

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA POR CASAIS HOMOAfetivos

Márcia Ferreira Tavares¹, Marina de Neiva Borba²

Estudante do curso de Direito, e-mail: marciatavares2005@hotmail.com¹
Professora da Universidade de Mogi das Cruzes² marinaborba@globo.com²

Área do Conhecimento: Direitos Especiais

Palavras-Chave: Direito Público

INTRODUÇÃO

As técnicas de reprodução humana assistida para a procriação humana são destinadas para o tratamento de pessoas com infertilidade, bem como para evitar a má formação congênita, ou seja, para evitar a transmissão hereditária de alguma doença genética (SCALQUETTE, 2010, p.67). Apesar de, atualmente, existirem várias técnicas de reprodução assistidas, é possível distinguir dois procedimentos principais: a inseminação artificial e a fecundação in vitro, apresentando, cada uma destas técnicas, métodos próprios e indicações específicas. A inseminação artificial é a introdução/colocação de espermatozoides no interior do canal vaginal, (através de um cateter) onde a fecundação entre o óvulo e o sêmen ocorre espontaneamente dentro do organismo materno. Já a fertilização in vitro ocorre com a fertilização do óvulo pelo espermatozoide ocorre em laboratório com a posterior transferência dos embriões fecundado (in vitro) para o útero gestacional (SCALQUETTE, 2010, p71). Para a realização das técnicas de reprodução assistida, pode ser utilizado tanto o material genético do próprio casal, chamada de reprodução assistida homóloga, como o material genético de doadores anônimos, denominada de reprodução assistida heteróloga (DINIZ, 2007, p. 502). Entre as discussões ética e jurídica sobre a temática da reprodução assistida, uma, em especial, será tratada, oportunamente, nesta pesquisa: as técnicas de reprodução assistida heterólogas podem, ética e juridicamente, ser utilizadas por casais homoafetivos? Quais as implicações jurídicas decorrentes dessa possibilidade?

OBJETIVO

Esta pesquisa tem, portanto, como objetivo geral analisar a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga por casais homoafetivos.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa que utilizou técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

RESULTADOS/DISCUSSÃO

Por muito tempo, a doutrina jurídica clássica brasileira entendeu que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada uma união estável e, conseqüentemente, não poderia ser reconhecida como uma entidade familiar.

Tal entendimento fundava-se juridicamente na ausência de um dos pressupostos objetivos exigidos para o reconhecimento de uma união estável: a diversidade de sexos. Nesse sentido, os doutrinadores mais conservadores, como Maria Helena Diniz (2007) e

Álvares Villaça Azevedo (2003, p. 203), consideravam a união homossexual uma mera sociedade de fato, e não, uma entidade familiar.

Contudo, os doutrinadores da linhagem mais liberal e avançada, tais como Maria Berenice Dias (2011, p. 196) e Paulo Lôbo (2008, p. 89), Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2008, p. 61), defendiam que a união homoafetiva deveria ser sim considerada uma entidade familiar, já que essas pessoas eram ligadas pelos laços da afetividade e pelo desejo constituir família. Nesse sentido, inclusive, Dias (2011, p. 197) consagrou a expressão *união homoafetiva*, definindo-a como a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo que se unem pelos laços da afetividade, do carinho e do desejo de querer constituir uma família, não se confundindo, portanto, com a mera relação sexual. Por causa dessa divergência, Tartuce e Simão (2012, p. 338) esclarecem que não se concebia a possibilidade de casais do mesmo sexo utilizarem as técnicas da reprodução assistida heteróloga.

Entretanto, em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Hoje, portanto, essa união merece a proteção do Estado brasileiro (conforme art. 226 da Constituição Federal de 1988), sendo reconhecida como família e podendo usufruir os direitos inerentes a ela (DIAS, 2011, p. 209). Dessa forma, após essa mudança de entendimento, investigou-se a possibilidade ético-jurídica de acesso às técnicas de reprodução assistida heteróloga pelos casais homoafetivos.

Sobre o tema, Peterson (2005, p. 280) esclarece que, especialmente na Austrália, esse acesso tem sido negado a alguns grupos de pessoas cuja capacidade de criação desses filhos seja questionável, tais como: mulheres solteiras, casais gays e mulheres pobres.

Os principais argumentos utilizados para justificar tal negativa às mulheres lésbicas são, principalmente, a ausência de infertilidade e as preocupações sociais de que tal prática vai de encontro à natureza (PETERSON, 2005, p. 280).

Contrariamente ao primeiro argumento, segundo o autor, existiria uma justificativa ética para casais de lésbicas terem acesso às técnicas de reprodução assistida: como tecnicamente um casal de mulheres não pode produzir espermatozoide, elas podem ser consideradas inférteis frente à vontade de constituir família, presumindo-se, portanto, aptas a esse tratamento com base nos mesmos direitos dos casais heterossexuais que forem inférteis (PETERSON, 2005, p. 284). Todavia, a Suprema Corte da Austrália decidiu manter a restrição ao uso das técnicas de reprodução assistida para casais heterossexuais. Tal decisão foi baseada na constatação de que a recusa não foi direcionada ao lesbianismo em si, mas sim, na sua não adequação à definição de “infertilidade” dada pela medicina legal (PETERSON, 2005, p. 285). Quanto ao segundo argumento, o artigo aponta estudos psicológicos feitos em crianças cujo desenvolvimento se deu numa unidade familiar homoafetiva, concluindo que não foram encontrados impactos negativos significativos no desenvolvimento cognitivo e no ajustamento emocional da identidade dessas crianças quando comparados com filhos de casais heterossexuais (PETERSON, 2005, p. 282). Destarte, Peterson (2005, p. 280) afirma que famílias não convencionais não são aceitas socialmente, violando o direito à igualdade e o preceito da não discriminação em razão da opção sexual dessas mulheres.

Nesse mesmo sentido, o *Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine* (2009, p. 1190) ressalta que a restrição do acesso aos serviços de fertilização com base no estado civil ou na orientação sexual não podem ser eticamente justificados. Primeiramente, o Comitê de Ética (2009, p. 1191) refuta o argumento de que casais gays e lésbicas não teriam interesse em ter filhos.

Além desse argumento, muitas pessoas que se opõem a reprodução assistida por casais de *gays* ou lésbicas o fazem por preocupação com o bem-estar dos filhos. Segundo o Comitê de Ética (2009, p. 1191), no entanto, os resultados das pesquisas científicas sobre o tema não sustentam tais medos: a Associação Americana de Psicologia descobriu que os temores de que haveria uma taxa mais elevada de problemas psicológicos ou sociais entre as crianças nascidas e criadas por casais de *gays* e de lésbicas não foram comprovados. Finalmente, o Comitê de Ética conclui que a autonomia profissional dos médicos especializados em reprodução assistida submete-se ao dever constitucional de não discriminação com base no estado civil ou na orientação sexual, em consonância com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (2009, p. 1192). Portanto, as clínicas de reprodução assistida devem tratar igualmente todos os pedidos de tratamento, sem levar em consideração o estado civil ou a orientação sexual dos solicitantes (ETHICS..., 2009, p. 1193).

Neste ponto, torna-se curioso notar que o Conselho Federal de Medicina brasileiro seguiu a mesma trajetória do supracitado Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva: apoiado numa decisão judicial de não discriminação proferida pelo Tribunal Supremo do país, permitiu-se a aplicação das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos aos médicos e às Clínicas, Centros ou Serviços especializados. Assim, “considerando que o pleno do Supremo Tribunal Federal (...) reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132)”, o CFM (2013, p. 1) regulamentou a possibilidade de acesso às técnicas de RA por casais do mesmo sexo aqui no Brasil: “2 - **É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos** e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”. (CFM, 2013). (Grifado).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagra o direito ao planejamento familiar no art. 226, §7º, que foi reconhecido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 3510. (Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010). Assim, a própria Constituição Federal afirma que o (direito ao) planejamento familiar é uma livre decisão do casal. Como não se definiu se esse casal seria heteroafetivo ou homoafetivo, o art. 226, § 7º, da CF/88, deve ter a sua interpretação estendida a todos os casais que vivam uma relação de afeto duradoura e em comunhão afetiva, independentemente da sua orientação sexual. Ora, a exigência por uma interpretação ampliada desse direito pauta-se no próprio julgamento conjunto das ADI 4277 e ADPF 132 do STF, já citados anteriormente, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Dessa forma, os mesmos direitos e deveres inerentes à família heteroafetiva que vivam em união estável devem ser estendidos à família homoafetiva, pois, a partir desse julgamento, o casal homoafetivo passou a ter o *status* de entidade familiar, que é a base da sociedade, passando também a gozar da proteção especial do Estado quanto aos seus direitos e deveres, inclusive o direito ao planejamento familiar expresso no §7º do art. 226 da CF/88.

CONCLUSÃO

No Brasil, o uso das técnicas de RA por casais homoafetivos foi autorizado pela Resolução 2013/2013. Ao regulamentar os princípios deontológicos da profissão, o Conselho Federal de Medicina, apoiou-se no julgamento proferido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277 e na ADPF 132, que reconheceu como entidade familiar a união estável homoafetiva. Não se pode conceber que esse Conselho Profissional tenha extrapolado as suas atribuições, visto que tal regulação, direcionada aos profissionais médicos, está em consonância com a decisão do STF. Na verdade, a Resolução CFM 2013/2013, que permitiu o uso das técnicas de RA por casais

homoafetivos, concretizou o direito ao planejamento familiar, previsto no §7º do art. 226 da CF/88 e reconhecido pelo STF no julgamento de outra Ação – a ADI 3510. Conclui-se, portanto, que tal dispositivo da Resolução CFM 2013/2013 não viola o princípio da legalidade, pois, ao contrário, em respeito à isonomia constitucional, efetivou o direito à formação de uma família por casais com qualquer tipo de orientação sexual. A pesquisa concluiu, ainda, que o acesso às técnicas de RA por casais homoafetivos vem sendo concretizado pela conjugação de dois fatos: primeiro, uma decisão judicial de amplo alcance, proferida por um Tribunal Constitucional, vedando qualquer discriminação com base na orientação sexual; e, segundo, uma manifestação de um Conselho de Classe ou Sociedade Profissional especializada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvares Villaça. **Comentários ao código civil**. vol. 19. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOADA, Montserrat; VEIGA, Ana; QUINTANA, Octavi. Legal and ethical aspects in assisted reproductive techniques: the debate in Spain. **Revista de Derecho y Genoma Humano: Law and the Human Genome Review**, n. 17, p. 205-214, jul-dez 2002.
- DEMBINSKA, Aleksandra. Bioethical dilemmas of assisted reproduction in the opinions of Polish women in infertility treatment: a research report. **Journal of Medical Ethics**, n. 38, p. 731-734, 2012.
- ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Access to fertility treatment by gays, lesbians, and unmarried persons. **Fertility and Sterility**, vol. 92, n. 4, p. 1190-1193, out. 2009.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8.ed. São Paulo: RT, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. 2. São Paulo: Loyola, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LEGGE, M.; FITZGERALD, R., FRANK, N. A retrospective study of New Zealand case law involving assisted reproduction technology and the social recognition of ‘new’ family. **Human Reproduction**, vol. 22, n. 1, p. 17–25, 2007.
- LEROY, Fernand. Fecundação in vitro e transferência de embrião (FIVETE). In: LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MCMANUS, Alison J.; HUNTER, Lauren P.; RENN, Hope. Lesbian experiences and needs during childbirth: guidance for health care providers. **Journal of obstetric, gynecology and neonatal nursing**, vol. 35, n. 1, p. 13-23, 2006.
- PETERSON, M. M. Assisted reproductive technologies and equity of access issues. **Journal of Medical Ethics**, n. 31, p. 280-285, 2005.
- POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall, INC., 1971.
- SCALQUETTE, Ana Claudia. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

VELTE, Kyle C. Egging on lesbian maternity: the legal implications of tri-gametic in vitro fertilization. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Denver, vol. 7, n. 431, p. 431-464, 1999.