



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2019

**BARRIGA DE SUBSTITUIÇÃO: AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE
CONSTITUIÇÃO FAMILIAR DOS CASAIS HOMOAFETIVOS**

Bruno Albuquerque Coelho - bruninhoac1997@hotmail.com

Alexandre Ribeiro da Silva - alexandreriroadv@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho visa analisar se o provimento nº 52 do CNJ e a resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina são suficientes para garantir aos casais homoafetivos o direito de efetivação ao instituto da barriga de substituição, ao buscarem a possibilidade de constituição familiar como uma alternativa diversa da adoção, sem que ocorra qualquer embaraço por sua condição sexual. A partir de tal análise, preconiza-se que pela ausência de caráter impositivo de lei, tais regulamentações evidenciam uma insegurança jurídica perante o ordenamento, ao passo que se baseiam em resoluções que, por si só, não suprem a demanda da proposta, tal como, da concretização do direito que fora consubstanciando, corroborando numa deficiência que necessita de resolutividade, uma vez que, num primeiro momento, ambas as previsões não são suficientemente eficazes de reverberar seus direitos e garantias, nos mesmos moldes, em situação isonômica aos dos casais heterossexuais.

Palavras-chave: Barriga de Substituição; Estruturação Familiar; Homoparentalidade; Igualdade; Efetivação de Direitos.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze whether CNJ's provision 52 and Federal Medical Council Resolution No. 2,168 / 17 are sufficient to guarantee homosexual couples the right to take over the institute of the surrogate, seeking the possibility of family constitution as a different alternative from adoption, without any embarrassment due to your sexual condition. From this analysis, it is argued that due to the absence of an enforceable nature of law, such regulations show a legal uncertainty in relation to the ordinance, whereas they are based on resolutions that, by themselves, do not meet the demand of the proposal, such as , of the realization of the right that had been substantiated, corroborating a deficiency that needs to be resolved, since, at first, both predictions are not effective enough to reverberate their rights and guarantees, in the same way, in an isonomic situation to heterosexual couples.

Keywords: Substitution Belly; Family Structuring; Homoparenting; Equality; Effectiveness of Rights.

INTRODUÇÃO

Vê-se hoje, com os avanços tecnológicos e médicos, para aqueles que pretendem constituir uma família a partir da realização de paternidade, o surgimento de formas diversas para buscar solucionar problemas biológicos e físicos antes intransponíveis, como a fertilização *in vitro* e a barriga de substituição.

Tais técnicas de reprodução assistida, além de dirimir as improbabilidades de constituição familiar entre casais heterossexuais, também abrem precedente para que os casais homoafetivos possam constituir famílias com prole biológica, ultrapassando a possibilidade única de parentalidade por adoção.

É possível observar que, no plano jurídico brasileiro, não há uma legislação específica sobre o procedimento da barriga de substituição, apenas o provimento nº 52 do CNJ que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos nascidos por reprodução assistida, e a resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina que aborda as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Neste sentido, o presente trabalho visa analisar se as referidas regulamentações são suficientes para garantir aos casais homoafetivos à utilização legal da barriga de substituição em situação isonômica aos dos casais heterossexuais.

Para uma melhor compreensão da problemática retratada, o trabalho se desenvolve mediante três capítulos. No primeiro capítulo é abordada a família homoafetiva e a homoparentalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo é problematizada a necessidade de se viabilizar a regulamentação da barriga de substituição no Brasil. Por fim, no terceiro e último capítulo, é discutida as dificuldades na utilização do instituto da barriga de substituição por casais homoafetivos no Brasil.

Como referência teórica, foi adotada a obra Direito Civil - Família e Sucessões do professor Wagner Inácio Freitas Dias. Para tanto, utilizou-se o método dialético e os métodos procedimentais, pesquisa dos julgados e jurisprudências, resoluções e enunciados, assim como também uma análise da doutrina para enfatizar a problemática que fora abordada.

1. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A HOMOPARENTALIDADE PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com base na investigação conceitual de família, é possível observar a ausência de um conceito definitivo do termo como instituição. Encontra-se, na verdade, uma pluralidade de conceituações tanto no campo social, como no campo jurídico, decorrente das constantes modificações a que se está sujeita até os dias de hoje.

Grande parte dos estudos acerca do tema sugerem que o termo família esteja ligado à ideia de uma célula básica da sociedade, razão pela qual existe certa necessidade em conceitualizá-la. Conviver em família sugere um trato social diferenciado, ao passo que, é na família que o sujeito estabelece as primeiras noções de coletividade. (FONSECA; WOLTMANN, 2013)

Pela forte influência histórica da igreja católica, viu-se por muito tempo no casamento a única forma de constituição familiar, negando assim o reconhecimento e efeitos jurídicos da união livre, mais ou menos estável, traduzindo esta posição inclusive, perante nosso ordenamento jurídico. (FONSECA; WOLTMANN, 2013)

Contudo, como mencionado anteriormente, o conceito de família é relativo, alterando-se continuamente e renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade e, assim, qualquer análise não pode prescindir de focar o sistema normativo em vigor. A família é uma realidade, um fato social, uma criação do homem.

Nos dias atuais, a visão de família já não é aquela formada apenas pela celebração de um casamento entre homem e mulher, mas sim uma família marcada por laços de afeto e valores mútuos.

Ao se pensar na família na atualidade, não se pode fugir de transformações relevantes que mudaram a sociedade, como a independência e luta pela igualdade da mulher e no modo de pensar na sexualidade humana, muito mais pelo campo do desejo, do que a simples condição biológica. Outros fatores adjacentes também influenciaram como a libertação do cidadão comum, conquistada com os avanços da ciência moderna, que impulsionaram o homem a manifestar-se fora dos padrões, buscando sua maneira pessoal de encarar o mundo, inclusive no âmbito familiar, com seu modo de expressar a afetividade e organizar a sua vida conjugal e sentimental.

A conceituação contemporânea de família oferece de plano, um paradoxo para a sua compreensão. O atual Código Civil, não a define, porém, apresenta uma definição

que considera membros da família pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. Conforme Dias (2016, p. 25) pode-se afirmar que

“[...] a família atual é proveniente das relações de união estável, do casamento e da estrutural monoparental. Esta listagem não esgota todas as possibilidades, mas tem a ampla aceitação doutrinária e legal (visto constar da Constituição Federal, art. 226).”

No que concerne à união estável esta será tão somente para a união entre pessoas (vide ADI 4277-DF), com o intuito de constituir família, já o casamento será um contrato de direito de família, formal, e extensivo, por conversão, aos casais homoafetivos. Outras formas de constituição familiar enxergam a família como um fato social, no qual não se pode listar um número fechado de possibilidades. Enfim, a estrutura monoparental é formada pelos filhos e um dos ascendentes diretos.

É notório que, a regulamentação das relações familiares no âmbito do Direito de Família vem sofrendo uma série de alterações nos últimos tempos, fruto de profundas mudanças sociais, bem como do desaparecimento de determinados dogmas e princípios, antes considerados inabaláveis. (FONSECA; WOLTMANN, 2013)

Ainda neste campo, embora não mencionados no ordenamento, há as relações ou uniões homoafetivas, fenômeno importante no campo do Direito de Família moderno.

1.1. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO BRASIL

Necessário se torna averbar que na data de 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, exercera seu papel de defensor constitucional, uma vez que este corrigira uma injustiça que permeava no ordenamento jurídico brasileiro pelo legislador ser omissivo, evidenciando um grave déficit na legislação por não andar em consonância com a atualidade, a qual conferiu aos casais homoafetivos o direito à união estável. Tal decisão fora proferida no julgamento da ADI 4277-DF e ADPF 132-RJ.

Cabe ressaltar que, anteriormente a união estável era conferida tão somente aos casais heterossexuais, sendo um direito exercido apenas na relação entre um homem com uma mulher, em razão do que dispunha o art. 1.723 do Código Civil.

Para tanto, o STF acabou por afastar a expressão intrínseca de forma uníssona

entre “homem e mulher”, permitindo desta forma, uma interpretação mais extensiva no que concerne aos casais do mesmo sexo. No prolapado julgamento, o relator Ministro Ayres Britto, em seu voto, assim abordou a legitimidade constitucional da união homoafetiva

“E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”. (STF, 2013, p.22, on-line)

De tal forma, se evidencia que ao negar a um indivíduo o pleno exercício do gozo de seus direitos como cidadão comum, vinculada à sua vontade única, a qual deve ser respeitada, ou até mesmo sua condição sexual, esta questão constitui uma grave violência contra o próprio indivíduo no que tange a sua dignidade, por afetar sua individualidade e seu modo de ser, pensar e agir, o que atinge, inevitavelmente, sua própria natureza humana.

Neste entendimento, a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 226 a pluralidade de entidades familiares, uma vez que o legislador constituinte não determinou uma forma de hierarquia entre as demais, de acordo com sua forma de constituição. Abstiveram-se de conceituar o que é família perante nosso ordenamento jurídico, deixando à praxe forense, adequar às variadas constituições familiares e suas relações cotidianas ao modelo familiar, amparado pelos princípios constitucionais que as regem.

Nota-se que as relações entre pessoas do mesmo sexo que são regidas mediante o amor, respeito e harmonia, preenche os requisitos basilares da Constituição Federal em vigor, uma vez que anda em consonância com o reconhecimento da abrangência de constituição familiar, consagrando a afetividade e os laços construídos por tais relações, como um extenso e respeitável valor jurídico.

Deste modo, não há de se falar que não esteja caracterizada uma forma de união estável, mesmo diversa da costumeira e tradicional. Assim sendo, podendo ser concedido a ela, todos os efeitos legais, inclusive aqueles de natureza sucessória, o que

simboliza um grande avanço.

No mesmo entendimento, Girardi (2005, p.50) explica

"[...] com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que as necessidades humanas no plano da realização da personalidade e, em decorrência disso, da sexualidade, não são isonômicas, e que as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares de mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares e, dessa forma, não seria mais possível se deixar de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união."

Esta forma de abrangência da constituição familiar baseada nos laços afetivos, sendo tão almejada, fora a ratificação de preceitos trazidos juntamente com a nova Carta Magna Brasileira. Ademais, por prescindir e efetivar uma revolução política e cidadã, com a redemocratização e o ensejo da liberdade individual de cada ser, a Constituição Federal, também modernizou o direito privado brasileiro, essencialmente no que concernem as normas do direito de família e esse entendimento caminha neste sentido.

Visto isso, além dos demais órgãos presentes do Poder Judiciário, a Administração Pública tem papel fundamental de andar em consonância com a decisão do STF, uma vez que são vinculadas, a qual deve agir de maneira a facilitar o reconhecimento dessas uniões, até mesmo, em virtude de caráter constitucional, facilitar sua conversão em casamento. No mesmo sentido, Dias (2016, pag. 26 e 27) aponta:

“Compreende-se a família como um lugar da busca pela felicidade, já reconhecida esta pela ONU, através de Resolução de 19.07.2011, como um objetivo fundamental para os Governos e para toda a humanidade, não se pode enclausurar os meios de se alcançar a felicidade em limites previa e heteronomamente definidos. Uma outra forma mencionada sem exclusão de qualquer outra sera: Família Homoafetiva - com o reconhecimento pelo STF, na Adin 4277 DF, da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo e pelo STJ no REsp nº 1183378 que, pela sua 4ª Turma, entendeu ser possível a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo (além do Enunciado CJF 526). O cabimento de tal tema em Direito de Família é defendido no Enunciado CjF 524.”

Neste aspecto, pode se entender que uma relação não discriminada, pública e protegida por lei, pode levar os sujeitos de orientação homoafetiva a assumirem um compromisso socialmente respeitado, saindo assim da clandestinidade e angústia. Em conformidade a esta questão, registra-se o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, desse modo concedendo aos parceiros direitos e deveres semelhantes ao casamento. Segundo o Supremo Tribunal Federal (2011, n.p, on-line) "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica".

Isto posto, quando pensa-se em sexualidade mediante uma visão constitucional moderna, deve-se analisar e aprofundar a liberdade individual de cada ser para seu desenvolvimento em si, tal como da própria liberdade que este adquire através das relações e laços construídos ao longo de sua vida.

Necessário se torna enfatizar que a ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual, por intermédio do entendimento de ser uma condição sexual, é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada ser inclui em sua essência, a orientação sexual, e, por conseguinte, prescindir o respeito e a proteção perante a sociedade, e evidentemente, pelo ordenamento jurídico em vigor.

Neste afã, a Constituição Federal veda veemente qualquer tipo de preconceito e discriminação contra a orientação sexual, uma vez que não se trata de uma escolha e sim de uma condição, o qual todos têm o direito de ser o que se propuseram, sem quaisquer resquícios de intolerância ou embaraços, seja pela figura da sociedade, quanto pelo nosso próprio ordenamento jurídico, uma vez que a mesma confere igualdade de qualquer natureza, inclusive igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual.

A entidade familiar com base na homoafetividade é uma construção familiar fundada no afeto, no amor, na sexualidade e na liberdade como expressões máximas da dignidade do indivíduo.

1.2. A HOMOPARENTALIDADE

Por conseguinte, o exercício pleno do direito de exercer a paternidade por essas entidades familiares homoafetivas¹ não pode e não deve ser restrito, uma vez que é

¹ Essa noção também é definida nas palavras de Farias e Maia (2009, p.68) ao afirmar que "O conceito de homoparentalidade diz respeito à capacidade de pessoas com orientação sexual homossexual exercerem a parentalidade".

tutelado por guarida constitucional. Sobre a paternalidade exercida por casais homoafetivos, descreve Zambrano (2006, p.10)

“homoparentalidade é um neologismo criado em 1996 pela associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL), em Paris, nomeando a situação na qual pelo menos um dos adultos que auto designe homossexual, é (ou pretende ser) pai ou mãe de, pelo mínimo uma criança.”

O uso desse termo transfere à orientação sexual (homoerotismo) dos pais, associando o mesmo aos cuidados com os filhos (parentalidade). O seu emprego se justifica pela necessidade de colocar em evidência uma situação cada vez mais presente na sociedade atual, nomeando assim um tipo de família, dando a ela sua real existência.

A realidade da Homoparentalidade deve ser entendida em dois caminhos distintos possíveis: por adoção e por meios reprodutivos, seja naturalmente ou artificialmente. Por adoção já não encontra ressalva, sendo mais usual. Uma vez que os critérios que norteiam o instituto da adoção sejam atingidos, a legislação pátria não cria qualquer impasse pela orientação sexual dos adotantes e não apresenta nenhuma restrição quanto à adoção homoparental².

Neste pensamento, no que concerne às escolhas particulares e individuais de cada ser humano, o Estado dispõe certa imparcialidade na busca de cada pessoa a sua felicidade nas escolhas de construção familiar que melhor lhes enquadrem e, neste sentido, as famílias homoparentais devem ser vistas como uma entidade familiar digna de tutela ao preencherem os requisitos comuns às outras famílias de afetividade, estabilidade e zelo paternal. Negar a este novo molde familiar os laços de parentesco é negar a existência de um vínculo de amor construído entre os envolvidos na adoção.

Contudo, vale salientar que os casais homoafetivos, sejam homens ou mulheres, devem também gozar dos direitos de parentalidade seja por meios reprodutivos, de maneira natural ou artificial. Por isso, questiona-se o direito à utilização da barriga de substituição para a tais casais.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA BARRIGA DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

² O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 - ECA aduz em seu art. 42 que “podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil, nada argumentando sobre a orientação sexual dos adotantes”.

A barriga de substituição também conhecida como "barriga de aluguel", é um tratamento médico utilizado para casais impossibilitados de engravidar, os quais se valem de um novo útero cedido de forma temporária para a reprodução assistida.

Tal tratamento, se efetiva de forma simples por uma clínica de reprodução assistida de confiança e envolve o casal que deseja a paternidade e uma terceira pessoa, uma mulher, que cederá de forma temporária seu útero. Assim o casal doará seus gametas, que serão fecundados via fertilização *in vitro*, e implantados no útero da mulher que gerará o bebê.

A barriga de substituição será indicada nos seguintes casos, conforme o Inciso VII, da resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina (2017, p. 73, on-line)

“Quando as mulheres passarem por histerectomia (houver a retirada do útero); quando apresentarem defeitos congênitos como malformações uterinas ou alterações que impeçam a gravidez; quando se encontrarem com doenças maternas com alto risco de morte durante a gestação, como doenças cardíacas, pulmonares ou renais graves; quando ocorrerem inúmeras falhas de tratamentos anteriores, no qual mesmo com transferência de embriões, não há gestação; e por fim, aos casais homoafetivos que desejem, muito embora a resolução não estabeleça qualquer procedimento avaliativo do casal ou critério para tanto.”

Tal prática é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro unicamente pelo Conselho Federal de Medicina através da norma do CFM (resolução CFM 2.168/17). Em termos legais, não há qualquer lei específica que disponha sobre a prática da barriga de substituição e sem esta força normativa, a lacuna legal abre brechas e causa insegurança jurídica tanto aos pacientes quanto aos profissionais da saúde.

Sobre os requisitos do procedimento, a resolução supracitada é explícita ao dizer que a cessão temporária do útero tem de ser efetivada de forma livre e consentida pela parte cedente, conforme documentos exigidos para tal procedimento, como consta na resolução CFM 2.168/17, no o Inciso I, art. 4º e Inciso VII, art. 3º (2017, p.73, on-line)

“I - PRINCÍPIOS GERAIS:

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos

médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético.

O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.”

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico - puerperal, bem como aspectos legais da filiação;”

Imprescindível destacar que não se é permitido gerar uma relação de comércio mediante tal prática, ou seja, com o intuito de se obter lucros, conforme a norma do conselho profissional, Inciso VII, art. 2º da resolução CFM 2.168/17 (2017, p. 73, on-line) “VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) 2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.

Necessariamente, a mulher que será a doadora temporária do útero deve ser parente de primeiro grau com sua mãe ou filha; em segundo grau com sua avó ou irmã; em terceiro grau com sua tia ou sobrinha; ou em quarto grau com sua prima.

Há também a possibilidade da mulher cedente do útero não ser familiar a partir de um requerimento a ser realizado no Conselho profissional, que autorizará a clínica a realizar o procedimento. Neste caso, será necessária uma avaliação psicológica da pessoa que está cedendo seu útero de forma temporária, para efetivação da barriga de substituição, assim como esta deverá passar por exames antes da concretização da concepção do feto.

No que concerne à utilização dos pares homoafetivos do instituto da barriga

solidária³, a cessão do útero deve ser voluntária e por altruísmo de um familiar, tal como, conforme se encontra supracitado no Inciso VII da resolução CFM 2.168/17 (2017, p. 73, on-line)

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
(CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida 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, em união homoafetiva ou pessoa solteira.”

Neste caso, é patente que a Resolução demonstra-se vaga e indeterminada quando se trata de procedimentos envolvendo a homoparentalidade, deixando a critério do médico, o que destoa no que diz respeito à igualdade e dignidade dos casais homoafetivos, que ficam a mercê de decisões subjetivas e morais, conforme o Inciso II, art. 2º da resolução CFM 2.168/17 (2017, p. 73, on-line)

“II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico”.

Tal resolução mostra-se, de certa forma contraditória, pois vai na contramão ao próprio entendimento de dignidade e isonomia conquistados pelos casais homoafetivos quando do reconhecimento da união estável e do casamento, uma vez que não apresenta qualquer requisito ou direito putativo pelos mesmos, que ficam a mercê de profissionais dispostos a realizar o procedimento. É o que se passará a problematizar.

3. AS DIFICULDADES NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA BARRIGA DE SUBSTITUIÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

Com base em estudos direcionados ao presente tema, é possível observar que a resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina que aborda acerca das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, se mostra insuficiente para

³ No Brasil é conhecida erroneamente como barriga de aluguel, pois a mercantilização do procedimento pela medicina é ilegal.

reverberar o direito dos casais homoafetivos de se valerem do instituto da barriga de substituição para constituição familiar, ao passo que apresenta deficiências que já deveriam estar sanadas.

Conforme trabalhado anteriormente, apesar do grande avanço a partir da previsão expressa de utilização da barriga de substituição por casais homoafetivos para o alcance da homoparentalidade, são patentes as brechas na resolução nº 2.168/17 do CFM, e no ordenamento jurídico, causando uma insegurança legal, tanto aos pacientes homoafetivos quanto aos profissionais da saúde.

Primeiramente, sobre a possibilidade de o médico negar-se a realizar o procedimento por objeção, previsto no inciso II, do art. 2º: da resolução do Conselho Federal de Medicina, tal expediente se trata de preceito meramente preconceituoso, sem respaldo lógico qualquer, abrigado sob uma pretensa liberdade sobre a objeção de consciência.

A objeção de consciência é uma recusa prevista legalmente ao cumprimento dos deveres profissionais incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas. Significa a soma de motivos subjetivos alegados pelo profissional, no caso o médico, “numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente” (BUZANELLO, 2001, p. 3, on-line). Como autodeterminação consciente da vontade individual, a objeção de consciência opera como sinônimo de livre arbítrio e tem natureza moral personalíssima, como as decisões relativas ao aborto, à realização de transfusão de sangue ou operação em doentes terminais, etc. (BUZANELLO, 2001, on-line)

Todavia, parece contrassenso garantir ao médico uma negativa de prestação de atendimento médico com base em preconceito, por não concordar com a condição sexual de outrem, no caso da homoafetividade. Ou seja, se presente a objeção do profissional de saúde, como em outros casos, somente se justificaria quando se apresenta possível risco ao paciente ou prejuízo aos envolvidos no caso da barriga de substituição. A objeção de consciência não deveria ser usada como albergue de discriminação ou escusa de prestação médica a quem necessita.

A Resolução deveria tão somente, prescindir de forma intrínseca, os mecanismos fundamentais que regem o procedimento de fertilização e a viabilidade do mesmo, em sentido médico, que devem ser respeitados e analisados para sua efetivação.

Visto isso, necessário se torna viabilizar que a figura do médico não tem que ter qualquer influência ou poder, no que concerne a efetivação do procedimento, uma vez

que estaria entrando em contradição, no que diz respeito a dignidade da pessoa humana, tal como, da igualdade de se valer de um direito positivado mediante tal regulamentação.

Por meio de um breve estudo e análise de outras realidades internacionais, pode-se perceber que há uma profunda distinção moral acerca dos procedimentos da barriga de substituição, não apegadas ao moralismo conservador como no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, há a possibilidade da "barriga de aluguel", bem como a compra de gametas, escolha de características fenotípicas e sexagem. Segundo Munhoz (2019, on-line)

"Na Califórnia, é possível, ao escolher o gameta masculino, ouvir a voz do doador, saber o QI dele, escolher a cor dos olhos, etc. É um mercado como qualquer outro. Na Europa também há uma maleabilidade maior. Na Dinamarca, por exemplo, há uma naturalidade de exclusão de bebês com síndrome de down".

A advogada Maria Berenice Dias (2017, n.p, on-line), especialista em Direito de Família, afirma ser a favor da permissão da prática da "barriga de aluguel", já que a pessoa que cede a barriga vai ser submetida a um procedimento com risco de vida, além de uma situação repleta de restrições que a gestação implica. Segundo Dias (2017, n.p, online) "Não há motivo para não ser uma prática remunerada, como é em vários países do mundo. Trata-se de um preconceito conservador".

Ainda dentro da proposta discutida, a legislação de Portugal no que concerne a previsão da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Art. 6.º e 8.º – Lei de Procriação Medicamente Assistida⁴ nos diz em seu artigo 1.º que podem recorrer às técnicas da barriga de substituição

“os casais de sexo diferentes ou os casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em

⁴Artigo 6.º

Beneficiários

1 – Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferentes ou os casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual.

2 – As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Artigo 8.º

Maternidade de substituição

1 – São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

2 – Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3 – 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".

condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual” (PORTUGAL, 2006, n.p, on-line)

Neste sentido, entende-se que não se abre qualquer possibilidade à objeção de consciência médica, reconhecendo o direito intrínseco dos casais homoafetivos à paternidade, respeitando, portanto a igualdade indistintamente em relação à condição sexual.

E justamente apontando essas realidades internacionais distintas do Brasil, fica patente a omissão do Poder Público perante os casais homoafetivos que desejam a homoparentalidade através da barriga de substituição. Como se trata de uma resolução de um conselho de categoria profissional, ignorando inclusive os defeitos apontados, a previsão da utilização da barriga de substituição por casais homoafetivos não possui força normativa por não estar albergado por qualquer legislação.

Ou seja, com base na resolução não é cabível a exigibilidade de adoção do procedimento da barriga de substituição por esses casais em clínicas de fertilização em geral. Porquanto, somente aquelas que assim desejarem e pelo preço que elegerem, podem realizar o procedimento clínico, o que encarece e impossibilita o acesso a um público maior de casais pela modalidade.

De certo modo, a falta de legislação e a vagueza da resolução do CFM é obstáculo tão insidioso quanto encontrar uma “barriga solidária” que se disponibilize a ceder seu corpo ao casal homoparental que acaba por só encontrar viabilidade pela adoção comum - que tem todos os méritos indiscutivelmente – limando a oportunidade de paternidade por fertilização *in vitro* com material genético de um dos pais, o que não ocorre aos casais heterossexuais.

Em contrapartida, o provimento nº 52 do CNJ apresenta tímidos avanços nos direitos dos casais homoafetivos, pois reconhece a necessidade

“de uniformização em todo território nacional do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, de casais heteroafetivos e homoafetivos”. (CNJ, 2016, n.p, on-line)

Perfaz-se viabilizar, no que concerne o provimento nº 52 do CNJ, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, que o mesmo demonstra por intermédio de sua previsão, a

possibilidade jurídica dos casais heterossexuais ou homoafetivos de se valerem do instituto da barriga de substituição mediante técnicas de reprodução assistida, no caso da fertilização *in vitro*. Expressamente

“Considerando a necessidade de uniformização em todo território nacional do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnica de reprodução assistida, de casais heteroafetivos e homoafetivos.

Resolve:

Art. 1º. O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento.

§ 2º Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 2º. § 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem;

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento”. (CNJ, 2016, n.p, on-line)

Ainda, o mesmo provimento enfatiza em seu Art. 2º §1º, que a doação dos gametas ou da gestação por substituição, deverá ser realizada de forma espontânea e consentida pela parte cedente do útero, a qual será realizada de forma temporária para efetivação do direito que se consubstanciou. (CNJ, 2016)

Compete ressaltar, que tal resolução garante aos filhos de ambos os casais, uma

uniformização no que tange o registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão, não havendo a necessidade, observando a legislação em vigor, prévia autorização judicial para efetivação do direito que fora consubstanciado, sendo tão somente imprescindível, o comparecimento de ambos os pais, seja do casal heteroaferivo ou homoaferivo, munidos da documentação exigida por este provimento. (CNJ, 2016)

Assim, como a resolução do CNJ enfatiza, deve-se ter uma isonomia no que concerne o direito de utilização ao instituto da barriga de substituição, nos mesmos moldes e garantias fundamentais para efetivação da constituição familiar, seja para os casais heterossexuais ou homoaferivos, não havendo de se falar em desigualdade perante os seus direitos.

CONCLUSÃO

Destarte, como fora amostrado na discussão acerca da análise das referidas regulamentações, ambas evidenciam uma insegurança jurídica perante nosso ordenamento, as quais por si só, não são suficientes para garantir aos casais homoaferivos à utilização legal do instituto da barriga de substituição em situação isonômica aos dos casais heterossexuais.

Necessário se torna dizer que, se deve consubstanciar uma legislação específica acerca do tema, pois se tornou tangível que a resolução do provimento nº 52 do CNJ se trata de uma decisão favoravelmente precária, assim como da resolução nº 2.168/17 do CFM, em que ambas, ao atuarem numa conjectura para uma maior efetivação do direito em si, não são suficientes para reverberar os direitos dos casais homoaferivos, assim como dos casais heterossexuais. Tais regulamentações por não demonstrarem um caráter impositivo de lei, evidenciam um déficit que poderia estar sendo melhor trabalhado no sentido de ser solucionado e/ou sanado, logo pois é tão essencial um respaldo legal com um maior amparo.

Imprescindível destacar, que pela falta de regulamentação específica com força impositiva de lei, sem oferecer um respaldo legal acerca do tema que aqui fora discutido, o ordenamento jurídico se baseia em resoluções que por si só, não suprem a demanda da proposta, tal como, da efetivação do direito em si.

É válido resgatar que há, em detrimento de determinados países, uma

regulamentação específica acerca da problemática trabalhada, em que se é permissível tal prática no que se diz respeito à utilização do instituto da barriga de substituição no Brasil, conseguindo-se assim, um melhor amparo e amplitude no que concerne uma isonomia de direitos e garantias, assim como, da efetivação do instituto, uma vez que tal método se dá com a finalidade de constituição familiar.

Finalmente, observa-se que, por mais que venha ocorrendo avanços legais no que tange a possibilidade jurídica de efetivação mediante tal instituto, seja pelos casais heterossexuais, assim como os homoafetivos, a legislação ainda é falha ao prescindir uma maior igualdade impositiva e objetiva nos direitos de ambos, nos mesmos moldes que os regem, viabilizando uma omissão perante o ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** nº 132/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, 2 dez 2013 . Disponível em: <<http://http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade** nº 4277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, 2 dez 2013 . Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633&pgI=21&pgF=25>> . Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relator vota pela equiparação da união homoafetiva estável à entidade familiar**. Brasília, 04 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>> Acesso em: 11 nov.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Brasília, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BUZANELLO, José Carlos. **Objecção de consciência: uma questão constitucional**. Brasília a. 38 n. 152 out./dez. 2001. Disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/730/r152-13.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 12 nov. 2019.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 52 CNJ. **Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida**. Ministra Nancy Andrighi. 14 mar 2016. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nversao=1

&so_miolo= Acesso em: 12 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida**. Resolução 2.168/17. Publicada no DOU em 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 nov 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A família Homoafetiva e seus direitos**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://mariaberenice.com.br/index.php>> Acesso em: 11 nov. 2019.

DIAS, Wagner Inácio Freitas. Coleção - **Resumo para Concursos: Direito Civil Brasileiro, volume 6: Família e Sucessões** - 3º edição - Salvador - Bahia: JusPODIVM, 2016.

FARIAS, M. O.; MAIA, A. C. B. **Adoção por Homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

FONSECA, Nadja Santos da; WOLTMANN, Angelita. **Barriga de Aluguel entre casais homoafetivos: Como o Direito Brasileiro e a Bioética reagem a esses casos? REVINT - Revista Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão**, vol.1 - nº1, 2013, on-line, arquivo pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

GIRARD, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica de Adoção Por Casais Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MUNHOZ, Luciana. **Barriga solidária é alternativa para quem não pode engravidar, mas há lacuna legal**. 10 mai. 2019, on-line. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI302057,91041-Barriga+solidaria+e+alternativa+para+quem+nao+pode+engravidar+mas+ha>> Acesso em: 12 nov. 2019.

PORTUGAL. **Lei de Procriação Medicamente Assistida (PMA)**. Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Art. 8º — disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=> Acesso em: 12 nov. 2019.

SCHEFFER, Bruno. **Barriga de Aluguel ou Útero de Substituição: como funciona?** 12 jun. 2017, on-line. Disponível em:<<https://www.ibrra.com.br/barriga-de-aluguel/>> Acesso em: 12 nov. 2019.

ZAMBRANO, Elizabeth. **O Direito à Homossexualidade-** Cartilha sobre famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre. IAJ- Instituto. Acesso à Justiça, 2006.