às previstas no artigo 1979º do Código Civil, sem prejuízo das disposições legais respeitantes à adoção por pessoas não casadas. Disponível em: <http://portugalgay.pt/politica/parlamento03.asp> Acesso 26 fev 2014.

Ademais, a Lei n° 9/2010, que reconheceu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, deixa claro, na dicção do artigo 3º, que a adoção por casais homossexuais, em qualquer das suas modalidades, é vetada pelo regime legal.

Ora, o sistema jurídico português é incoerente, pois reconhece a união (de fato ou civil) entre pessoas do mesmo sexo, mas lhes tolhe o direito de constituir família através de filhos.

Discussão diretamente relacionada ao tema é a possibilidade da co-adoção, no Direito Português, no sentido de favorecer a constituição de família por pessoas do mesmo sexo.

O Projeto de Lei n° 278/XII, em Portugal, pretende consagrar o instituto da co-adoção pelo membro do casal do mesmo sexo, casado ou unido de fato com relação ao filho apenas do outro membro<sup>288</sup>.

A possibilidade da co-adoção não se trata da adoção conjunta, ou seja, não estende aos casais homoafetivos a possibilidade de estabelecerem uma família pela via da adoção. No entanto, trata-se de uma “extensão da parentalidade de um dos progenitores ao outro com ele casado ou unido de facto, mediante recurso ao mecanicismo adotivo<sup>289</sup>”.

Isto porque se observa que a co-adoção já está consagrada no Direito Português para os casais heterossexuais, nos artigos 1979º, n° 2 do Código Civil, 7º da Lei da União de Facto (Lei n° 7/2001, com redação complementada pela Lei n° 23/2010). Desta feita, tendo em vista o Princípio da Igualdade e da não discriminação, deve-se estender a realidade aos casais do mesmo sexo<sup>290</sup>.

O argumento contrário ao Projeto de Lei está diretamente ligado ao receio de que, por via deste instituto, haja caminho para a adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo (expressamente proibida na Lei).

---

<sup>288</sup> Disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/parlamento-aprova-coadopcao-homossexual-1594705#/0> Acesso 26 fev 2014.

<sup>289</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Audição sobre co-adoção** (inérita) Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> Acesso 26 fev 2014.

<sup>290</sup> Corte-Real questiona “como é possível que um diploma que permite a conjugalidade a nível homossexual vete a parentalidade, com a mesma necessariamente conexa, nomeadamente no campo adotivo?” CORTE-REAL, Carlos Pamplona. O conceito de família e as famílias no direito português. Págs. 155-162. In: **Atas da Conferência Família no Plural: alargar o conceito, largar o preconceito**. Associação ILGA Portugal, CRIA – Centro em Rede de Investigação em Antropologia (organização). ILGA: Lisboa, 2011. Pág. 159.

Ocorre que o perfeito magistério de Corte-Real<sup>291</sup> explicita que o caso da co-adoção, diferentemente do processo adotivo, busca ressaltar o superior interesse da criança, que nestas situações já está inserida num contexto parental por duas pessoas do mesmo sexo e as têm como referência.

Conforme exposto neste trabalho, a realidade homoparental existe e produz efeitos fáticos, mesmo à exclusão do ordenamento jurídico. Assim, verifica-se a necessidade de regulamentar as situações e resguardar os direitos fundamentais das crianças, em respeito ao que preconiza a CRP e a ordem jurídica da União Européia referentes a estas garantias.

Corte-Real<sup>292</sup> alerta, inclusive, para o posicionamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em acórdão de 9 de fevereiro de 2013, que condenou a Áustria por não acolher a possibilidade legal da co-adoção pelo membro de casal do mesmo sexo<sup>293</sup>. Ora, situação idêntica ao que se verifica em Portugal.

<sup>291</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Audição sobre co-adoção** (inérita) Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> Acesso 26 fev 2014.

<sup>292</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Audição sobre co-adoção** (inérita) Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> Acesso 26 fev 2014.

<sup>293</sup> A condenação foi proferida nos seguintes termos: “PAR CES MOTIFS, LA COUR 1. Déclare, à l’unanimité, la requête recevable ; 2. Dit, à l’unanimité, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8 pour autant que l’on compare la situation des requérants avec celle d’un couple marié dont l’un des membres aurait souhaité adopter l’enfant de l’autre ; 3. Dit, par dix voix contre sept, qu’il y a eu violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8 pour autant que l’on compare la situation des requérants avec celle d’un couple hétérosexuel non marié dont l’un des membres aurait souhaité adopter l’enfant de l’autre ; 4. Dit, par onze voix contre six, a) que l’Etat défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes : i) 10 000 EUR (dix mille euros) conjointement aux requérants, plus tout montant pouvant être dû à titre d’impôt ou de taxe, pour dommage moral ; ii) 28 420,88 EUR (vingt-huit mille quatre cent vingt euros et quatre-vingt-huit centimes) aux requérants, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d’impôt ou de taxe, pour frais et dépens ; b) qu’à compter de l’expiration dudit délai et jusqu’au versement, ces montants seront à majorer d’un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ; 5. Rejette, à l’unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus. Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l’homme, à Strasbourg, le 19 février 2013, en application de l’article 77 §§ 2 et 3 du règlement.” [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["FRA"\],"appno":\["19010/07"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-116998"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) Acesso em 12 abr 2014.

Em que pese os embates e discussões acerca do assunto no Parlamento Português, verifica-se que em 20 de fevereiro de 2014 o Presidente da República devolveu o Projeto da Co-adoção, por ter dúvidas sobre a constitucionalidade da matéria ao referendo<sup>294</sup>.

O que está aqui em causa é retomarmos o bom senso, o que está aqui em causa é lermos com atenção o **acórdão do Tribunal Constitucional, que cita repetidamente o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a importância de ter em conta as realidades familiares já existentes**. Voltarmos ao bom senso, voltarmos a respeitar este parlamento como um parlamento pelo qual se lutou durante muitos anos e não o confundir mais com a Assembleia Nacional», afirmou a deputada do PS Isabel Moreira no plenário da Assembleia da República.

**Antes, os deputados tinham ouvido a mensagem do Presidente da República sobre a devolução ao parlamento da proposta de referendo sobre a co-adoção e a adoção por casais do mesmo sexo, que o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional e que tinha sido aprovada apenas com os votos do PSD.**

Repetindo críticas e acusações, todas as bancadas da oposição se juntaram no apelo à bancada do PSD - autora do projeto de referendo - **para que deixe que seja concluído o processo legislativo já iniciado sobre a coadoção.**

A questão voltou ao ponto de onde nunca devia ter saído. Neste momento, na Assembleia da República a única coisa a fazer é concluir o processo legislativo ao qual só falta a votação final global, é a conclusão sem mais delongas desse processo legislativo que se impõe», defendeu o deputado do PCP António Filipe, lamentando que o PSD tenha submetido o país a um espectáculo de instrumentalização do processo referendário para evitar a conclusão de um processo legislativo.

Pelo partido ecologista Os Verdes, a deputada Heloísa Apolónia corroborou os comunistas na defesa da conclusão do processo legislativo já iniciando, não deixando também de acusar a bancada do PSD pela apresentação de um projeto de referendo de má-fé<sup>295</sup>

Corroborar-se a importância da discussão acerca do projeto referido supra com as palavras do Juiz de Direito António José Fialho, no sentido de que “causa estranheza que uma criança tenha dois pais ou duas mães, mas esse é um pobre argumento para impedir que uma criança que reconhece a esses dois homens e a essas duas mulheres o papel de pais e de mães

---

<sup>294</sup> Disponível em: [http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content\\_id=3697108](http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content_id=3697108)

Acesso em 26 de fevereiro de 2014.

<sup>295</sup> Disponível em: [http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content\\_id=3697908](http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content_id=3697908) Acesso em 26 de fevereiro de 2014, **grifo nosso** )

não o possa fazer<sup>296</sup>”. Ademais, os pareceres psicológicos e psiquiátricos anexados ao PJI nº 278/XXII são favoráveis à parentalidade homoafetiva<sup>297</sup>.

Desta feita, o ordenamento jurídico português precisa se adequar à realidade social, no sentido de proteger a família e atender aos anseios destes novos recortes familiares, onde há uma relação homoafetiva<sup>298</sup>.

No Direito Brasileiro, após intensa evolução legislativa, chegamos ao regime atual aplicável à adoção. Isto porque o instituto foi abarcado pelo Código Civil de 2002 nos artigos 1618 e seguintes. No entanto, as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>299</sup> no tocante à adoção ainda vigoram.

Várias das disposições do Código Civil de 2002, inicialmente minuciosas, foram revogadas pela vigência da Lei nº 12.010/2009, que dispõe sobre a adoção. Referida lei, em seu artigo nº 42, dispõe “podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do seu estado civil<sup>300</sup>”.

Desta feita, pode-se dizer que ficaram revogadas as disposições do Código Civil que restringiam a adoção por casais homoafetivos, vez que há anos havia embates na doutrina e jurisprudência acerca do tema, que já permitia a possibilidade da adoção em conjunto por duas pessoas do mesmo sexo no Brasil<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> FIALHO, António José Fialho. Ainda o superior interesse da criança. In: *Jornal Publico.pt*, Edição Lisboa, segunda, 22 de julho de 2013, ano XXIV, nº 8503. fls. 39.

<sup>297</sup>GATO, Jorge; FREITAS, Daniela. Psicologia, homoparentalidade e legislação. Apresentação ao Grupo de Trabalho – Co-adoção [PJI 278/XII/1.ª (PS)] Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=95730> Acesso em 12 abr 2014.

<sup>298</sup> “Embora vise situações já constituídas, este projeto de lei não deixa de ser aplicável a situações futuras, ou, por exemplo, um homem ou uma mulher adotarem singularmente uma criança (o que é permitido por lei)e, mais tarde, casam ou passam a viver em união de facto com outro homem ou outra mulher, procurando que, um dia, essa criança seja coadotada pelo seu cônjuge ou pela pessoa que vive consigo”. FIALHO, António José Fialho. Ainda o superior interesse da criança. In: *Jornal Publico.pt*, Edição Lisboa, segunda, 22 de julho de 2013, ano XXIV, nº 8503. Fls. 39.

<sup>299</sup>“Com efeito, de uma proposta egoística, que centrava nos pais o interesse maior do instituto, o ECA resgatou não só o interesse maior do menor (em ganhar um lar e a afetividade dos pais adotantes) mas também o caráter filantrópico da adoção, que não mais se reduz ao interesse exclusivo dos pais adotantes, mas resolve um problema social de dimensões incontroláveis, no Brasil, que é a questão do menor abandonado”. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Vol. 5. Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 254.

<sup>300</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112010.htm) Acesso 26 feve 2014.

<sup>301</sup>WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 323.

Desta feita, no contexto deste trabalho, verifica-se que a adoção é um meio idôneo para a realização do Direito de Constituir Família através da realização de Projeto Parental com filhos.

#### 4.6.1 DA ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS

O posicionamento jurisprudencial, no Brasil, há anos, vem permitindo aos casais homoafetivos a realização do seu Projeto Parental através da adoção. A legislação brasileira, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), autoriza a adoção para maiores de 18 anos e não faz qualquer restrição ao sexo ou estado civil dos adotantes, desde que o procedimento respeite os requisitos legais de conveniência, adequação e proteção para o adotado<sup>302</sup>.

Ora, o estabelecimento de uma família e vínculos de filiação através do afeto deve estar voltado para a proteção dos direitos constitucionais dos envolvidos, como a dignidade da pessoa humana, liberdade e proteção da família. A orientação sexual dos pais nunca deverá ficar em primeiro plano ao analisar-se um pedido de adoção, como insistem alguns juristas.

Assim o é, pois a família tem proteção especial do Estado e, se existem crianças disponíveis à adoção, com a ânsia de habitar um lar de afeto, não há razão para negar-lhes este direito, única e exclusivamente em razão da orientação sexual dos envolvidos<sup>303</sup>.

Importante a menção, na íntegra, de acórdãos proferidos nos últimos anos no Brasil, bem como seus argumentos, no sentido de viabilizar o direito de constituir família e a realização do Projeto Parental pelos pares homoafetivos.

**EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese.**

<sup>302</sup>JENCZAK, Dionizio. **Aspectos da relações homoafetivas à luz dos Princípios Constitucionais**. Editora Conceito Editorial: Florianópolis, 2008, p. 95.

<sup>303</sup>“Las posibilidades del adoptante de asegurar el bienestar y desarrollo del adoptando es una condición que el juzgador debe tener en cuenta, no en atención a una discriminación hacia los adoptantes, sino siempre teniendo el norte en el interés superior del niño”. MINYERSKY, Nelly. ¿Derecho al hijo/hija? In: HERRERA, Marisa (Coord.); CARLUCCI, Aída (dir). **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009, p. 404/405.

Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)<sup>304</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. **Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal).** Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA)<sup>305</sup>

O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro corrobora:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. **Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos**

<sup>304</sup> Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010, **grifo nosso**.

<sup>305</sup> Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006, **grifo nosso**.

**direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo"<sup>306</sup>**

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.Recurso especial NÃO PROVIDO<sup>307</sup>

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL.SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE.IMPREScindIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES.RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.3. O artigo 1º da Lei 12.010/09

<sup>306</sup> FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009, p.75/76

<sup>307</sup> REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013, **grifo nosso**.

prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".<sup>4</sup> Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. **5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.**

**6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".**<sup>7</sup> Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.<sup>8</sup> É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.<sup>9</sup> Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.<sup>10</sup> O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.<sup>11</sup> Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.<sup>12</sup> **Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.**<sup>13</sup> A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.<sup>14</sup> Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA.

Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.15. Recurso especial improvido<sup>308</sup>

Para consolidar este entendimento, a Suprema Corte Brasileira dispõe:

**UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que**

<sup>308</sup> REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010, **grifo nosso.**

**discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual.**

RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - **Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.**

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A

PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina<sup>309</sup>

Desta feita, dos argumentos expostos supra, deve-se aferir que adoção por pares homoafetivos não fere o sistema legislativo brasileiro<sup>310</sup>.

A adoção por casais homoafetivos, ademais de ser um direito fundamental, conforme prevê a Constituição, motivo pelo qual deve ser resguardado pelo Estado, permite a realização do Projeto Parental de maneira plena.

Observa-se, assim, que o legislador brasileiro estabelece, com base na interpretação constitucional, que qualquer pessoa pode realizar o seu Projeto Parental, desde que o faça com base na Paternidade Responsável<sup>311</sup> e garantindo os direitos fundamentais dos menores.

Portanto, não há motivo para proibir o acesso à adoção pelos pares homoafetivos, com base em argumentos frágeis e eivados de preconceito<sup>312</sup>.

Este preconceito é nitidamente exposto pelo legislador infraconstitucional português, ao não permitir a adoção por casais compostos por pessoas do mesmo sexo<sup>313</sup>.

<sup>309</sup> RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220- PP-00572, **grifo nosso**.

<sup>310</sup> Especialmente os artigos 42 e 43 da Lei nº 8.069/90, que dispõem: **Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) Acesso 11 fev 2014, **grifo nosso**.

<sup>311</sup> Artigo 227, Parágrafo 7º da CF Brasileira. BRASIL, Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

<sup>312</sup> Isabel Cristina Raposo e Silva bem expõe que “não se deve perquirir, em momento algum, se crianças poderiam ser adotadas por pares homossexuais, mas sim se aquela criança, adotada por aquele casal, irá possuir ambiente adequado para sua felicidade. Não interessa a orientação sexual dos pais, já que, como se sabe, o fato dos pais adotivos serem heterossexuais em nada garante o bem-estar daquele que é adotado. A pecha da conotação sexual dos pais apenas revela nosso estado de intolerância”. SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 322.

<sup>313</sup> Carlos Pamplona Corte-Real sustenta que “infelizmente não pôde ou não soube a Lei nº 9/2010 acolher a solução constitucionalmente ajustada em matéria de adoção por casais homossexuais, ligando casamento e homoparentalidade, pelo que o artigo 3º violenta inequivocadamente os princípios da igualdade, da não discriminação, e sobretudo da tutela do interesse superior da criança, constitucionalmente consagrados nos

Entre as fontes jurídicas das relações familiares previstas no Código Civil Português encontra-se a adoção, conforme estabelece o artigo 1576º, motivo pelo qual este laço deve ser protegido e efetivado aos pares homoafetivos, em respeito ao disposto no artigo 13, nº 2 da CRP. São requisitos como o afeto, a perdurabilidade e a comunhão de vida que legitimam os fatos geradores previstos na Lei Civil (artigo 1576º CC Português), situações verificadas nas famílias homoafetivas.

Obstar a adoção por casais homoafetivos não faz sentido no ordenamento jurídico vigente nos países, pois existem meios legais de resguardar todos os interesses das crianças envolvidas. No Brasil, tem-se a legislação específica para tutela da Criança e dos Adolescentes (Lei 8.069/90), mas o importante é a menção constitucional aos direitos que devem ser respeitados: dignidade da pessoa humana, integridade física, direito à família enquanto base da sociedade<sup>314</sup>.

Portanto, o fato de os pais adotivos formarem um casal heterossexual não garante o bem-estar da criança, mas sim, o afeto e a dedicação para a realização do planejamento familiar. Portanto, proibir a constituição de uma família com base em preconceitos e juízos de valor subjetivos voltados para a orientação sexual dos envolvidos não garante que o instituto da adoção esteja atingindo o seu objetivo.

Ora, conforme bem explicita Chaves “é imperioso ressaltar que nem todo ser humano possui capacidade ou vocação para exercer a parentalidade mas, indubitavelmente, não será a orientação sexual do indivíduo que irá definir se o mesmo conseguirá desempenhar, com dedicação, afetividade e efetividade a sua função parental<sup>315</sup>”.

---

artigos 13º, nº 2 e 69º da CRP”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2001, p. 75.

<sup>314</sup> Pamplona Corte-Real nos recorda, ainda, que “o regime instituído pela Lei nº 147/99, de 1 de setembro (com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 11/2008, de 17 de janeiro), sobre protecção de crianças e jovens em perigo. Depois de no artigo 3º, nº 2, se referirem as situações determinantes de perigo, num leque particularmente grave de actos lesivos à integridade física e moral das crianças, o artigo 4º vem definir os princípios orientadores da intervenção para protecção e promoção dos direitos das ditas crianças e jovens em perigo, sendo reafirmado o respeito pelo interesse superior da criança e do jovem, mas pondo-se o acento tónico na intervenção mínima e subsidiária das instituições competentes, com respeito pela manutenção das responsabilidades parentais – o que justifica o controle informado das medidas de promoção e protecção e o respectivo consentimento, perspectivando-se sempre o reencontro familiar possível, se viável”. CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2º edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011. P. 225.

<sup>315</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: protecção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2012, p. 260.

Desta feita, verifica-se que o exercício da parentalidade por casais homoafetivos é possível e está em total consonância com os Princípios Constitucionais, à medida em que se busca a proteção dos interesses da criança e não o julgamento acerca da orientação sexual dos pais.

#### 4.6.2 DA ADOÇÃO POR PESSOAS SOLTEIRAS

Na mesma esteira de pensamento que proíbe o acesso da adoção por casais homoafetivos, o legislador português impede que pessoas solteiras realizem o seu Projeto Parental. Para que não haja repetição de argumentos, importante observar que referida proibição está calcada em argumentos frágeis, que sustentam que submeter a criança a um ambiente órfão será prejudicial ao seu desenvolvimento.

Ora, contrária a tal argumento, verifica-se a própria disposição constitucional de Brasil e Portugal, uma vez que nesta, protege-se a família e naquela, verifica-se a proteção estatal às diversas formas de família, entre elas, a monoparental.

Assim, verifica-se que o legislador português age equivocadamente ao impedir que crianças sejam protegidas pelo lar e ambiente familiar, mesmo que isso ocorra através do Projeto Parental de uma pessoa solteira.

Ademais, não é absurdo concluir que a proibição da adoção por pessoas solteiras restringe o acesso ao Projeto Parental por pessoas homoafetivas.

A legislação e jurisprudência brasileira<sup>316</sup> não fazem tais restrições, sendo que, diante do melhor interesse da criança<sup>317</sup>, adoção é um meio idôneo para a concretização de laços parentais.

---

<sup>316</sup> “No Brasil, com o reconhecimento das famílias monoparentais, com o advento da Carta Magna de 1988, se fez presente a total dissociação do estatuto jurídico do casamento e da união estável, do estatuto jurídico da filiação. Destarte, a Constituição reconheceu que todos os indivíduos podem realizar o seu Projeto Parental independentemente da existência de vínculo matrimonial ou ligação afetiva permanente. Podem, inclusive, ter um Projeto Parental unilateral, uma vez que a família monoparental possui a mesma dignidade que as outras formas de família, na *Lex Fundamental* brasileira. CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2012, p. 261.

## 5 LIMITES E RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA

O Direito de constituir família, inclusive através da realização do Projeto Parental, é um Direito Fundamental. Assim sendo, há que se considerar que o direito de constituir família possui um âmbito de proteção e, em alguns casos, poderá estar sujeito a limitações<sup>318319</sup>. Em algumas hipóteses, pois, não fosse assim, o rol de direitos fundamentais seria ineficaz.

Canotilho<sup>320</sup> explica que só será possível tratar de restrições aos direitos, liberdades e garantias após o conhecimento do âmbito de proteção das normas constitucionais que consagram estes direitos. Primeiramente, determinam-se quais os bens jurídicos e a extensão da sua proteção para, após, verificar-se se esta norma constitucional sofre alguma restrição imposta pela Constituição (restrição constitucional expressa) ou se esta autoriza a lei a restringir o âmbito de proteção do direito (*reserva de lei restritiva*).

---

<sup>317</sup> “Note-se, todavia que o melhor interesse da criança é um conceito jurídico indeterminado, que está sempre em movimento, devendo a sua materialização ser levada a efeito após a análise do caso *sub judice*, com decisão fundamentada e despida de preconceitos”. CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2012, p. 260.

<sup>318</sup> “Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 386.

<sup>319</sup> Jorge Reis Novais informa que “enquanto restrição (do latim restringere) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim limitare ou delimitare) tem o sentido de estrema, de fronteira. Assim, enquanto que restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a revelação ou colocação dos contornos deste conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento e restrição”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.155.

<sup>320</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1275.

Verifica-se que, enquanto Portugal possui um regime específico quanto aos limites dos direitos fundamentais (artigo 18 da CRP<sup>321322</sup>), o Constituinte brasileiro se manteve silente nesta matéria. Como bem ressalta Sarlet, a exceção, no ordenamento jurídico brasileiro, é a previsão da reserva de lei e da proibição da abolição dos conteúdos previstos no artigo 60, Parágrafo 4º da CF Brasileira (*Cláusulas Pétreas*)<sup>323</sup>. Portanto, verifica-se que o Direito Brasileiro está atrelado às disposições constitucionais em matéria de limitações aos Direitos Fundamentais, mas não apresenta rol específico com relação à matéria.

Sarlet<sup>324</sup> salienta, ainda, que os direitos fundamentais poderão, eventualmente, ser restringidos por disposição constitucional expressa ou por norma legal com fundamento na Constituição, bem como informa uma terceira alternativa, qual seja, em casos de colisões entre direitos fundamentais.

Necessário abordar, no tocante aos Direitos Fundamentais, três modelos para as restrições<sup>325</sup> aos direitos, são eles: as teorias “*interna*” e “*externa*” dos limites aos direitos fundamentais e o modelo de Ponderação dos Princípios, proposta por Alexy<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> Artigo 18º. Força jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976.

<sup>322</sup> J. J. Gomes Canotilho informa que “A Lei Fundamental é enfática ao determinar que os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na própria Constituição (art. 18º-2), tendo portanto excluído inequivocadamente uma *cláusula geral* de restrição.[...] Além de precisarem de autorização constitucional, as restrições de direitos fundamentais carecem de *justificação*, não podendo legitimar-se senão pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e não podendo ultrapassar a medida necessária para o efeito (art. 18º-2)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.133/134.

<sup>323</sup> “Verificou-se que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de ‘cláusula pétrea’, integrando o rol do art. 60, Parágrafo 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limites materiais à reforma da Constituição. Ora, esta proteção jurídica reforçada, peculiar apenas aos direitos fundamentais e alguns poucos princípios escolhidos pelo Constituinte, não deixa de poder ser considerada um dos efeitos jurídicos gerados pelos direitos fundamentais e, portanto, uma dimensão de sua eficácia”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 387/405.

<sup>324</sup> Em qualquer dos casos, a limitação ao Direito Fundamental deverá ter um fundamento constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 387/392.

<sup>325</sup> Jorge Reis Novais sustenta que “entendemos genericamente por restrição a acção ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos**

A “*teoria interna*” dispõe que o direito fundamental possui um conteúdo determinado, ou seja, já possui os seus limites definidos desde o início (*limites imanes*). Por este motivo, os direitos fundamentais e seus próprios limites são internos, intrínsecos, e eventuais limites externos (restrições ocasionadas por colisão de princípios, por exemplo) não são admitidos.

A “*teoria externa*” faz uma distinção entre os direitos fundamentais e as restrições que possam lhe ser impostas. Visualiza-se o direito fundamental e, de maneira apartada, as suas restrições, ou seja, o direito fundamental é ilimitado e, diante de restrições, passará a ser limitado<sup>327</sup>.

Verifica-se, por fim, o modelo dos Direitos Fundamentais enquanto Princípios, proposto por Alexy<sup>328</sup> e inspirado no pensamento de Dworkin. Referida ideia parte da natureza dos direitos fundamentais, fazendo distinção entre normas/*princípio* e normas/*regra*.

Novais esclarece que “um conflito entre regras seria decidido através da dimensão determinante da validade, implicando a eliminação na ordem jurídica da regra contrária inválida: se duas regras potencialmente aplicáveis a um caso concreto conflituam entre si na medida em que propõem uma diferente solução para esse caso, uma delas deve ser inválida; a regra válida será aplicada e a outra, considerada inválida, em nada contribuirá para a solução encontrada, devendo ser excluída da ordem jurídica. Uma colisão de princípios, diferentemente, seria decidida em função do peso relativo que cada um deles apresenta no caso concreto (*dimension of weight*) implicando a cedência do princípio mais fraco neste caso, mas não já, diferentemente do que acontecia com a regra inválida, a sua exclusão da ordem jurídica<sup>329</sup>”.

O entendimento dos direitos fundamentais enquanto princípios seria o novo padrão pelo qual o problema dos limites passaria a ser resolvido pela ponderação.

---

**Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** 2º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 157.

<sup>326</sup>ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>327</sup>Ingo Sarlet informa que “tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes da sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 389.

<sup>328</sup>ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>329</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** 2º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 325/326.

Desta feita, verifica-se importante o questionamento se, tratando-se de direitos fundamentais, como é possível a supressão ou diminuição de um direito previsto na Constituição<sup>330</sup>? O artigo 18 da CRP é claro ao definir que os direitos, liberdades e garantias vinculam as entidades públicas e privadas, sendo que a sua restrição só poderá ocorrer para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Em razão deste questionamento, verificamos o problema das restrições aos direitos fundamentais que, neste trabalho, está voltado ao exercício do direito fundamental de constituir família através de uma estrutura familiar composta por filhos.

Gama sabiamente expõe que “com as mudanças culturais, especialmente no campo da sexualidade, os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade, pois culturalmente a vida envolve etapas, entre elas – para a maioria das pessoas – aquela de procriar ainda que mais tardiamente, diante das novas condicionantes econômicas, sociais e culturais. (..) Sabe-se que tal direito não é absoluto – como nenhum direito fundamental também não o é – e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico<sup>331</sup>”.

Desta feita, ao falar-se em restrição aos direitos fundamentais, imprescindível estabelecer quais os limites impostos pelo ordenamento jurídico para o direito de constituir família.

Assim, verifica-se que cada um dos três modelos expostos acima propõe uma resolução para o problema da limitação aos direitos fundamentais, sendo a baliza fundamental o disposto na Constituição.

Desta feita, no tocante ao tema, verifica-se que são os Princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade (dispostos neste trabalho) que nos oferecem os pilares para averiguar a constitucionalidade ou não da limitação ao direito fundamental de constituir família.

---

<sup>330</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 289.

<sup>331</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003, p. 712.

## 5.1 CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA

De acordo com as fórmulas expressas acima, verifica-se que a restrição e limitação ao direito fundamental será admitida apenas se seguir parâmetros ditados pela própria Constituição.

Sarlet<sup>332</sup> salienta que a proteção ao direito fundamental (ao menos no que concerne o seu núcleo essencial ou seu conteúdo em dignidade) apenas será possível se for assegurado o mínimo em segurança jurídica.

Isto porque, como bem assevera Canotilho<sup>333</sup>, as normas consagradoras de Direitos Fundamentais protegem “dados reais”, ou seja, direitos subjetivos (por exemplo, o direito à liberdade), garantias de instituto e garantias institucionais (por exemplo, a proteção à maternidade).

Como observa Pinheiro, “concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso à maternidade, lembre-se que o direito de procriar está limitado pelo interesse da futura criança<sup>334335</sup>”.

Assim, pode-se afirmar que a limitação ao direito fundamental de constituir família só poderá ocorrer nos casos em que haja desrespeito ao disposto na Constituição, acerca dos direitos dos outros entes familiares, ou seja, os filhos. Conforme exposto, a constituição de família por casais homoafetivos ou pessoas solteiras só poderá ser restringida se ferir os direitos fundamentais das crianças, quando da realização do Projeto Parental, fato que não se verifica.

---

<sup>332</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 434.

<sup>333</sup> “Trata-se, como se vê, dos ‘efeitos jurídicos’ que resultam do facto de uma norma recortar certos ‘dados da realidade’ como objecto de protecção. Para dar operatividade a esta protecção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1262/1263.

<sup>334</sup>PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**.. Lisboa: Aafdl, 2008, p. 245.

<sup>335</sup> Canotilho explica que “considera-se existir uma **colisão autêntica de direitos fundamentais** quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui há um verdadeiro ‘choque’, um autêntico *conflito* de direitos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1271,( **grifo nosso**).

Ora, o direito à liberdade daqueles que realizam o seu Projeto Parental através de filhos só pode ser restringido se, constitucionalmente, houver disposição que justifique a limitação ao direito fundamental.

Gama informa que “diante do exposto na norma constitucional relativamente ao planeamento familiar, é perfeitamente intocável o direito à liberdade constante do artigo 5º, caput e inciso II, da Magna Carta, com a observância de que o exercício da liberdade pressupõe responsabilidade e a existência de limites iminentes, considerando o postulado basilar da convivência em grupo, ou seja, o respeito à dignidade e aos demais valores e bens jurídicos das outras pessoas no exercício dos seus direitos fundamentais<sup>336</sup>”.

Desta feita, observa-se que a limitação ao Direito Fundamental de Constituir família deve estar pautada em valores e preceitos determinado pela Constituição.

Canotilho<sup>337</sup> informa que existem algumas restrições de direitos, liberdades e garantias estabelecidas nas próprias normas constitucionais. Ou seja, as chamadas restrições constitucionais imediatas, que são positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos.

Em casos específicos, verifica-se a constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais advindos de lei, situação em que haverá expressa possibilidade de restrição (*reserva de lei restritiva*)<sup>338</sup>.

Verifica-se, assim, que o direito fundamental de constituir família, previsto no artigo 36º da CRP, informa reserva de lei restritiva apenas nos números 2 e 7, ou seja, quanto ao casamento<sup>339</sup> e adoção. Sendo que a normativa do número 1 do artigo garante a todos o direito de constituir família, sem qualquer restrição.

Desta feita, a eventual constitucionalidade de limitações ao direito de constituir família apenas será possível se houver Princípios Constitucionais que, conforme já exposto

---

<sup>336</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003, p. 709.

<sup>337</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1276

<sup>338</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003p. 1277.

<sup>339</sup> Atente-se ao fato que atualmente o ordenamento jurídico português permite o casamento de pessoas do mesmo sexo, através da disposição da Lei nº 9/2010, não havendo justificativa para referida restrição. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf> Acesso 14 março 2014.

supra, impeçam o acesso à utilização das técnicas de PMA e adoção por pessoas do mesmo sexo ou solteiras, situação não prevista no artigo 36º, nº 1 da CRP.

A observância de Princípios como a Dignidade Humana, a Liberdade, a Igualdade e o melhor interesse da criança devem ser resguardados, ao questionar-se a extensão do direito fundamental de constituir família.

## **5.2 DA APARENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA DOS PARES HOMOAFETIVOS**

Oliveira, ao realizar a análise de um caso (O caso do bebê M), informa que “o exercício do direito de procriar está protegido pelo direito fundamental à protecção da liberdade privada, pelo que as decisões, nesta matéria, devem ser livres da ingerência do Estado<sup>340</sup>”.

Observa-se que, conforme descrito acima, para que haja a limitação a um direito fundamental, é necessária expressa autorização constitucional, situação que não se verifica no direito de constituir família.

Ora, a Constituição da República Portuguesa é enfática ao informar que “*todos têm o direito de constituir família e contrair casamento*”, em seu artigo 36º, nº 1. De tal forma que as limitações e restrições impostas pelo legislador ordinário português nas disposições das Leis nº 7/2001, alterada pela Lei nº 23/2010, Lei nº 9/2010, Lei nº 32/2006 – PMA e o Projeto de Lei nº 278/XII parecem totalmente inconstitucionais.

Verifica-se, assim, que os valores constitucionais em colisão, ou seja, o direito de todos a constituir família e o seu direito à liberdade e à igualdade não ferem o melhor interesse da criança e a protecção da família, enquanto base da sociedade.

---

<sup>340</sup>OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!:**o contrato de gestação. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 90.

Gama recorda que “levando em conta o reconhecimento do direito à reprodução como direito fundamental, não há como se admitir a reforma da Constituição Federal no que tange às disposições à ele<sup>341</sup>”.

Os argumentos utilizados pelos doutrinadores portugueses para fundamentar a restrição ao direito fundamental dos casais homoafetivos em constituírem família através de filhos são pautados em preconceitos<sup>342</sup> e palavras improfícuas, desrespeitando os preceitos do artigo 13, nº 2 da CRP, que proíbe qualquer discriminação em razão da orientação sexual.

Isto porque, conforme demonstrado neste trabalho, o seguimento jurisprudencial no Brasil e as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem são favoráveis à realização do Projeto Parental por casais homoafetivos ou pessoas solteiras, sob pena de ferir-se o princípio da igualdade e o da não-discriminação.

Qual é o argumento sólido para restringir o direito de constituir família das pessoas, além da preocupação com a sua orientação sexual<sup>343</sup>?

Ademais, tendo em vista a proteção do conceito plural de família, ao invés de restringir os direitos destes entes, tramita no Brasil um Projeto de Lei intitulado “Estatuto das Famílias” (PLS 470/2013), com o objetivo de proteger e resguardar os direitos das diversas formas de constituição de um lar<sup>344</sup>.

Desta feita, diante do espírito Constitucional e da maturidade das relações sociais, há que se dar guarida às diversas entidades familiares, que deverão ser respeitadas e protegidas. Eventuais problemas na criação e desenvolvimento das crianças frutos do desejo destas novas

---

<sup>341</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003, p. 713.

<sup>342</sup> Maria Berenice nos recorda que “ao contrário das outras minorias também objeto de discriminação, os homossexuais são as maiores vítimas do preconceito, pois vivem em famílias heterossexuais e dentro de uma sociedade homofóbica”. DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2006. p. 43.

<sup>343</sup> Ronald Dworkin questiona se “uma ‘maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que desaprovar suas escolhas pessoais?”. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645.

<sup>344</sup> O Estatuto das Famílias proposto pelo Ibdfam tem como objetivo reunir num só instrumento legal toda a legislação referente à área do Direito de Família, além de modernizá-la. Constam do projeto não apenas as regras de direito material, mas também processual, para proporcionar às famílias brasileiras maior agilidade nas demandas jurídicas, indispensável quando se trata de direitos relacionados tão diretamente à vida das pessoas. O projeto contempla a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5258/Estatuto+das+Fam%C3%ADlias> Acesso 12 mar 2014.

realidades familiares deverão ser analisadas caso a caso, com base na proteção que a Constituição e o legislador ordinário disponibilizam.

Os argumentos utilizados atualmente, com base em premissas não comprovadas e preconceitos homofóbicos, não podem imperar, parecendo totalmente inconstitucional a restrição ao direito de constituir família através de filhos baseada em discriminação pela orientação sexual, ferindo-se a igualdade<sup>345</sup>, liberdade e a intimidade dos envolvidos.

Ora, se o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo ou a entidade familiar monoparental são reconhecidamente famílias, sob o aspecto legal e constitucional português, qual a razão de ser da limitação ao seu desenvolvimento através de filhos?

Como arremata Dworkin, “os americanos admitiram que algumas formas de discriminação privada são assuntos públicos, e que a lei deve garantir igualdade de tratamento para negros, mulheres e deficientes em muitas esferas. Porque não para os homossexuais também? Importa que o comportamento sexual, ao contrário da raça, sexo ou deficiência, seja questão de escolha<sup>346</sup>? Os cientistas discordam no tocante a até que ponto os fatores genéticos definem a sexualidade, embora pareça incontestável que têm pelo menos um papel importante. De qualquer forma, abster-se do homossexualismo significaria abstinência sexual total para muitas pessoas, ou viver uma mentira. A sociedade deve permitir a discriminação contra pessoas que se recusem a fazer uma escolha a este preço?<sup>347</sup>”

Ora, a aparente inconstitucionalidade da proibição dos casais homoafetivos de realizarem o seu Projeto Parental reside, principalmente, no desrespeito ao direito à Igualdade.

Conforme exposto neste trabalho, verificou-se que o reconhecimento das entidades familiares homoafetivas é um avanço em termos institucionais de Direito de Família.

---

<sup>345</sup> “No caso da homossexualidade, contata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusivamente no critério da orientação sexual. Com efeito, a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvavam a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade. A partir desta consciência contemporânea ante a homossexualidade, sustentar a constitucionalidade de discriminações por orientação sexual demanda elevada carga de argumentação, uma vez que qualquer diferenciação que não tenha o vigor suficiente para infirmar tal consciência revela-se arbitrária. Com efeito, a arbitrariedade se configura na medida que em que o critério de diferenciação não mostra racionalidade diante da finalidade perseguida”. RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001, p. 80.

<sup>346</sup> Ressalte-se o entendimento exposto no decorrer deste trabalho, de que a orientação sexual dos envolvidos não deve ser entendida como uma escolha ou opção, e deve ser respeitada, vez que a CRP, em seu artigo 13º, nº 2 estabelece o Princípio da Igualdade e da Não-discriminação aos pares homoafetivos.

<sup>347</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 646.

Ademais, conforme dito, verifica-se que a orientação sexual dos pais não prejudica o desenvolvimento da criança e não fere os direitos fundamentais daquele que irá nascer ou daquele inserido neste contexto familiar através da adoção. A Jurisprudência brasileira, tanto em casos de adoção, quanto da utilização de técnicas de reprodução assistida corrobora este entendimento, abalizando a constituição destas famílias.

Portanto, aceitar o casal homoafetivo (reconhecendo a união estável e o casamento, inclusive alguns efeitos sucessórios e previdenciários), mas tolher o seu direito de ter filhos (seja pela adoção ou pela procriação medicamente assistida) denota uma grave inconstitucionalidade, devido a não observância da Igualdade<sup>348</sup> entre as realidades familiares protegidas pela Constituição. Qual a justificativa para a família homoafetiva ser desprivilegiada no tocante ao seu Projeto Parental e demais direitos?

---

<sup>348</sup> Ronald Dworkin questiona se “uma ‘maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justifica melhor do que desaprove suas escolhas pessoais?”. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645.

## 6 CONCLUSÃO

Conforme sábias palavras de José Sebastião de Oliveira, “uma certeza temos: não haverá retrocessos. A família atualmente reconhecida constitucionalmente sob o influxo de todos os princípios constitucionais só evoluirá. Aprimorará os altos valores que encontram disseminados pela consciência social”<sup>349</sup>.

Portanto, atualmente, não é possível aceitar as restrições ao direito de constituir família e a realização do Projeto Parental por casais homoafetivos ou pessoas solteiras. Não há que se proteger o império do preconceito de doutrinadores e legisladores que engessam o ordenamento jurídico português, deixando a mercê de eventualidades realidades familiares que não retrocederão.

Ora, resta comprovado, tanto na jurisprudência brasileira, quanto através da doutrina gabaritada no assunto que a relação homoafetiva é pautada no afeto, e, portanto, possui a credibilidade e os requisitos para a educação de filhos.

Argumentos extraídos da psicologia, eivados de preconceito, no sentido de não legitimar estas relações em razão da falta da diversidade de sexos dos parceiros estão ultrapassadas. O que se busca, atualmente, é o bem-estar da criança, que deve ser criada com afeto em um ambiente com condições físicas, psicológicas, educacionais, salutaras etc.

Como exposto em capítulo anterior, o desejo de constituir família pelos pares homoafetivos é louvável, pois há o desapego à lógica biologista do sangue em detrimento do acolhimento e da espera do filho que integrará o lar.

Portanto, restrições ao direito de constituir família que ferem o Princípio da Igualdade, no sentido de desqualificar as uniões homoafetivas ou famílias formadas por pessoas solteiras não podem ser admitidas.

Isto porque o sistema de direitos fundamentais, entre os quais se encontra o direito de constituir família, deve ser protegido e efetivado pelo ordenamento jurídico português na sua integralidade. O posicionamento de Portugal, em vários campos, está na contramão da proteção destes direitos, afrontando o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na matéria.

---

<sup>349</sup>OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 274.

Assim, tendo em vista a evolução e a constitucionalização dos direitos de família erigidos como categoria de direitos fundamentais, não há justificativa legal para a discriminação dos casais homoafetivos, pois qualquer tentativa de desqualificar estas uniões é improfícua.

A família atual é plural em sua constituição, e os objetivos perquiridos por qualquer destas modalidades (heterossexual, monoparental, homoafetiva) estão protegidos constitucionalmente e consistem em validar o bem-estar e a dignidade de cada um de seus membros.

Desta feita, a discussão proposta neste trabalho tem o objetivo de conscientizar as pessoas e romper preconceitos, pois se verifica na sociedade portuguesa uma rusga de homofobia inconcebível em meados de 2014. O legislador português, bem como parcela da doutrina, parece se preocupar mais em discutir pontos ligados à orientação sexual dos pais que desejam realizar o Projeto Parental (situação pacífica tendo em vista a aceitação e publicização da união) do que no bem estar da criança que será gerada (através de PMA) em um ambiente de afeto e harmonia ou daquela que será retirada da condição de abandono e/ou risco para ingressar em um lar de afeto.

Ora, negar a situação fática e impor restrição legal (infraconstitucional) não impedirá que as famílias se formem e produzam efeitos jurídicos, seja no âmbito pessoal ou patrimonial. Não há como retroceder, diante dos laços afetivos e da conjuntura social. A família homoafetiva não é mais ou menos qualificada que a heterossexual, pelo contrário, o que se preserva é a união, o afeto, o respeito, a dignidade das pessoas envolvidas.

Desta feita, embora não haja disposição legal infraconstitucional acerca do tema no Brasil, verifica-se a intensa preocupação do judiciário brasileiro em proteger estas formas de família, tendo em vista o vasto rol de direitos constitucionais que legitima estas relações.

Conclui-se, assim, que a restrição ao direito de constituir família com filhos ao pares do mesmo sexo (ou mesmo de pessoas solteiras) fere o Princípio da Igualdade e da Não-discriminação (artigo 13, nº 2 da CRP), tendo em vista que ninguém pode ser prejudicado, privado de qualquer direito em razão da sua orientação sexual.

A família é plural e é igual.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Editora Almedina: Coimbra, 2012. 5º ed.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Livraria Almedina: Coimbra, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação Medicamente Assistida e relação de Paternidade. P.349-369. In: NOVAES, G. M. F. (Coord.). **Direito de Família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

ASSIS, Zamira de. O Direito Constitucional ao Planejamento Familiar e as Técnicas de Reprodução Assistida: o Estado da questão no Direito Brasileiro. In: **Família em perspectiva: uma abordagem multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as Técnicas de Reprodução Assistida. In: **Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito**. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito Pós-Moderno de Família. In: **Direito de Família e das sucessões**. NOVAES, G. M. F. (Coord.). **Direito de Família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: **Cuidado e Responsabilidade**. In: PEREIRA, T. S.; OLIVEIRA, G. (Coord). São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BELLUSCIO, Augusto César. **Manual de Derecho de Familia**. Tomo I. Editora Astrea: Buenos Aires, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos Rumos do Direito de Família. Págs. 1-37. In: **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. BITTAR, Carlos Alberto (Coord). São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Revista Forense**, v. 100, n. 371, p. 175-202, Jan/fev 2004, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, 2003.

CABRAL, João de Pina. **O Homem na Família: cinco ensaios de Antropologia/ Lei e paternidade: as leis de filiação portuguesas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, volume 1. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2004.

COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. Curso de Direito de Família (Vol. I). 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho da Silva. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito de Família**: Tópicos para uma reflexão crítica. 2ª edição actualizada. AAFDL: Lisboa, 2011.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. ARTIGO 9º. Direito de contrair casamento e de constituir família. In: **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coordenadoras). Lisboa: Livraria Almedina, 2012.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. O conceito de família e as famílias no direito português. Págs. 155-162. In: **Atas da Conferência Família no Plural**: alargar o conceito, largar o preconceito. Associação ILGA Portugal, CRIA – Centro em Rede de Investigação em Antropologia (organização). ILGA: Lisboa, 2011.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Audição sobre co-adoção** (inérita) Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394856454e7651575276593246764c305276593356745a57353062334e4259335270646d6c6b5957526c5132397461584e7a595738764d574e6c4d444d35597a49745a544e6d4d4330304d4459774c546c6b4e4459744d7a67355a44686d59574e684d6d59774c6e426b5a673d3d&fich=1ce039c2-e3f0-4060-9d46-389d8faca2f0.pdf&Inline=true> Acesso em 26 fev 2014.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.). In: **Estudos de Direito da Bioética**. (VOL. III) Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona e outros. **O casamento entre pessoas do mesmo sexo**: três pareceres sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1577º e 1628º, alínea e), do Código Civil. Coimbra, Editora Almedina, 2008.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito**: proteção constitucional,uniões, casamento e parentalidade. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Adopción Homoafectiva. In: HERRERA, Marisa (coord); CARLUCCI, Aída Kemelmajer de Carlucci. **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira (coord.). **A família além dos mitos**. Del Rey Editora: Belo Horizonte, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Um novo direito: direito homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 230/239.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2006.

DUARTE, Tiago. **In vitro veritas?** A procriação medicamente assistida na constituição e na Lei. Lisboa: Almedina, 2003.

DUARTE, David. Perspectivas Constitucionais da Família. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. **Derecho constitucional de família**. Ediar: Buenos Aires, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do direito de família: curso de direito civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

FARIAS, Christiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

FÉLIX, Antônio Bragão. Reflexões sobre a família no limiar do século XXI. In: **Traços da Família Portuguesa**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda: Lisboa, 1994.

FIALHO, António José Fialho. **Ainda o superior interesse da criança**. In: *Jornal Publico.pt*, Edição Lisboa, segunda, 22 de julho de 2013, ano XXIV, nº 8503.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora RENOVAR, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. VI. Saraiva: São Paulo, 2011.

GATO, Jorge; FREITAS, Daniela. **Psicologia, homoparentalidade e legislação**. Apresentação ao Grupo de Trabalho – Co-adoção [PJL 278/XII/1.<sup>a</sup> (PS)] Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheAudicao.aspx?BID=95730>  
Acesso em 12 abr 2014.

JENCZAK, Dionizio. **Aspectos da relações homoafetivas à luz dos Princípios Constitucionais**. Editora Conceito Editorial: Florianópolis, 2008.

LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. In: Revista de Saúde Pública. Vol.18, no.5, São Paulo: 1984.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. Saraiva: São Paulo, 2008.

LEPARGNEUR, Hubert. Planejamento Familiar ou Controle de Natalidade? In: PEREIRA, R.; AEVEDO, J. C. (coord). **Direitos da Família**: uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: LTr Editora, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Vol. 5. Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 4º ed.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável. In: **Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Vol. 32, nº 98, p. 83-97, 2005.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MINYERSKY, Nelly. ¿Derechoal hijo/hija? In: HERRERA, Marisa (Coord.); CARLUCCI, Aída (dir). **La Familia em el nuevo derecho**. 1º ed. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra Editora Coimbra:2008.

MIRANDA, Jorge. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, JORGE. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa: uma visão comparativa**. Curitiba: Juruá, 2013.

MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2010. In: **O Direito/prop. Juridireito**. Vol. 143º, vol. I, Lisboa, 2011. p. 151-218.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume 1. **Direito Constitucional e Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005. 17 ed.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira. **Entre a mística dos sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OTERO, PAULO. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Editora ALmedina, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe Há só [uma] duas!:o contrato de gestação**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Homossexualidade**: análises mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PENA JR., Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003..

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**.. Lisboa: Aafdl, 2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Mãe Portadora – A problemática da maternidade de substituição. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

REMOALDO, Paulina Cristina Almeida. O passado, o presente e o futuro do planeamento familiar em Portugal. In: **Revista de Demografia Histórica**. Vol. XIX, n. I, 2001, p. 139-155.

Disponível em:  
<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23021/1/O%20Passado,%20o%20presente%20e%20o%20futuro%20do%20planeamento%20familiar.pdf> Acesso em 23 de janeiro de 2014.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união entre pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. In: SÁ, Maria de Fátima Freire (Coor.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. União de pessoas do mesmo sexo à luz do direito civil constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

TORRES, António Maria M. Pinheiro. **Em defesa dos Direitos de Família**: a Bioética. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 1999.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: **Revista Forense**, v. 271, n. 76; pág. 44/51, 1980.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WIDER, Robert. Reprodução Assistida. **Aspectos do Biodireito e da Bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. Direito Civil: Direito de Família, vol. 5. Saraiva: São Paulo, 2009.

WINTEMUTE, Robert. Igualdade na parentalidade de casais do mesmo sexo em Portugal: co-adoção e adoção conjunta. Págs. 129-153. In: ASSOCIAÇÃO ILGA PORTUGAL – Centro



## 8 ANEXOS

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias

e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

STJ. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011.

**Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

**O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**,  
no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

**CONSIDERANDO** a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

**CONSIDERANDO** que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

**CONSIDERANDO** que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

**CONSIDERANDO** que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

**CONSIDERANDO** a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

**RESOLVE:**

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro **Joaquim Barbosa**