

REPERCUSSÃO JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA FEMININA E O ADVENTO DA “GESTAÇÃO COMPARTILHADA”: UMA ABORDAGEM DO CONFLITO DA MATERNIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Luciana Cláudia Mendes Francês¹
Luciana de França Oliveira Rodrigues²

Resumo: O conceito de dignidade da pessoa humana, princípio corolário da Constituição Brasileira, vem sendo relativizado frente às evoluções sociais, causando constante repercussão no mundo jurídico. A partir do reconhecimento, pela Suprema Corte, da união estável homoafetiva, surgem novos desafios aos operadores do Direito no que tange aos desdobramentos legais advindos desta modalidade de sociedade conjugal, que deve ser amparada pelo ordenamento pátrio, com base nos fundamentos constitucionais. O objetivo deste estudo é apresentar o conceito da chamada “gestação compartilhada”, normatizada pelo Conselho Federal de Medicina, e do conflito de maternidade que possa dela advir, além de introduzir as possíveis discussões jurídicas decorrentes da sua implementação, a partir da ausência de norma legal expressa mediante lacuna do ordenamento jurídico vigente. Outros estudos serão necessários para aprofundar o tema, e pacificar possíveis controvérsias advindas da constatação destas novas normativas sociais, no que tange ao reconhecimento das famílias homoafetivas, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; união estável homoafetiva; gestação compartilhada; conflito de maternidade.

Abstract: The concept of dignity of the human person, a corollary principle of the Brazilian Constitution, has been relativized due to social evolution, leading to constant repercussions in the legal world. As a result of the recognition, by the Supreme Court, of the stable homoaffective union, new challenges arise for legal operators when it comes to the legal consequences related to this type of conjugal society, which must be supported by the country's legal system, based on constitutional grounds. The objective of this study is to present the concept of the so-called "shared pregnancy", normalized by the Federal Medical Council, and of the maternity conflict that may occur, and to introduce the possible legal discussions resulting from its implementation, due to the absence of a legal expressed norm through a lacuna in the current legal system. Other studies will be necessary to deepen the theme, and to pacify possible controversies arising from the appearance of these new social norms, regarding the recognition of homoaffective families, in the light of the principle of the dignity of the human person.

Keywords: dignity of the human person; stable homoaffective union; shared pregnancy; maternity conflict.

¹ Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM

² Pós doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Messina; doutorado em Direito pela Universidade Veiga de Almeida; mestrado em Direito pela Universidade Iguazu; pós graduação lato sensu em docência do ensino superior pela Universidade Iguazu, Direito Civil e Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes e Direito Ambiental pela faculdade Signorelli, além de graduação em Direito pela Universidade Iguazu. Atualmente é coordenadora e professora do curso de Direito da Universidade Iguazu e professora do Centro Universitário Abeu e do Centro Universitário de Barra Mansa. Atua principalmente na área de Direito Civil, Administrativo e Tributário. É advogada desde 2001.

INTRODUÇÃO

As constantes mudanças sofridas pela sociedade nos últimos tempos trazem à tona inúmeras discussões relativas à necessidade de pacificação e normatização de condutas sociais. O posicionamento jurídico e amplo debate doutrinário acerca dos desafios legais originários destas mudanças sociais são necessários para minimizar a judicialização de causas que, a todo modo, surgem da evolução natural da sociedade.

Neste diapasão, imperativo afirmar que o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo ordenamento brasileiro é um dos grandes temas desafiadores aos operadores do direito, no que tange ao deslinde das inúmeras questões decorrentes da sua pacificação, seja no âmbito familiar, sucessório, previdenciário, cível, entre outros. Encontra-se enraizado neste tema o conceito de Dignidade da pessoa humana, que, por si só, norteou a equiparação de Direitos entre tais indivíduos, corroborando a importância deste princípio constitucional, e sua evolução interpretativa em face das mudanças sociais crescentes e inevitáveis.

Nesta linha de raciocínio, este estudo apresenta a instituição da “gestação compartilhada”, normatizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em face da lacuna jurídica relativa ao advento da reprodução assistida, e sua revolucionária escolha pelos casais homoafetivos femininos que, a despeito de não serem inférteis, optam por este recurso médico para constituição de prole, mediante reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O tema é de suma importância, pois introduz a discussão relativa ao conflito de maternidade, e às suas repercussões legais em diversos ramos de direito, demonstrando que novos estudos são necessários para aprofundar e pacificar normativas jurídicas que irão afetar não só os indivíduos envolvidos, mas também a sociedade como um todo.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA A PARTIR DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

Com a evolução dos tempos e a constante mudança no entendimento jurídico acerca de temas fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, surgem novos desafios jurídicos a serem transpassados e pacificados, não obstante o constante aprimoramento em nossa sociedade do raciocínio jurídico e uniformização de procedimentos na esfera judiciária. Pressupõe-se que a interpretação do conceito

de dignidade da pessoa humana deva ser objetiva, clara e operacional, no intuito de tornar possível a melhor interpretação jurídica caso a caso. Nestes termos, tornar a dignidade da pessoa humana uma ferramenta valiosa na busca da adequada realização da justiça é objetivo final de qualquer aplicador do Direito. No entanto, “em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já sustentaram a inutilidade do conceito, referido como ilusório e retórico” (BARROSO, 2010, pp. 8-9). Imenso desafio se mantém no dia a dia do operador do Direito para manter acesas as chamas deste conceito fundamental, quando a acepção mais contemporânea do tema em litígio recua o entendimento, e confronta-se com o interesse da parte, que considera violado seu direito e sua dignidade.

A homoafetividade e o direito à formação de família juridicamente protegida têm acirrado as discussões acerca do tema de forma crescente, uma vez que, na raiz da concepção de direito à dignidade da pessoa humana, encontra-se fundada a premissa de que tal princípio garante a todos o direito à felicidade. Entende-se que a sexualidade humana não constitui escolha, mas sim característica individual, personalíssima, devendo ser respeitada em sua individualidade e complexidade (VECCHIATTI, 2012). Todas as pessoas humanas devem ter exatamente os mesmos direitos, e a união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo tem sido fruto de infindáveis discussões jurídicas, posto que a aceitação desta união por parte dos doutrinadores e na esfera judiciária traz à tona repercussões ainda não pacificadas, gerando necessidade de aprofundamento do tema no meio jurídico. É por meio da dignidade da pessoa humana, alicerce concreto do direito fundamental à liberdade, neste incluso o direito subjetivo à liberdade de orientação sexual, que a nova concepção de família será gestada (FACHIN, 2008). A colocação das uniões homoafetivas em condição de inferioridade em direitos em relação às uniões heteroafetivas configura afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a partir do momento em que as uniões homoafetivas têm o elemento protegido pelas leis do casamento civil e da união estável, que é a comunhão plena de vida e interesses, de caráter público, contínuo e duradouro, devem ser aceitas como institutos protegidos pelo ordenamento jurídico à luz do fundamento constitucional maior da dignidade da pessoa humana. Enquadrar hoje as uniões homoafetivas dentro do âmbito da família é mais do que uma questão constitucional, trata-se de uma postura ética (ALESSI, 2011). Conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Especial 898960 (2017):

A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento

jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade [...]; o indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

Historicamente, no Direito brasileiro, tem-se que a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhecendo a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva é datada de 2 de setembro de 2008, no Recurso Especial 820.475/RJ, por analogia. Neste julgado, o STJ afirmou que, provados os requisitos legais, deve ser aplicado o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas:

A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o procedimento do feito. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens e duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

Em 5 de maio de 2011, por fim, o STF, em julgamento da ADI 4277, e através de seu relator Ministro Ayres Britto, reconheceu que a união homoafetiva é uma entidade familiar e, portanto, merecedora de proteção do regime jurídico da união estável, quando há os requisitos legais de publicidade, continuidade, durabilidade e intuito de constituir família. Nesta decisão, foi atribuída interpretação, conforme a Constituição, ao art. 1723 do CC/2002 para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Após esta decisão paradigmática do STF, não houve nenhum outro julgado no STJ que tenha negado a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, atribuindo-se a esta decisão efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Tal evolução jurídica, por assim dizer, exemplifica a abrangência do conceito de dignidade da pessoa humana, trazendo consigo a consolidação deste princípio fundamental, fundada na isonomia de direitos entre cidadãos, combate ao preconceito e racismo, respeitando-se a individualidade e intimidade dos casais homoafetivos, e repercutindo diretamente nos ramos de direito de família e sucedâneos.

2 A UTILIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS EM VIGÊNCIA DA NOVA NORMATIVA JURÍDICA

Ninguém ignora o fato de que a opção por gerar um filho, quando programado, é comum acordo do casal que estipulou comunhão plena de vida, quase sempre mediante estabelecimento de casamento ou de união estável. Tal decisão gera o estabelecimento de vínculo eterno entre os participantes da relação, que coadunam com a decisão de criar e educar a prole segundo suas crenças e valores, em comum acordo.

Também se sabe que, nos casos de união entre um homem e uma mulher, os descendentes diretos (filhos naturais) carregam consigo carga genética de ambos os cônjuges, o que, por si só, leva a concluir que, em caso de separação do casal, ambos têm os mesmos direitos e deveres na continuidade da criação e sustento da prole.

A partir do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, várias são as situações que trazem à tona discussões voltadas ao reconhecimento de paternidade e maternidade dos filhos que advêm desta união legalmente reconhecida. Assim:

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Está-se à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças (DIAS, 2010, p. 20).

A chamada “reprodução assistida”, portanto, tem sido utilizada cada vez mais em casais homoafetivos com intuito fundamental de constituir família, à luz do conceito de dignidade da pessoa humana, quando se reconhece a igualdade de direitos entre os casais hétero e homoafetivos. O casal homoafetivo obviamente encontra óbice para a gestação natural, uma vez que são detentores dos mesmos gametas, motivo pelo qual a fertilização *in vitro* heteróloga tornou-se a opção escolhida por esses casais para a concepção.

Entende-se por reprodução assistida como sendo um conjunto de técnicas, utilizado por médicos especializados, que tem como principal objetivo viabilizar a gestação em casais com dificuldade ou impossibilidade de engravidar. As diferentes variantes técnicas da reprodução assistida podem ser reunidas em dois grupos: as

mais antigas e mais simples, nas quais a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, chamadas de *inseminação artificial*, e as técnicas mais modernas de reprodução assistida, nas quais a fecundação se dá fora do corpo da mulher, que passam pelo procedimento de *fertilização in vitro (FIV)*. Caso os gametas (óvulo e espermatozoide) utilizados sejam do próprio casal, é chamada de inseminação homóloga; caso um ou ambos os gametas sejam obtidos a partir de doadores anônimos, tem-se a inseminação heteróloga (SILVA, 2017, *online*).

Há que se ressaltar as consequências desta nova realidade jurídica trazida pelo reconhecimento da união homoafetiva no âmbito de direito de famílias, sucessões, previdenciário e afins. Por se tratar de um tema extremamente atual, o embasamento teórico existente é restrito a algumas obras, ainda bastante focadas em discutir a chamada “cessão temporária do útero”, nos casos de inseminação homóloga. Tal expressão é utilizada em situações em que um casal, infértil, opta pela chamada “barriga solidária”, na qual, em um acordo bilateral, a “mãe substituta” passa pelo processo gestacional, entregando o bebê, após o nascimento, ao casal solicitante, que detém a carga genética transferida à criança, portanto, considerados pais biológicos. A “gestação de substituição” ou “cessão temporária do útero” está prevista na Resolução n. 2168/2017 do CFM, que prevê a necessidade da doadora genética ter parentesco com a doadora temporária do útero até o quarto grau. Estabelece, ainda, que tal cessão não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, e somente poderá ocorrer nas hipóteses em que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética.

Nesta formulação pelo CFM somente seria possível pensar em gestação de substituição quando a mãe biológica encontrar-se comprometida com alguma doença ou não consegue desenvolver a gestação até o final. Trata-se aqui de preservar o direito à saúde e, ainda assim, o direito à escolha da família e paternidade responsável. Assim, no caso da gestação de substituição, tem-se a maternidade dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre a outra mulher, que será a mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez que é impossível para a mãe genética. Desta feita, a mãe hospedeira renuncia à sua maternidade em favor da pessoa que cedeu o material genético. Em regra, atribui-se a maternidade da criança à doadora do material genético, pois, caso fosse considerada descendente da cedente do útero, poderia aquela ajuizar ação de investigação de paternidade/maternidade, na qual se constataria o vínculo genético da criança, culminando inclusive no reconhecimento dos efeitos sucessórios daí decorrentes (ABREU, 2008). É imperioso ressaltar que, nestes casos, o material

genético da criança é, em regra, de ambos os polos do casal heteroafetivo que se utilizou do chamado “útero de substituição” para conseguir a almejada constituição de prole, mediante impossibilidade da mulher gestar por vias naturais.

Por estas análises, há que se discutir o conceito de maternidade no mundo jurídico. Primeiramente destaca-se que o conceito de maternidade teve em um primeiro momento como um primeiro parâmetro o ato de conjunção carnal, bem como a gravidez propriamente dita, e em regra só se considerava mãe aquela que gerava em seu ventre e concebia uma nova vida que seria seu filho. Porém, com os avanços da medicina, hoje se pode contar com diversos critérios para a determinação da maternidade, visto que ela pode ocorrer através de outros fatores que não o natural, como exemplo, a fertilização. Assim, preveem-se distintas origens e características para o estabelecimento da filiação, tais como: a) o critério *legal* ou *jurídico*, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; b) o critério *biológico*, centrado na determinação e certeza científica do exame DNA; c) o critério *socioafetivo*, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Nestes termos, surgem discussões acerca dos vínculos de filiação e acerca da “verdade jurídica *versus* verdade biológica”.

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. (...) Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica, e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa (VENOSA, 2007, p. 224).

Por sua vez, segundo Maria Berenice Dias:

Filiação socioafetiva, (...) são novos institutos construídos pela sensibilidade da justiça, que têm origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação. É de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer agora que a filiação se define não pela verdade biológica, nem a verdade legal ou a verdade jurídica, mas pela verdade do coração (...). Há filiação onde houver um vínculo de afetividade (DIAS, 2010, *online*).

O Código Civil de 2002 (CC/02), em seu artigo 1597, regulamenta a questão sobre a paternidade ou maternidade em caso de inseminação artificial homóloga ou

heteróloga, na constância do casamento, e, por analogia, da união estável. Todavia, tal legislação é lacunosa no tocante à reprodução se ausente a convivência, ou ainda, em casos de casais homoafetivos. O Código foi extremamente tímido ao abordar esse tema, e assim podemos afirmar que ele não trata da reprodução assistida, já que ele não a regulamenta, trazendo apenas o aspecto superficial relativo à paternidade.

O Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2012) propõe uma nova redação para o art. 1.597 do CC/02, qual seja:

1597-A: A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Como justificativa, estabelece:

No momento em que o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe sócio-evolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.

Conforme exposto, o enunciado sugere que, nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, demonstrando intenção do legislador em manter preponderante tal vínculo na esfera legal.

Enquanto perpetua-se a lacuna jurídica, principalmente no que se refere ao advento da gestação compartilhada, a resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina vigora como a regulamentadora dos processos de reprodução assistida. No que tange à cessão temporária do útero, preceitua em seu capítulo VII, item 3:

Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente: (...) 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;(...) 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez.

Assim, nota-se claramente a intenção de se estabelecer o vínculo contratual, ainda que firmado em forma de termo de compromisso, entre os pais doadores do embrião (considerados os pais biológicos) e a cedente do útero. A resolução é clara quanto ao vínculo de parentesco, e conseqüente guarda, da criança advinda do procedimento. No entanto, ela é falha sob o aspecto jurídico (não sendo esta sua esfera cabível), quando não aprofunda as nuances decorrentes da gestação compartilhada. Nestes casos, pode-se questionar a existência tácita de um “compromisso” para a definição de guarda à mãe doadora do óvulo.

Além disto, a evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, fato este anteriormente presumido, e gerador de inúmeros conflitos no judiciário. O advento desta ferramenta médica revolucionou o mundo jurídico no que tange ao Direito Familiar e sucedâneos.

No entanto, sabe-se que, doutrinariamente, a paternidade socioafetiva vem ganhando espaço entre os operadores do Direito, e inúmeros são os juristas que a defendem a qualquer custo. Assim:

A moderna doutrina não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. A valiosa interação do Direito com as ciências psicossociais ultrapassou os limites do direito normatizado e permitiu a investigação do justo buscando mais a realidade psíquica do que a verdade eleita pela lei...Para evitar confronto ético, acabou sendo imposto anonimato às concepções heterólogas, o que veda identificar a filiação genética... Mas essa verdade não interessa, pois o filho foi gerado pelo afeto, e não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor (DIAS, 2010, *online*).

Ainda, conforme colocação do Min. Luiz Fux (2017):

A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

Não se pode deixar de mencionar, porém, o que bem lembrou Maria Berenice no trecho acima transcrito: a necessidade do anonimato em doações de gametas para reprodução assistida, tal como preconiza a mesma resolução do CFM, conforme item 2 de seu capítulo IV: “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”. Tal medida nitidamente visa a minimizar possíveis conflitos relativos à paternidade dos embriões fertilizados, em clara percepção de que, apesar do

entendimento da importância da paternidade socioafetiva nos dias atuais, ainda há peso significativo da realidade biológica dos filhos advindos destas sociedades conjugais, por vezes motivando conflitos e necessitando da pacificação pelo sistema jurídico brasileiro.

A Suprema Corte, no julgamento do RE 898.060, firmou entendimento, com repercussão geral acerca da matéria, concluindo que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”. Enfatiza o legislador que deve preponderar sempre o melhor interesse da criança, e, quando possível, esta interpretação deve ser aplicada na resolução do conflito. Entretanto, nem sempre se pode definir objetivamente tal premissa no caso concreto, como adiante se verá.

3 A INSTITUIÇÃO DA “GESTAÇÃO COMPARTILHADA” COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DOS CASAIS HOMOAFETIVOS FEMININOS E AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DO CONFLITO DA MATERNIDADE

Até muito recentemente, como se viu, a reprodução assistida era o meio pelo qual casais inférteis constituíam prole, em vigência de sociedade conjugal heteroafetiva e seu interesse em constituir família. Nestes termos, o Conselho Federal de Medicina regulamentou sua utilização, e, frente à lacuna jurídica existente acerca do tema no nosso ordenamento, tem tomado frente na sua interpretação e aplicação, adotando as normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Com o passar do tempo e com o desenvolvimento da medicina, pôde-se mapear inúmeras modalidades de reprodução assistida, tendo em vista a limitação dos membros da relação, levando-se em conta: as possibilidades de fornecimento dos gametas feminino e masculino (próprios ou de doadores anônimos), o local de fecundação (laboratório, “mãe substituta” ou mulher participante da relação), e o local de gestação (“mãe substituta” ou mulher participante da relação) (DINIZ, 2007).

A partir da resolução 2.168/2017 do CFM, detalhou-se a modalidade de “gestação compartilhada”, revogando a resolução anterior, e aprofundando tal modalidade como opção de constituição de prole em casais homoafetivos femininos:

É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira (CFM, 2017).

Tal resolução inova na aplicabilidade da reprodução assistida, uma vez que possibilita, com respaldo ético, que duas mulheres homoafetivas possam utilizar-se desta técnica para constituir prole, não obstante haja infertilidade em nenhuma delas. O tema tornou-se necessariamente abordado pelo CFM, em face do reconhecimento da união estável homoafetiva feminina, tendo em vista a preservação da igualdade constitucional e isonomia derivada do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador dos direitos fundamentais da nossa sociedade, que vem sofrendo profundas mudanças no que tange ao reconhecimento da união entre duas pessoas do mesmo sexo, e os direitos a elas resguardados. Assim, surge mais uma modalidade de reprodução assistida: aquela em que a fonte do gameta masculino é de doador anônimo, a fonte do gameta feminino é de uma das mulheres da relação estabelecida, o local da fecundação é o laboratório e o local da gravidez é o útero da outra mulher da relação homoafetiva.

É imperioso ressaltar que, quando da “cessão temporária do útero”, abordada acima, o material genético da criança é, em regra, de ambos os polos do casal heteroafetivo que se utilizou do chamado “útero de substituição”, mediante impossibilidade da mulher gestar por vias naturais. Ou, ainda, utiliza-se somente um dos polos da relação para doação do gameta, sendo o outro gameta disponibilizado através de doador, não tendo o outro membro da relação conjugal relação direta com o processo reprodutivo, uma vez que se utilizará de “mãe substituta”, aquela que cederá o útero para gestar. Por sua vez, no caso em tela, ambas as mulheres polos da relação estável homoafetiva participam diretamente do processo de reprodução assistida, não havendo infertilidade de nenhuma delas, conquanto somente uma é detentora do material genético passado ao embrião. Por sua vez, o vínculo relativo ao processo de desenvolvimento do nascituro e a relação advinda do laço desenvolvido durante o processo gestacional (que até então seria transferido à chamada “mãe substituta”), neste caso é totalmente atribuído àquela que cedeu o útero, a qual faz parte da relação conjugal.

Assim, surge relação direta das duas genitoras com o processo maternal, ainda que de forma consensual, o que não obsta que, em caso de dissolução da sociedade conjugal, cada uma delas seja arrazoada de motivos suficientemente fortes para questionar os direitos do nascituro relativos à guarda e direitos legais consequentes, tornando peculiar a abordagem jurídica necessária tendo em vista possível impasse de cunho litigioso que possa advir.

Superadas as questões preliminares sobre a possibilidade científica e jurídica da maternidade de substituição, cumpre enfrentar o tema do conflito de maternidade,

especialmente no que tange à gestação compartilhada. A doutrina traz possibilidades distintas de ocorrência do dissenso: o conflito positivo e o conflito negativo. O primeiro ocorre quando tanto a cedente do óvulo quanto a cedente do útero, também chamada parturiente, manifesta o desejo de assumir a maternidade da criança e criá-la como se filho fosse, caso a sociedade conjugal se dissolva. Outra se verifica quando ambas as mulheres optam, simultaneamente, por negar a maternidade à criança vindoura, como pode ocorrer nos casos de má-formação ou fetos sindrômicos. Em ambas as situações, o legislador se depara com o desafio de estabelecer a responsabilidade familiar, sucessória, previdenciária e, principalmente, afetiva, quando a sociedade conjugal se dissolve e se deseja preservar o melhor interesse da criança advinda desta relação (MOREIRA FILHO, 2002).

Não se pode negar que a inovação a que se refere a “gestação compartilhada” repercute em diversas esferas legais, quando se depara com a discussão doutrinária relativa ao estabelecimento da maternidade, e suas repercussões jurídicas. Não obstante a atualidade do tema, é importante ressaltar que tal precedente ético traz à tona profunda discussão nos casos de dissolução da sociedade conjugal da união estável homoafetiva em que se utilizou de gestação compartilhada para constituição de prole, quando, por exemplo, se procura estabelecer a guarda parental do menor envolvido, que, com auxílio de doação de gameta masculino, foi gerado com carga genética (oócito) de uma das mulheres e útero da outra, em comum acordo. Nos casos de filhos derivados de gestação compartilhada, em que ambos os polos do casal homoafetivo feminino participam diretamente do nascimento da criança, (através da doação do oócito a ser fecundado e do útero que vai gerar o nascituro), ambas as mulheres se sentem diretamente envolvidas no processo gestacional, podendo o estabelecimento da guarda parental, em caso de dissolução da relação, tornar-se polêmico, e gerando efeitos legais até então não aprofundados.

Em consequência desta interpretação, aspectos jurídicos relacionados ao estabelecimento da guarda parental também merecem especial atenção e reanálise. A primeira hipótese básica a ser aventada leva em conta a concepção de que ambas as mulheres participaram ativamente da gestação da criança, após comum acordo de vontades. Portanto, uma conclusão seria a de que a guarda compartilhada é a melhor opção, independente da carga genética apresentada pela mesma. A segunda hipótese possível traduz-se pela legitimidade da filiação por parte da doadora do oócito, conquanto sua carga genética se reproduziu inteiramente mediante o processo de fertilização realizado. Então, a guarda deve ficar com a doadora do oócito, sendo sua a carga genética repassada durante o processo de reprodução assistida. Por fim,

levando-se em conta a especificidade da parturiente (quem deu à luz) e seu vínculo decorrente da consumação da gestação e parto, a hipótese restante configura-se como a de que a guarda deve ficar com aquela que gerou a criança em seu ventre e a pariu, ainda que fruto do procedimento reprodução assistida.

Ainda que se reconheça a importância fundamental do melhor interesse do menor envolvido (STF, 2017), supõe-se, no entanto, que, mediante a dissolução da sociedade conjugal, a doadora do oócito fecundado pleiteie a guarda parental da criança baseando-se no conceito de maternidade genética, que tem respaldo no ordenamento vigente; ou, considerando-se o conceito de maternidade socioafetiva, que outros descendentes da mulher cedente do útero questionem a legalidade da partilha de bens com a criança nascida a partir de gestação compartilhada, uma vez que entre eles não há comunicação genética. Imagine-se, então, que a dissolução da sociedade conjugal ocorra logo após o nascimento da criança, em circunstâncias que não favoreçam o desenvolvimento do afeto igualmente com ambos os polos da relação, por exemplo. Discutem-se também direitos previdenciários relativos a pensões, direito a indenizações como as derivadas de seguros de vida, direitos sucessórios com repercussão nos demais entes envolvidos, entre outros. Obviamente, as lacunas jurídicas tendem a se multiplicar, tornando o estudo do tema amplo e irrestrito, e evidenciando que, a cada reconhecimento de direito fundado nos princípios constitucionais, um leque de discussões jurídicas pode se suceder, necessitando de reconhecimento e pacificação pelo ordenamento jurídico vigente.

Nasce, portanto, viés jurídico apreciável, em virtude da nova modalidade de reprodução assistida chamada de “gestação compartilhada”, especialmente quando se estabelece conflito da maternidade. Como se vê, o reconhecimento do direito à dignidade dos casais homoafetivos femininos, no que concerne ao direito real e inequívoco de constituição de família e prole, traz consigo discussões jurídicas norteadoras de conflitos e ampla repercussão a ser pacificada à luz do ordenamento pátrio. São necessários novos estudos aprofundados acerca dos diversos ramos do direito concernentes ao tema, cujo objeto foi introduzido nesta obra, para que seja aplicado o melhor julgamento do caso concreto, permitindo decisões acertadas e o efetivo exercício da justiça, frente às crescentes mudanças sociais e inevitáveis litígios que delas irão advir.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal discutir a constituição de família derivada do reconhecimento da união estável homoafetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro, à luz da evolução do conceito de dignidade da pessoa humana, princípio maior da constituição. Buscou, também, introduzir as possíveis repercussões legais advindas da chamada “gestação compartilhada”, em mulheres homoafetas que desejam constituir prole, utilizando-se de reprodução assistida, normatizada pelo Conselho Federal de Medicina, especialmente quando advier conflito da maternidade.

Através da breve exposição do posicionamento de alguns doutrinadores e da análise da lacuna jurídica acerca do tema, pôde-se observar que longo é o caminho a se percorrer juridicamente para dirimir possíveis controvérsias surgidas a partir desta nova modalidade de família juridicamente protegida. As repercussões legais específicas nas esferas previdenciária, cível, de família, sucessões e afins devem ser objeto de estudos mais aprofundados acerca do tema, para que seja possibilitada a uniformização jurídica e a pacificação social, objetivo maior do ordenamento pátrio brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição: principais aspectos nos direitos português e brasileiro. **Dissertação Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 2008.

ALESSI, Dóris de Cássia. **A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Ieprev, Belo Horizonte, ano 04, n. 220, 17 Agosto 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público**. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASÍLIA-DF. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: **enunciados aprovados. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior**. Centro de Estudos Judiciários, Brasília-DF, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2168/2017. Disponível em <www.portal.cfm.org.br>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Disponível em <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. **A família homoafetiva**. Disponível em <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Paternidade homoparental.** Disponível em
<www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 07 mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL. STF. ACÓRDÃO: ADI 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. DF: 05/05/2011. Disponível em
<<https://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>> Acesso em: 28 fev. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Teoria Geral e LINDB.** Salvador: Jus Podvin, 2010.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida.** Teresina: Jus Navigandi, 2002.

RIO DE JANEIRO. STJ. RECURSO ESPECIAL: RESP 820475. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. RJ: 02/09/08. Disponível em
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em: 30 mar. 2019.

SÃO PAULO. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 898060. Relator: Ministro Luiz Fux. SP: 24/08/2017. Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2019.

SILVA, Argemiro César. **Os aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Disponível em <<https://www.jus.com.br/artigos/62573/os-aspectos-juridicos-da-reproducao-assistida-heterologa>> Acesso em: 01 abr. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual de homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RECEBIDO EM 20/04/2019.
ACEITO EM 30/05/2019.