

DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES “SÓS” A CONSTITUIR FAMÍLIA MEDIANTE REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA INVESTIGAÇÃO A PARTIR DA TEORIA EXTERNA DE SUPORTE FÁTICO AMPLO

FUNDAMENTAL RIGHT OF SINGLE WOMEN TO START A FAMILY THROUGH
ASSISTED REPRODUCTION: A RESEARCH BASED ON THE EXTERNAL THEORY
OF BROAD FACTUAL SUPPORT

PELLEGRINELLO, Ana Paula¹

BACK, Alessandra²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo investigar o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, expresso por meio de atos da autonomia privada, como legitimador da possibilidade de as mulheres “sós” determinarem e concretizarem o seu projeto monoparental, com ou sem o uso das técnicas de reprodução humana assistida. O estudo se funda na consideração dos princípios como verdadeiros mandamentos de otimização vislumbrados no entorno da teoria externa proposta por Virgílio Afonso da Silva e de suporte fático amplo para justificar eventual restrição ao direito fundamental de constituir família no caso concreto e a partir da intervenção do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade da pessoa humana; autonomia privada; isonomia; mulheres “sós”; direito fundamental de constituir família.

ABSTRACT

The aim of this article is to investigate the principle of isonomy and dignity of the human person, expressed through acts of private autonomy, as a legitimator of the possibility of single women to determine and accomplish their project of having a singleparent family, with or without the use of assisted reproduction techniques. This study is based on the notion of principles as true optimization commendments glimpsed around the external theory proposed by Virgílio Afonso da Silva and broad factual support to justify occasional restriction regarding the fundamental right to start a family in this case and from the intervention of the State.

KEYWORDS: dignity of the human person; private autonomy; isonomy; single women; fundamental right to start a family.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professora da graduação na disciplina de Prática Processual Cível e Constitucional na mesma instituição. Professora de Ética Jurídica na Academia de Direito Centro Europeu.

² Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia do programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Professora da graduação na disciplina de Direito Processual Civil na mesma instituição e na Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, no curso de pós-graduação. Coordenadora da Academia de Direito Centro Europeu.

INTRODUÇÃO

No Brasil da contemporaneidade, a vida em sociedade tem assumido contornos cada vez mais distintos e que colocam o direito sempre em situação de atraso em face da realidade. Foi-se o tempo em que a família de base era a patriarcal, heterossexual e realmente voltada à procriação. Hoje, o que identifica a entidade familiar não é o vínculo formal do casamento e nem mesmo a relação material de assistência afetiva protegida pelo Código Civil a título de união estável entre homem e mulher. É a afetividade que caracteriza “as famílias” da atualidade e que, por isso mesmo, não se importa com os padrões de outrora: há famílias de homem com mulher, de mulher com mulher, de homem com homem; de um dos pais com filho, natural ou adotivo; de irmãos; de amigos...

Nesse contexto vem a lume a discussão acerca do direito constitucional a constituir família e, simultaneamente, os deveres do Estado de proteger a família como núcleo essencial da sociedade.

E a discussão se instala exatamente no entorno do reconhecimento jurídico que se dá, ou não se dá, a certos relacionamentos entre pessoas, bem como à possibilidade de restrição a certos direitos que, em verdade, exprimem nada mais nada menos que a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada de decidir o próprio destino.

Este breve ensaio analisa o direito fundamental da “mulher só” de constituir família mediante técnicas de reprodução assistida e assim o faz tomando por base a teoria externa mentada por Virgílio Afonso da Silva e um suporte fático amplo.

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE – CLÁUSULA GERAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Mais do que fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é o princípio que legitima e confere unidade de sentido a toda a ordem constitucional.³

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1998: Algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176 e 177.

Ela importa na proteção (da própria pessoa) dentro das relações de que participa, porque, a partir do advento da Constituição de 1988, a pessoa humana deixou de ser um mero elemento dessas relações, mero titular de direitos e deveres, e passou a ser o ponto referencial de tutela.⁴

Não por acaso, Canotilho sustenta que

O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo seu próprio projeto espiritual. Trata-se do fundamento do domínio público da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos políticos-organizatórios.⁵

E é exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana que serve de mandamento máximo de otimização de tantos outros princípios garantidores de direitos fundamentais correlatos, inclusive os sociais.

Afinal, se todo o aparato estatal é construído no entorno e para a pessoa, por evidente que a linha de chegada – a concretização deste princípio – também haverá de ter como destinatário a pessoa. É dela para ela, simples assim.

Ocorre que as condições que revelam a vida de uma pessoa como digna traduzem-se mediante situações objetivas – pela disponibilização de serviços essenciais, *e.g.* –⁶ e, ainda, em buscas subjetivas, projetos individuais. Logo, partindo do evidente e insuperável pressuposto de que toda pessoa é única, assim também se deve compreender em relação aos móveis que a levam a se determinar no caminho de sua realização, seja em que esfera for.

Demais disso,

A polêmica acerca dos direitos humanos, ou dos direitos da personalidade, refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em prol da concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, do modo de melhor tutelá-la, onde quer que se faça presente esta necessidade. Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral da tutela da pessoa humana.⁷

⁴ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13.

⁵ *Apud*. LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2010. p. 45.

⁶ Este ensaio não tem por escopo investigar as condições objetivas de dignidade da pessoa humana. No entanto, que reste devidamente assentado que até mesmo o Estado tem obrigações positivas a cumprir nessa seara, como a adequada prestação de serviços públicos (essenciais). Sobre o tema, confira, dentre outros: SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 71 e ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 79-116.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 142.

Então, com um conteúdo tão vasto quanto o anseio de cada ser humano – ainda que se tome emprestado o imperativo categórico moral de Kant,⁸ da concepção da humanidade como um fim em si mesmo, como o mais apropriado a densificar o que seja a tal dignidade – não há como definir o conteúdo e muito menos pretender normatizar todos os direitos que, uma vez concretizados, conduzam à vida digna.

E é exatamente aí que a dignidade se revela como cláusula geral do ordenamento, que, repita-se, apenas se propõe a partir, no entorno e com vistas a promover o bem do ser humano.

De outra banda, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, dentre eles o da dignidade, não passam incólumes à variação das circunstâncias fáticas e sociais, de tempo e espaço, e o fato de não estarem expressos não impede o seu gozo. E isso se dá justamente por conta do caráter normativo dos princípios protetores destes direitos, resultantes dos valores assimilados ao longo dos tempos e assim definidos democraticamente.

Logo, em tese,⁹ não parece absurdo considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, cláusula geral do ordenamento, como absoluto.

Todavia, não há como, nem mesmo para este mandamento maior, concretizá-lo “em sua inteireza” em todas as situações jurídicas subjetivas em conflito, razão pela qual sempre será necessário analisar cada caso concreto para ponderar se a restrição imposta a este ou outro direito será ou não constitucional.

1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO (AUTONOMIA PRIVADA) COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO À DIGNIDADE

Com bem assentado por Pires e Reis,

(...) o direito fundamental à autonomia privada tem como base a compreensão do “ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom e o que é ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros.” Nesse sentido, não cabe ao Estado, à coletividade ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins que cada indivíduo deve trilhar, os valores que deve crer, as atitudes que deve tomar.

⁸ “Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade.” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Cambridge University Press, 1997. p. 428.)

⁹ “(...) a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado.” (PINTO, Paulo Mota. *Apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações*. In: MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.)

Cabe a cada ser humano definir os rumos de sua vida, em conformidade com suas opções subjetivas. Esta é a idéia da autonomia privada, constituindo-se, assim, como um dos elementos fundamentais do direito mais amplo de liberdade do indivíduo.¹⁰

Destarte, a dignidade da pessoa humana só pode ser cogitada como efetivamente existente quando a pessoa é capaz de se autodeterminar e na medida do exercício de sua autonomia privada.¹¹

Nessa perspectiva, a autonomia privada é considerada como meio para se conferir proteção positiva às situações existenciais que, em última instância, apenas completam o caminho da dignidade. Por intermédio dela, a pessoa, para garantir o livre desenvolvimento da sua personalidade, tem o poder de se autodeterminar. Ou seja, de criar, modificar ou extinguir situações subjetivas, conforme o efeito mais adequado para a sua própria tutela (da pessoa),¹² com mínima obstrução de direitos, a menos que elas interfiram ou prejudiquem outra pessoa. Quer dizer, somente serão restritos direitos se e quando em colisão com outros da mesma categoria.

Nesse sentido, pois, é que se faz apelo aos direitos fundamentais como “trunfos que entrincheiram os bens de **liberdade e autonomia individual** contra decisões políticas, mesmo que estas se pretendam justificar na necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular de vida boa”.¹³

Assim, protegidos por esse “trunfo”, por exemplo, as questões relativas ao próprio corpo, incluindo-se aí a disposição de material genético, podem ser objeto de negócio jurídico, desde que não patrimonial. Aliás, a Carta da República de 1988 expressamente veda a comercialização de órgãos tecidos e substâncias humanas, em seu art. 199, determinando, portanto, a gratuidade de tais negócios jurídicos fundamentada no princípio constitucional da solidariedade.

¹⁰ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. *Autonomia da vontade*: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 8244-8255. p. 8245

¹¹ Cabe aqui a distinção entre as expressões *autonomia privada* e *autonomia da vontade*: esta última tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito, de um modo objetivo, concreto, real; aquela encontra amparo no liberalismo e no pensamento kantiano; esta no Estado Democrático de Direito, que por si só confere contornos de função social em tudo que toca.

¹² MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada*... p. 60.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28.

Daí afirmar-se, com razão, que a autonomia privada “não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outro objeto em que não ocorra restrição legal e que seja possível manifestar-se na autonomia da pessoa.”^{14/15}

Da mesma sorte, e nesse ambiente todo, se considera o direito à descendência, de determinar e realizar o projeto parental, como inerente à própria personalidade,¹⁶ de forma que ele acaba se imbricar com liberdade – pressuposto da dignidade da pessoa humana, mandamento máximo de otimização – que há de se exprimir também por meio da realização nesta esfera.

1.3 CONSTITUIR FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Partindo, outra vez, do pressuposto de que todas as pessoas são livres na medida em que podem se determinar em suas ações, e que tal liberdade se traduz em um dos desdobramentos da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana – muitas vezes expresso por atos da autonomia privada dos indivíduos – constituir família é direito fundamental¹⁷ passível de concretização.

¹⁴ NANNI, Jorge Giovanni Ettore. *A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e os tecidos diante da Lei federal n. 9434/97 e da Constituição Federal*. In: LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional: caderno I*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 262.

¹⁵ Por isso mesmo, quando a negociação é sobre interesses não-patrimoniais, pertinente a categoria do “ser”, como no caso da concretização de família monoparenal, seja de forma “natural” ou por meio de reprodução humana assistida, os atos de autonomia se relacionam necessariamente com a dignidade da pessoa. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida*. In: LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional: caderno III*. São Paulo: Malheiros, 2002.)

¹⁶ “Frequentemente, as situações jurídicas subjetivas voltadas para as categorias do ser são identificadas com os direitos da personalidade, classificados pela doutrina como direitos subjetivos absolutos”. (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada...* p. 19.)

¹⁷ E M E N T A: 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

Mas a família a que aqui se refere é, por evidente, a da contemporaneidade, plural,¹⁸ aquela que, ainda que por diferentes linhas de fundamentação, tem encontrado – não sem

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 discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala 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 consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências 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. (RE 477554 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 25/08/2011 – negritamos.)

¹⁸ “Quando nos referimos à família como núcleo essencial, obviamente que não estamos falando de uma família tal como concebida historicamente pelo Direito até 1988, isto é, patrimonializada, hierarquizada e

acalorada discussão – tutela junto ao Poder Judiciário¹⁹ mesmo à margem de lei específica textualmente assim afirmando.²⁰

matrimonializada. Estamos falando da família tal como ela é hoje: plural. (...) As múltiplas possibilidades de modelos familiares situam-se no contexto histórico do declínio do patriarcalismo, pós-feminismo, mudanças econômicas do capitalismo pós-industrial, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejantes.” (PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 255-256.)

¹⁹ E.g.: **Ementa:** 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. **DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos.** A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no **igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil.** Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. **Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural.** Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. **Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.** Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do

Portanto, está-se a referir, dentre outras, a famílias monoparentais²¹, aquelas constituídas apenas de pai ou mãe – biológicos (nos termos do § 4º do art. 226 da CF) ou não, e seu(s) filho(s).

Tudo isso assim se dá porque a Constituição da República protege – e expressamente – a família. E este instituto, digno de proteção, é aquele mesmo que a pessoa vier a escolher ou em que estiver inserido de fato, por qualquer circunstância, independentemente de o modelo não refletir o “tradicional”.

Some-se a isso, ademais, o fato de que a dignidade da pessoa humana, fundamento máximo de todo o ordenamento, é suficiente para legitimar a proteção de qualquer núcleo familiar, justamente porque “composto de pessoas”. E as pessoas – independentemente de gênero, da opção sexual ou da vida sem parceiro(a) – só se realizam, em alguma medida, se livres para satisfazer suas vontades e seus desejos, portanto também por meio da concretização do direito à descendência, expressão da própria personalidade.²²

regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. **Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.** 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 13/10/2011 – negritamos.)

²⁰ MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. “*Novas Entidades Familiares*”. In: A construção... p. 24.

²¹ “A Constituição Federal de 1988 consolidou o Estado Social e reconheceu os modelos familiares alternativos. Atualmente, o Direito aceita a família monoparental, a amaparental, a pluriparental e, mais recentemente, a homoparental. Independente do formato, todas as famílias são dignas de proteção, uma vez que têm um fundamento em comum: o afeto.” (VENOSA, Silvio Savio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 35)

²² “A essência da liberdade de fundar uma família constitui uma manifestação da privacidade determinada pelo livre desenvolvimento da personalidade, com um duplo conteúdo, de positiva participação na criação ou fundação familiar, e de obstáculo às interferências na intimidade de que assegura a liberdade de decisão decorrente da referida participação positiva.” (BARBOSA, Heloísa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Coord.) *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.)

2. DA TEORIA EXTERNA COMO SUSTENTADA POR VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA À AUTONOMIA PRIVADA EM CONSTITUIR FAMÍLIA

2.1 COMPREENDENDO A TEORIA EXTERNA NA PERSPECTIVA A TEORIA EXTERNA NA PERSPECTIVA DE VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Para qualquer investigação sob a ótica de Virgílio Afonso da Silva, portanto mediante consideração de um suporte fático amplo²³ e com lastro em uma teoria externa de restrição dos direitos fundamentais, deve-se partir do pressuposto de sempre: de que todos os fatos ou posições jurídicas estão protegidos por norma constitucional específica, protetiva de direitos fundamentais. E mais, que, somente em caso de colisão, poder-se-á cogitar de restrição ao direito, mas sempre alicerçada em outra de igual fundamentalidade.

Melhor dizendo, em princípio não será excluída qualquer possibilidade do exercício do direito (fundamental), haja vista a inaugural ausência de qualquer “limitação” ou exclusão de condicionantes fáticos e jurídicos.

Nas palavras do autor:

Ora, se a proteção definitiva de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou como violação inconstitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de intervenção.²⁴

Por isso, nos termos de uma teoria externa de suporte fático amplo – compatível com a *teoria dos princípios* proposta por ALEXY²⁵ – qualquer fato estará protegido pelo direito e qualquer condicionante deverá ser considerado para que uma racionalização seja imposta. Desse modo, ao não se excluir qualquer condicionante fático ou jurídico de antemão, qualquer decisão deverá necessariamente atender a um ônus argumentativo forte o bastante para garantir a racionalidade da eventual restrição a um ou a outro direito fundamental.

²³ Em contrapartida, para Virgílio, a característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados, ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção destas normas. Para Vieira de Andrade, a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa uma ou outra situação concreta. Friedrich Muller adota posição semelhante, e afirma que nestes casos não há colisão de direitos fundamentais, mas apenas não-proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las. (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2009.)

²⁴ Ibidem, p. 112.

²⁵ A teoria dos princípios sustenta que direitos fundamentais são garantidos por uma norma *prima facie* e de suporte fático amplo. Isso implica que a colisão com outros princípios pode exigir uma restrição à realização de um deles. Ibidem, p. 139.

Quer dizer, utilizando tais parâmetros, pode-se afirmar que são dois os objetos dos Direitos Fundamentais: os direitos em si e suas restrições, haja vista que elas (as restrições) não exercem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo, apenas e no caso concreto, restringir seu exercício.

A partir dessa distinção é que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais, bem como da regra da proporcionalidade.²⁶ Isso porque, a partir do paradigma de investigação adotado (da teoria externa), em eventual colisão entre princípios, aquele que tem que ceder em favor do outro não tem afetada sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*.

Do mesmo modo – com espreque na teoria externa –, qualquer lei implica em verdadeira restrição ao direito fundamental,²⁷ já que a ponderação entre direitos fundamentais se faz implícita e previamente.

E esses direitos fundamentais só encontram limites em outro direito fundamental, todos de igual amplitude quanto ao suporte. Em princípio, pois, tudo é permitido e apenas no caso concreto poderá haver alguma restrição, porque os princípios não são regras, e, como tal, não são absolutos, incluindo-se nesse rol o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 SITUANDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DA TEORIA EXTERNA

E se está a se tratar da aplicação dos direitos fundamentais – entendidos como aqueles topograficamente inseridos no art. 5º da Constituição da República, sem prejuízo de outros esparsos no texto constitucional – porque especificados ou assim também reconhecidos – mais seguro é considerar todas as possibilidades como protegidas.

De conseguinte, (pode e) deve ser considerado todo o conjunto de fatos como incluídos no conteúdo do princípio, porque assumido num suporte fático amplo e concreto,²⁸

²⁶ Para o autor a proporcionalidade é uma regra de segundo nível, uma regra especial, uma meta-regra, pelo que sugere a expressão regra da proporcionalidade. Ibidem. p. 169.

²⁷ Isso porque a primeira consequência de uma modificação no ponto de partida – de suporte fático restrito para o suporte amplo – é a ampliação no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a consequente ampliação na extensão do conceito de intervenção.

²⁸ Como conceito de suporte fático há que se diferenciar entre suporte abstrato e suporte concreto. O abstrato é formado por fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. O suporte fático concreto está intimamente ligado ao abstrato e ocorre no mundo da vida dos fatos ou atos que a norma jurídica em abstrato que se juridizou. Ibidem, p. 67.

principalmente quando os direitos a serem restringidos (portanto no entorno da autonomia privada) se refiram aos da personalidade.

Mas para relacionar o princípio constitucional da autonomia privada com o suporte fático, especificamente o amplo, é preciso ter em mente que ele se mostra efetivamente decorrente da dignidade da pessoa humana, o que não colabora com a vulgarização (do conteúdo) deste último,²⁹ por todas as razões apontadas.

Embora se tome como certo as características tão singulares do princípio da dignidade da pessoa humana, não se considera no objeto deste estudo a feição de regra deste princípio. Ele é nuclear, mas não é absoluto.

Não é preciso muita imaginação para vislumbrar um sem número de casos em que a restrição ao princípio da dignidade faz com que ela própria seja totalmente esvaziada em prol de outro princípio de maior ou igual magnitude, quando da ponderação no caso concreto. Tudo, ademais, sem nenhum prejuízo ao conteúdo deste princípio ou qualquer traço de inconstitucionalidade na restrição.³⁰

Pode-se apontar como exemplo a possibilidade de manter uma pessoa nos presídios por conta de condenação criminal, o que, a um só tempo e para a teoria externa, implicaria na ponderação e posterior exclusão dos princípios da dignidade e da liberdade do condenado (vencidos), em face da segurança de muitos.

Donde, pois, tomando por assento a dignidade da pessoa humana com lastro na teoria externa, a sua consideração inaugural há de ser plena, sendo necessário, em cada caso concreto, analisar as circunstâncias de cada restrição como excepcionalmente conformes ao Direito, haja vista assumir cada uma delas também a condição de princípio.

²⁹ O autor aponta uma inflação no uso da dignidade humana no discurso forense, já que ela vem servindo como recurso universal para a solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos com o recurso a outros direitos. Ibidem, p. 195.

³⁰ Veja-se que a teoria de Virgílio Afonso da Silva e as demais teorias externas pressupõem, em quase todos os casos, a necessidade de verdadeira “restrição” de direito fundamental, preferindo o termo pela exatidão do seu significado, enquanto os adeptos da teoria interna utilizam o conceito de “limite”- imanente -, inserido na própria constituição - para rejeitar essa necessidade. A contraposição entre definição de limite e imposição de restrições é que explicita a diferença entre os dois enfoques.

2.3 CONTEXTUALIZANDO O PROJETO FAMILIAR COMO RECONHECIDO PELO STF NA PERSPECTIVA DA TEORIA EXTERNA

Usando como parâmetro um suporte fático amplo ao âmbito de proteção e no entorno da teoria externa como concebida por Virgílio Afonso da Silva, cabe investigar o (exercício do) direito fundamental a constituir família.

Como visto, toda pessoa tem direito fundamental a constituir família, o que já foi até mesmo literalmente conhecido e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 477554 AgR). Todavia, essa afirmação não se revela de fácil confirmação, teórica ou prática, mormente porque uma expedita leitura da própria Carta Magna pode levar um incauto a concluir de forma diversa.

Os dois julgados colacionados – e especialmente “os julgamentos” externados na ADPF 132, que reclamaram mais quase três centenas de páginas de argumentação – sugerem a dimensão extraordinária da (falsa) celeuma, a começar pelas (equivocadas) tentativas de discernir entre “família” e “entidade familiar”, porque assim referidas, com distinção, no *caput* e nos §§ 3º e 4º do art. 226.

E, perceba-se, isso tudo assim se deu a partir da união (e dos efeitos jurídicos da união) homoafetiva, que exprime um tipo contemporâneo e relativamente usual de família, ainda que em menor número.

Nesse sentido, a Corte Constitucional reconheceu inexistir distinção entre família e entidade familiar e, mais do que isso, declarou a possibilidade de constituição de entidades familiares tanto por homem-mulher como por homem-homem e mulher-mulher. Mas não só, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADPF 132, assim pontificou:

É certo que o ser humano se identifica no agrupamento social em que vive, desde a sua célula mais elementar: a família. Permitir ao indivíduo identificar-se publicamente, se assim o quiser, **como integrante da família que ele mesmo, no exercício da sua autonomia, logrou constituir, é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana**; permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição. (negritamos.)

Logo, de uma análise isolada dessa afirmação *sob o deliberado enfoque adotado* – mesmo que assim não assumida pelo julgador – aparentemente é possível vislumbrar a adoção do suporte fático amplo³¹ e, ainda, o manto da teoria externa cobrindo a hipótese, na exata

³¹ Todas as pessoas têm dignidade: homo ou heterossexuais; todos têm direito ao exercício de sua autonomia: homo ou heterossexuais; todos têm direito a constituir família/entidade familiar: homo ou heterossexuais; todos têm direito à igualdade de tratamento: homo ou heterossexuais.

medida em que se reconheceu o direito de constituir família (biparental: homo ou heterossexual) como não limitado *prima facie*.

Demais disso, nesse mesmo julgado ementou-se a “liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, como expressão da autonomia de vontade, de direito à intimidade e à vida privada como cláusula pétrea”.

Todavia, essa exposição enunciativa da *ratio decidendi* do julgado não se esgota em si. Parece de fácil apreensão que ela também estaria a implicitamente referir que o direito fundamental de constituir família (biparental: homo ou heterossexual) seria reflexo à autonomia da vontade (subjetivamente falando) e à autonomia privada, como uma objetivação do direito de personalidade.

Ou seja, a autonomia privada de *cada pessoa humana* em constituir família – igualmente tomando por base um suporte fático amplo e nos moldes da teoria externa de Virgílio Afonso da Silva – não encontraria limites *a priori*.

Mas onde se situam na realidade jurídica brasileira – e a partir da perspectiva da autonomia privada e da isonomia³² – os projetos monoparentais das mulheres decorrentes de fato da natureza (infertilidade ou viuvez) ou mesmo da vontade (produção independente)?

3. INVESTIGANDO O PROJETO MONOPARENTAL DAS “MULHERES SÓS” A PARTIR DA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ISONOMIA E À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DA PROTEÇÃO JURIDICA DA FAMÍLIA

Não se discute, no Brasil, a proteção jurídica à “família”.

Mas a percepção do Ministro Carlos Ayres Britto acerca da realidade foi além e merece parcial transcrição (outra vez do voto proferido na referida ADPF), ao observar que a igualdade material entre heterossexuais e homossexuais acaba pervertida pelo silêncio normativo: “(...) a igualdade material não se realiza, pois aos homossexuais não vem sendo concedida a possibilidade de concretizar o projeto de vida familiar que se coaduna com um elemento fundamental de sua personalidade. O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida.”

³² De fato, a investigação poderia ser mais ampla. Poderia, por exemplo, permitir cotejar a situação de mulheres jovens e “não-jovens” a partir do risco da gravidez e da probabilidade de menor tempo de convivência dos filhos com a mãe, portanto trazendo à lume a dignidade do filho e mesmo a responsabilidade sobre o projeto parental. Todavia, a escolha se justifica pela limitação que o próprio trabalho reclama.

A Carta Magna tratou da família como base da sociedade que tem especial proteção do Estado (art. 226), do casamento, da união estável (também entre homem e mulher) e da entidade familiar monoparental (um dos pais e os descendentes).

O Código Civil seguiu a mesma linha e manteve aparente distinção entre casamento (art. 1.514) e união estável (art. 1.723), que pressupõem relação homem-mulher, mas que não se distinguem em relação ao poder familiar (art. 1.631).

Contudo, essas disposições normativas não estão a refletir a realidade social, muito menos a dos brasileiros e das brasileiras que convivem nas grandes cidades em pleno século XXI.

Mas o fato de o direito posto ter permanecido silente (e não necessariamente indiferente) em relação à família brasileira da contemporaneidade, não prejudicou o evidente avanço jurisprudencial e doutrinário.

Como visto, os tribunais foram paulatinamente aproximando as realidades vividas por homem-mulher, homem-homem e mulher-mulher e não mais é possível traçar, com precisão capilar, se há e qual é a diferença jurídica entre casamento e união estável, pelo menos no que diz com o projeto familiar em si. Para este, algumas repercussões, mesmo que também jurídicas, são de somenos importância, porquanto não se pode pretender equivaler dignidade com patrimônio. O que importa é não distinguir o indistinguível, o trato a ser igualmente conferido às pessoas que se encontram em igual situação e por conta dos mesmos valores e anseios.

E onde o direito parou a doutrina, similarmente à jurisprudência, avançou. Como bem observado,

A nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida. Assim, dentre as possibilidades de melhor realização de seus projetos pessoais, uma pessoa poderá identificar-se com um específico modelo, o qual não deverá ser excluyente de outras modalidades também reconhecidas. Não se pode mais conceber que o direito tutele a relação familiar como se ela fosse tão somente uma: a proveniente do modelo tradicional do matrimônio. A forma de se constituir uma família vincula-se a diversos fatores e características dos sujeitos dessa relação, em sua procura de como melhor desenvolver sua afetividade, sua personalidade.³³

Não por acaso, propõe-se classificar as famílias contemporâneas da seguinte forma:

(...) (i) famílias reconstituídas, que são aquelas que são formadas por casais que trazem filhos do primeiro casamento; (ii) famílias monoparentais, que são as famílias decorrentes de divórcio ou separações, onde um dos pais assume o cuidado dos filhos e o outro não é ativo na parentalidade, ou ainda, são famílias onde um dos pais é viúvo ou solteiro; (iii) famílias de uniões consensuais, onde casais que optam por morar juntos, sem formalizar a união ou ainda, casais que preferem morar em

³³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Perspectiva Civil...* p. 140.

casas separadas, estes são principalmente os divorciados, separados ou viúvos, que desta forma procuram evitar conflitos existentes nas famílias reconstituídas; (iv) famílias formada por casais sem filhos por opção, são os indivíduos que priorizam sua vontade de satisfação pessoal, ex. desenvolvimento na carreira profissional; (v) famílias unipessoais, denominação atual para aquelas pessoas que optam por ter um espaço físico individual, onde não precisam necessariamente fazer trocas emocionais vindas de um convívio compartilhado; (vi) família por associação, que são compostas por amigos que de formam uma rede de parentesco baseada na amizade.³⁴

E essa realidade é que está a exigir investigação do projeto familiar (ou parental, porque equivalente no caso) das mulheres sós – que não se encontram albergadas em um relacionamento afetivo – à luz do direito fundamental a constituir (ou manter) família mediante filiação. E em especial, ainda, como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundado na autonomia privada – analisada consoante a teoria externa e mediante adoção de um suporte fático amplo – e que reclama o uso de novas técnicas de reprodução assistida.

3.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL DAS MULHERES SÓS DE CONSTITUIR FAMÍLIA MEDIANTE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Casais heterossexuais constituem “família” (aqui não distinguida de entidade familiar) por si só, seja ela fruto do manto formal do casamento ou da união estável. Isto é, esse *status* deriva da vida em comum e não necessariamente da existência de filhos, sejam eles naturais ou adotivos. Casais homossexuais têm ostentado condição similar mediante construção doutrinária e jurisprudencial.

Mas às mulheres sós não parece acudir a mesma sorte, e há quem sustente que, para elas, não existe direito – quanto o mais fundamental – de constituir (ou manter) família mediante filiação, razão pela qual para elas não seria de se juridicamente tolerar a reprodução assistida.

Tratando exatamente desse tema, da “mulher sozinha que pretende engravidar por meio de técnicas de reprodução assistida”, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves apontam, para refutar, argumentos supostamente aptos a sugerir a impossibilidade de o Estado dar guarida às futuras famílias monoparentais:

(...) a criança já nasce sem pai; o direito de ter filho não é absoluto; o desenvolvimento da criança estará prejudicado”. (...) A Constituição Federal de 1988, ao proteger a família monoparental, não teve a intenção de incentivar sua proliferação. (...) ao se

³⁴ PORTES, Lorena. *A família contemporânea*. p. 21 a 24. Disponível em: http://www.depen.pr.gov/arquivos/File/A_família_contemporânea.pdf. Acesso em 03 de março de 2013.

permitir a utilização da técnica assistida de reprodução em mulher só, flagrante é o desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança (disciplinado no ECA).³⁵

E inicialmente o fazem com uma frase curta, singular e certa, que por isso mesmo requer transcrição: “Assim, na visão de muitos, não configuraria melhor interesse da criança nascer sem pai, mas seria melhor para ela, na falta de pai e mãe, ser adotada por pessoa só...”.³⁶

Ou seja, o argumento de repúdio é certo: se a solteira pode, à luz do direito vigente, servir de mão adotiva, qual seria a razão para impedi-la, juridicamente, de levar a cabo um projeto monoparental de família mediante reprodução assistida? Nenhuma, por evidente.

De outra banda, a tentativa de proteção de quem ainda sequer nasceu *de não nascer sem pai* – e que, nessa etapa de discussão, não passa de um projeto (parental-familiar de “mulher só”, ancorado na dignidade da pessoa humana e na autonomia privada) – beira a sandice. E o beira também pelo fato de que nada impede a “mulher “vir a “formar um casal” (inclusive heterossexual: aquele “das antigas”, de pai e de mãe), antes, durante ou depois da gestação obtida mediante reprodução assistida.

Em termos técnicos, isso equivaleria a dizer que a dignidade da pessoa humana da “mulher só” há de ser contido por um suposto “direito à dignidade” daquele que sequer foi concebido, o que não se sustenta juridicamente e, quanto o mais, à luz da teoria externa calçada num suporte fático amplo.

Sintetizando, pois, não há como se sustentar, a princípio, qualquer possibilidade jurídica de válida restrição à dignidade da pessoa humana e mesmo à autonomia da “mulher só” em decidir ter filhos mediante procriação medicamente assistida.

3.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO (JÁ ARQUIVADO) PROJETO DE LEI Nº 90/99

Destarte, tudo quanto constou do Projeto de Lei nº 90/99, arquivado em 2007, mostrou-se grosseiramente inconstitucional, porquanto tenha discriminado mulheres solteiras

³⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 130.

³⁶ Ibidem. p. 132.

de mulheres casadas (ou em união estável) e mulheres inférteis de férteis (para as quais a filiação exigiria, necessariamente, relações sexuais).³⁷

De fato, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana garante a todas as mulheres direito ao projeto parental, da forma que melhor lhes convenha, e inclusive de utilizar os meios disponíveis para realizá-lo, concretizando a autonomia privada reservada a cada uma delas. Assim, não há a possibilidade de qualquer regulamentação prévia no sentido de restringir este direito a uma dada categoria de mulheres.

A Constituição Federal assimilou as diferenças entre os núcleos familiares e reconheceu a necessidade de protegê-los, desmistificando o casamento como único local próprio para receber filhos. Então, pouco a pouco a “mulher só” deixa de sofrer as pechas de “encalhada” e passa a sentir-se mais à vontade para realizar o projeto da maternidade sem a colaboração de ninguém, seja mediante produção independente sexuada, seja por meio das técnicas de reprodução assistida.

3.4 O PAPEL DO ESTADO NA REALIZAÇÃO DO PROJETO FAMILIAR

Reforce-se, nesse cenário todo, que é no seio da família que a pessoa nasce e desenvolve as aptidões sociais necessárias a traçar sua trajetória. Ou seja, a família é instituição sob o ponto de vista jurídico, mas é também o último local onde a vontade pode se manifestar - quando da construção e vivência do núcleo familiar.

Em assim sendo, cabe ao Estado acompanhar a evolução da família, que se encontra suscetível às modificações da sociedade e da irrupção de novos direitos.

Mas o limite da intervenção do Estado em famílias não disruptivas³⁸ – entendidas como aquelas que sequer propiciam a proteção da criança das intempéries da natureza, da fome, da integridade física, moral e sexual, e ainda, cumprem a função de dar afeto e transmitir valores de solidariedade aos filhos – tem limites.

Se a pessoa é entendida como fim em si mesmo, já que a cláusula geral da dignidade humana rege o ordenamento por ser núcleo constitucional, o interesse individual se sobrepõe ao interesse do Estado. Logo, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, os interesses da família e de seus membros não devem sofrer intervenções ostensivas e diretas do Estado.

³⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. p. 133.

³⁸ SOUZA, Jessé. A Ralé Brasileira: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

Nesse sentido, o Estado deve eleger “(...) uma regulamentação jurídica aberta, traçando valores e princípios contidos em cláusulas gerais. Paradoxalmente, esta é a técnica legislativa que se mostra como mais adequada para limitar e promover a liberdade dos sujeitos de direitos”.³⁹ Logo, a este compete tão somente tutelá-los.⁴⁰

Essa tutela, no entanto, não pode servir como forma de restrição da autonomia privada. A mínima intervenção estatal vincula-se, portanto, ao princípio da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, desenvolvido a partir da Carta da República – que tem como núcleo a preservação da dignidade da pessoa humana – e ampliou o campo de aplicação do princípio da autonomia privada no âmbito das relações familiares.

Sobre o assunto, Rodrigo Cunha Pereira esclarece que

a aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de *freios e contrapesos* da intervenção do Estado funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõem, que resulta também na personificação do indivíduo.⁴¹

Em suma, na construção, na manutenção e no desenvolvimento da família, quem dita às regras próprias de convivência são seus próprios integrantes, e solidariamente, a partir da personificação e despatrimonialização da família. A intervenção do Estado deve limitar-se, portanto, à tutela da família em sua constituição e desenvolvimento, oferecendo garantias e respaldo, possibilitando a manutenção do núcleo afetivo mediante a possibilidade de autodeterminação de cada um de seus membros.

Relembre-se, então e na passagem, que a Carta de 1988 não deixou margem para dúvidas quanto ao papel do Estado, mínimo e tão somente protetor, ao ditar, no art. 226, que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Justamente por isso é que o Estado não deve intervir na autonomia privada do(s) indivíduo(s) na construção e manutenção da família.

Nessa toada, se para se construir a família for imprescindível o uso das técnicas de reprodução assistida, a decisão será pessoal – de cada indivíduo ou de (pelo menos) dois deles⁴² – de modo que o papel de Estado não poderá ir além de orientar e tutelar⁴³ as relações

³⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008, p. 289.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178.

⁴¹ Ibidem. p. 189.

⁴² O que se exige no caso de inseminação com doação de espermatozoides, por exemplo, que reclama manifestação volitiva do doador e da receptora, quando se tratar de mulher só.

⁴³ Foi o que fez, por exemplo, por intermédio do Ministério Público e do Judiciário, ao retirar a guarda das filhas dos pais, que se socorreram da técnica de fertilização *in vitro*, mas pretendiam abandonar uma das filhas trigêmeas na maternidade. Fonte: Gazeta do Povo, publicado em 02.04.2011.

individuais, interferindo apenas quando sua atuação for indispensável para salvaguarda de direitos ameaçados.⁴⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para não transformar o ordenamento jurídico em um “puxadinho que nunca termina de se construir” é que tudo o quanto se necessita em matéria de direito positivo referente à personalidade, à autodeterminação da pessoa e à própria busca individual de dignidade deve vir de um só centro gravitacional: dos princípios constitucionalmente erigidos e amplamente considerados.

A partir deles, em 1988, o ser foi alçado à condição nuclear, em consequência da cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, que possibilita, ao menos formalmente, que ela se autodetermine nos múltiplos aspectos atinentes a sua personalidade, ainda que não seja possível afirmar que os direitos dessa magnitude, diretamente derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, não possam ser completamente restritos, quando da ponderação necessária no caso concreto.

E porque não há de se falar em dignidade sem liberdade, sobretudo quando esta se manifesta pelas escolhas existenciais da descendência - restaria prejudicada a dignidade da pessoa humana se não lhe fosse garantido tal direito. Desta feita, desde que atendida a função de promover o desenvolvimento da personalidade, a autonomia privada merece tutela nas situações existenciais.

Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas nas mais diversas formas de manifestação de família, inclusive por aquelas pessoas que não tenham como concretizar seu projeto parental senão socorridos pelo material genético de outrem.

Daí que a forma de constituição do núcleo familiar para utilização das técnicas de reprodução assistida independe de uma compreensão *a priori*, ou mesmo de uma “delimitação” do seu conceito. Isto é, não pode o Estado ditar o que deve-ser um núcleo familiar e nem mesmo pode a sociedade referendar tal ou qual entendimento a esse respeito. Como a dignidade pressupõe a consideração de cada pessoa – como exclusiva e

⁴⁴ Tome-se como exemplo, ainda que estrangeiro, a necessidade da tutela do Estado em situações urgentes como a de Nadya Suleman, americana, mãe de seis filhos, todos gerados por meio de fertilização *in vitro* com o auxílio de material genético de doador anônimo, que, dois anos depois, pela mesma técnica, implantou seis embriões criopreservados, que resultaram na gravidez de oito crianças. Frise-se que a cidadã americana vive, hoje, as expensas do Estado. Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Nadya_Suleman. Acesso em 03 de março de 2013.

personalíssima que é –, o mesmo se deve afirmar em relação a cada família, composta por pessoas, unidas por laços de afeto.

Logo, a vontade privada a ser externada em sede de reprodução humana assistida há de ser a de cada um e de todos os membros da família; e de ninguém mais.

Em assim sendo, ao Estado compete fomentar e proteger a família entendida como núcleo de afeto e desenvolvimento do ser humano, que é a razão de ser do ordenamento, merecedor da proteção de todos, justamente por interessar a todos, em maior ou menor grau.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

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

BARROS, Eliane Oliveira. *Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida*. In: LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional: caderno III*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.ed. São Paulo: RT, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GOMES, Renata Raupp. *Os “novos” direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. (p. 51-75)

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 02 de março de 2013.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003.

NANNI, Jorge Giovanni Ettore. *A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e os tecidos diante da Lei federal n. 9434/97 e da Constituição Federal*. In: LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional: caderno III*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Planejamento familiar e condição feminina*. In: MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. *Autonomia da vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para instauração e funcionamento da arbitragem*. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1998: Algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva: 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

VENOSA, Silvio Sálvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2003.