

Os Direitos dos Homossexuais e a Reprodução Humana Assistida

Deborah Ciocci¹, Edson Borges Júnior²

¹Tribunal de Justiça de São Paulo

²FERTILITY – Centro de Fertilização Assistida

O desenvolvimento científico e as conquistas da medicina sempre fizeram a humanidade refletir. A História muito contribuiu para isso com as experiências genéticas. Reprodução Humana Assistida é matéria que causa perplexidade e comoção, em face dos avanços e da revolução dos conceitos de paternidade, com o fim do fatalismo biológico da reprodução na descendência do homem, além da separação entre sexualidade e procriação.

Entretanto, o medo não pode paralisar o desenvolvimento, tampouco ditar regras restritivas à utilização das técnicas médicas, pois o Direito não pode servir de braço forte da moral. Imprescindível que se imprima ao Direito seu caráter laico.

A Medicina Reprodutiva no Brasil é muito evoluída e não perde para nenhum outro país em tecnologia e resultados. Situações novas devem ser pensadas para continuarmos acompanhando o mundo, sem ficar para trás.

Embora a lei brasileira seja omissa a respeito de muitos dos fatos da vida, queiramos ou não, eles rompem as portas da justiça e pedem solução. É o que se diz do casal homossexual que tenta registrar os filhos com duas mães em São Paulo.

O Direito à procriação é assegurado a todos constitucionalmente, sem distinção. É certo que a omissão da Constituição no tratamento de entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo pode ser considerada, em princípio, um obstáculo, pois se limita a dizer expressamente que a família é formada pelo casamento, bem como pela união estável entre homem e mulher. No entanto, a própria Constituição eleva à entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

O aparente obstáculo já foi quebrado pelos nossos Tribunais Superiores¹, que reconhecem as uniões homoafetivas como entidade familiar, até porque as normas constitucionais dirigem-se a todas as pessoas, reconhecida a igualdade sem distinção de raça, sexo, cor ou crença religiosa. Os direitos e garantias da Constituição não

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados; por isso, toda interpretação constitucional a respeito das novas famílias deve ser inclusiva, para proteção de todas as pessoas, de modo que ninguém seja excluído.

A entidade familiar homoafetiva deve ter seus membros protegidos, pois a base do Estado democrático de Direito em que vivemos é a dignidade humana, que não admite a exclusão. Desde 2001, muitas decisões judiciais nesse sentido foram proferidas, ainda que muitas vezes permeadas por preconceitos. Até o INSS, através da Instrução Normativa 25/2000, estabeleceu os critérios para reconhecer como dependentes os companheiros em uniões homoafetivas. Outras tantas foram as decisões a respeito da adoção por casais homossexuais no País, tendo em vista que a homossexualidade não incompatibiliza qualquer pessoa com o ato de adotar.

A capacidade humana para constituir vínculos nada tem a ver com a orientação sexual de cada um. Não há estudo ou pesquisa científica que demonstre desvantagem para a criança criada por homossexual, nem por um casal do mesmo sexo. A importância dos papéis masculinos e femininos na formação da personalidade infantil também não é óbice à paternidade por casais do mesmo sexo, pois são os papéis e as referências masculinas e femininas que importam e não o sexo nem a orientação sexual das pessoas que fornecem tais referências.

Assim, não se discute a legalidade dos tratamentos. No caso específico das duas mulheres que pretendem registrar seus gêmeos, deverá ser enfrentada ainda a questão registrária.

O assunto é mais complexo, porque envolve material genético de uma das mulheres, sendo a outra a gestante (cessão temporária de útero). Em princípio, o tratamento parece ferir a Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 1.352/92), que impede a doação de gametas entre pessoas conhecidas e impõe o anonimato entre doadores e receptores de material genético para sua validade.

No entanto, ao contrário da comercialização de gametas que deve continuar proibida, porque inconstitucional e ilícita, a utilização do óvulo de uma das mulheres para implantação na outra deve ser aceita e a proibição do Conselho, revista ou interpretada de modo diverso; isto porque, ambas são as próprias pacientes e esta é uma forma de alcançar o direito, tão preso à descendência genética.

A Lei de Registros Públicos não proíbe expressamente o registro de nascimento com dois pais ou duas mães. Quando ocorre adoção e assim já foi decidido em São Paulo mais de uma vez, possível o registro desta forma.

1 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 999075496. Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi. Julgado em: 17.06.99. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php?pg=2; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70002355204, Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargador Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/04/01. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php?pg=2;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/01; Disponível em: www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php?pg=2;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nº 70003967676, Quarto Grupo Cível, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 09.05.03. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php?pg=2;

Evidente que para os casos de crianças nascidas de Reprodução Humana Assistida deverá ocorrer igualmente, porque a lei deve ser enfocada e aplicada visando o melhor interesse da criança e com enfoque constitucional. Os requisitos formais do registro de nascimento, inscritos no artigo 54, item 7 da Lei de Registros Públicos, não incluem nomes de pai e mãe de sexos biológicos diversos nem há proibição para registro com dois pais ou duas mães quando este for o caso. Deve constar apenas a menção aos nomes dos respectivos genitores e avós sem a designação de origem paterna ou materna.

Tal interpretação se compatibiliza com o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois os fins sociais, o bem comum e a condição peculiar da criança norteiam a busca da solução, assim como a proteção à entidade familiar e o reconhecimento de sua existência, que não pode ter conteúdo discriminatório.

Superados os preconceitos que afetam as novas realidades, para aplicam-se os princípios constitucionais, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto cimentado em regras de inclusão.

Correspondência

Edson Borges Junior
Fertility - Centro de Fertilização Assistida
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 4.545 - Jardim Paulista
São Paulo, SP - CEP: 01401-002

Fone: 11 38859858
e-mail: edson@fertility.com.br

Referências Bibliográficas

HAMAD, N. *A criança adotiva*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

MEDEIROS, I. *As leis do desejo*. Bioética e direito ao acesso ao serviço de reprodução humana assistida. Florianópolis, UFSC, 2007.

RIOS, R.R. Acesso as tecnologias reprodutivas e princípios constitucionais: igualdade, pluralismo, direito constitucional de família, orientação sexual no debate bioético brasileiro. In: Deny, D. B.S (org). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas, diferentes perspectivas do Direito Brasileiro*. Brasília, Letras Livres, 2002.

Uziel, A. P. Parentalidade e conjugalidade: aparições no movimento homossexual. *Horizontes Antropoógicos*. Porto Alegre, Dez 2006; 12:26.

UZIEL, A. P. *Família e homossexualidade: velhas questões, novos problemas*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais)-IFCH, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

SAPKO, V.L.S. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba, Juruá, 2005.