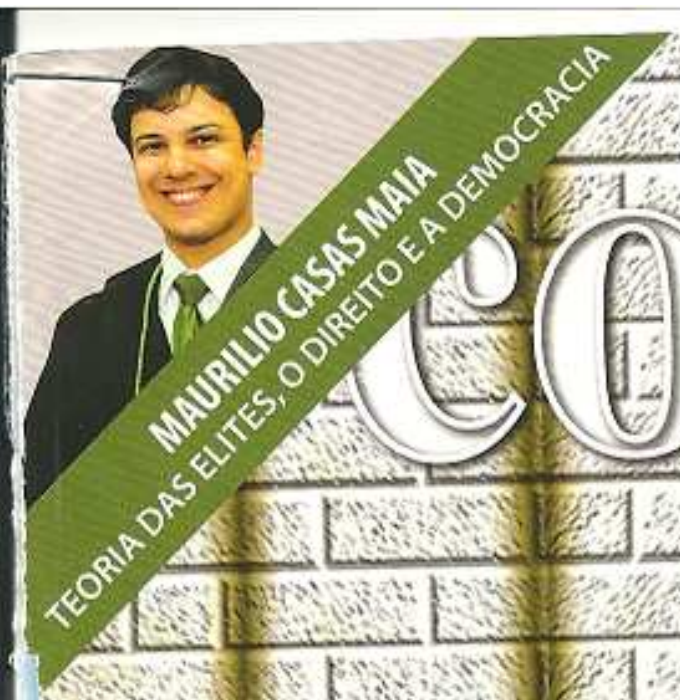
REVISTA JURÍDICA
consulex
ANO XVIII - Nº 410
15 DE FEVEREIRO DE 2014
WWW.CONSULEX.COM.BR
EDITORA CONSULEX
R$ 25,60



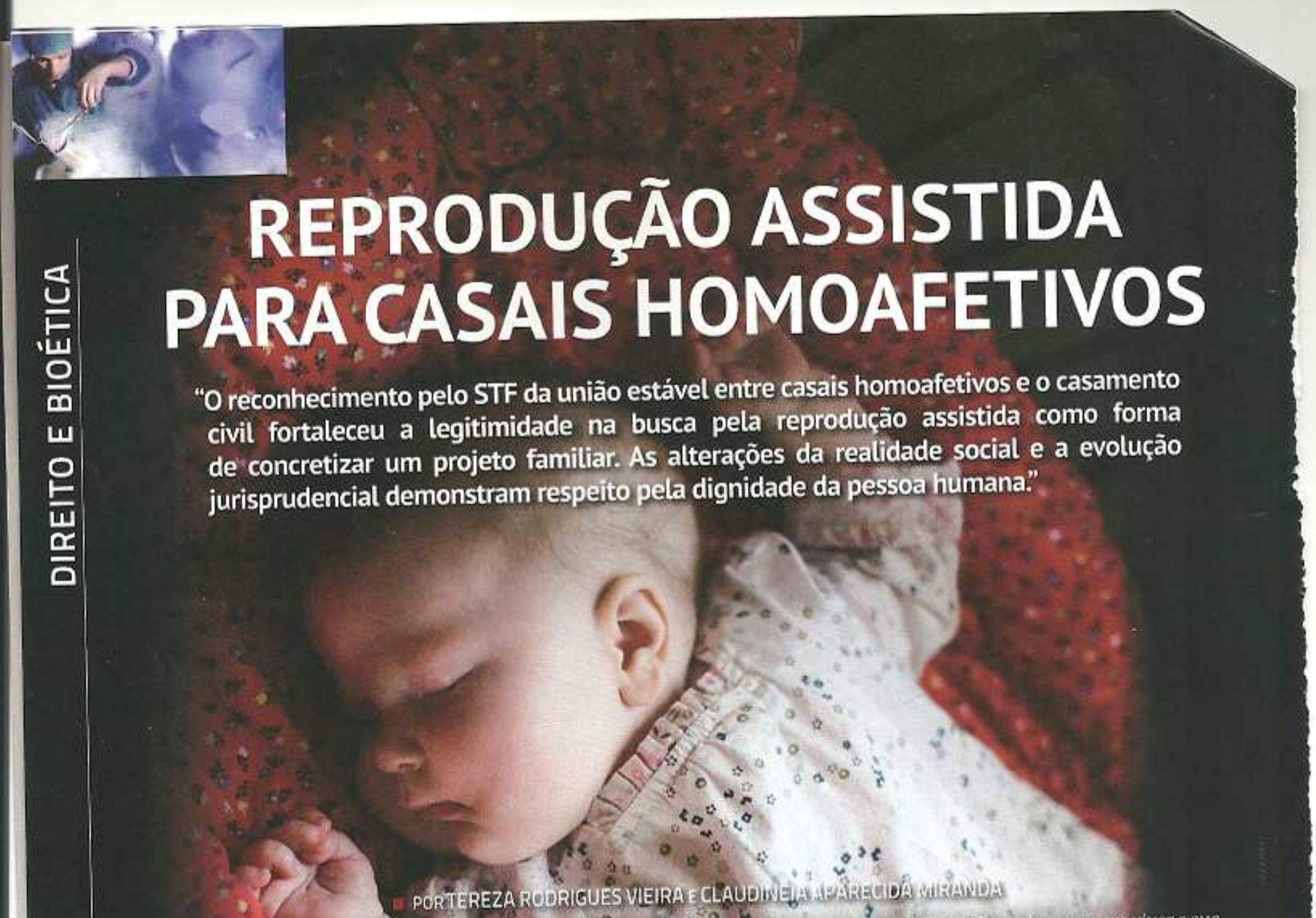
MAURILIO CASAS MAIA
TEORIA DAS ELITES, O DIREITO E A DEMOCRACIA

PEDRINHAS
UM DESASTRE ANUNCIADO

CONTEXTO
LUIZA NAGIB ELUF
MULHERES NA POLITICA

IN VOGA
SEBASTIÃO VENTURA P. DA PAIXÃO JR.
O SUPREMO ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO

ENFOQUE
PALHARES MOREIRA REIS
30 ANOS DAS "DIRETAS JÁ!"



REPRODUÇÃO ASSISTIDA PARA CASAIS HOMOAFETIVOS

"O reconhecimento pelo STF da união estável entre casais homoafetivos e o casamento civil fortaleceu a legitimidade na busca pela reprodução assistida como forma de concretizar um projeto familiar. As alterações da realidade social e a evolução jurisprudencial demonstram respeito pela dignidade da pessoa humana."

POR TEREZA RODRIGUES VIEIRA E CLAUDINEIA APARECIDA MIRANDA

Inúmeros são os desafios impostos pelo progresso da Biotecnologia. Um deles consiste no uso das técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos, uma vez que não existe regulamentação legal específica acerca do tema.

Reprodução assistida e homoafetividade são temas polêmicos que envolvem conceitos científicos, morais, culturais, religiosos etc.

O amor entre pessoas do mesmo sexo é sentimento existente há milênios, ao contrário da reprodução assistida de humanos, que é fruto da Biotecnologia, com existência recente.

O afeto, esta relação de carinho voltada para alguém, é que possibilita a demonstração dos sentimentos. A formação deste poderoso laço independe da orientação sexual para o fortalecimento das vivências do sujeito.

O planejamento familiar, por sua vez, é um direito tutelado constitucionalmente pelo § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que permite, inclusive, o uso das técnicas de reprodução assistida para tanto. Referido dispositivo garante a qualquer pessoa disposta a parentalidade responsável.

O planejamento familiar possui Lei específica para regulamentá-lo (nº 9.263/96), a qual não faz menção alguma à orientação sexual dos autores do projeto parental. Ademais, o Estado não deve interferir, mas educar os usuários ao planejamento responsável.

O desejo de ter um filho, ou mais, de forma planejada, pensada e repensada, é um indicativo positivo do comprometimento dos futuros pais. Contudo, é importante que os pais não projetem no filho a sua felicidade. O filho vem ao mundo através de um projeto dos pais, mas para viver a sua própria vida, as suas angústias, seus desejos, suas glórias.

RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Os direitos reprodutivos são direitos humanos, ou seja, cada pessoa pode desfrutar de uma vida sexual e reproduzir-se, com liberdade responsável, com acesso a métodos de planejamento familiar, conforme prevê a Lei nº 9.263/96. A autonomia reprodutiva pressupõe o acesso às informações e meios para sua efetivação.

O Conselho Federal de Medicina, considerando que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI nº 4.277-DF e ADPF nº 132-DF), resolveu alterar algumas normas éticas acerca da reprodução assistida, tornando explícito o que antes poderia configurar dúvida para alguns profissionais. Agora estabelece literalmente que:

> **II** - *Pacientes das técnicas de RA*
>
> **1.** Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.
>
> **2.** É permitido o uso das técnicas de RA para *relacionamentos homoafetivos* e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico. (Grifo nosso.)

As disposições, consignadas na Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013, estão em sintonia com outras que autorizam aos casais homoafetivos a gestação de substituição em clínicas, centros ou serviços de reprodução:

> **VII** - *Sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero)*
> As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética *ou em caso de união homoafetiva.*
> **1**. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em um parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. (Grifo nosso.)

Reitera a Resolução CFM nº 2.013/13 que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Nesse passo, estabelece os documentos e observações que deverão constar no prontuário do paciente, tratando igualmente os casais heterossexuais e homoafetivos.

Atualmente, há mulheres jovens, das classes mais abastadas, que pensam em congelar seus óvulos para que sejam utilizados em gestação futura. Postergar a gravidez pode ser uma opção para aquelas que pretendem primeiro se dedicar aos estudos ou a projetos pessoais inadiáveis. Nesses casos, torna-se imprescindível recorrer a métodos de criopreservação de óvulos, os quais, devido à ação dos crioprotetores, permitem manter a viabilidade das células conservadas, uma vez que a qualidade dos óvulos decai após certa idade.

A nosso ver, bem andou a Resolução CFM nº 2.013/13, se antecipando à lei e regulamentando eticamente normas que se coadunam com princípios constitucionais.

PATERNIDADE/MATERNIDADE E PATERNAGEM/MATERNAGEM

Pai é o genitor, aquele que gera ou gerou, mas a lei possibilita a paternidade através da adoção ou das técnicas de reprodução assistida. Anteriormente e, hoje ainda para muitos, o pai era considerado o responsável pela educação e sustento da família. Com a evolução social, as mães conquistaram poder econômico e também contribuem para o sustento e educação.

Na maternidade por substituição (*gestação por substituição* ou, popularmente, *barriga de aluguel* ou *barriga solidária*) a mulher aceita engravidar e dar à luz uma criança a ser criada por outra pessoa.

Hodiernamente, existe um grande número de pessoas que, por opção, não têm crianças, e a vida adulta não é mais sinônimo de paternidade/maternidade. Antigamente, esta escolha poderia ser vista como egoísta, mas é fato que uma pessoa pode se sentir realizada sem filhos, uma vez que entenda que o seu valor não está na qualidade de ser pai/mãe.

Assim, preferem alguns priorizar a carreira, não privar-se da liberdade de ir e vir ou ter acesso a melhores condições econômicas, não atribuindo à paternidade/maternidade a plena felicidade, se ela corresponder a mera imposição social. O percentual de casais sem filhos aumentou.

A maioria das mulheres hoje trabalha fora e o competitivo mercado pode não aguardar o seu retorno após os 180 dias de licença-maternidade. Algumas pessoas afirmam não reunir condições emocionais ou não ter certeza de que o companheiro é a pessoa certa para levar adiante o projeto parental.

Existem ainda pessoas que acham que somente a mulher consegue cuidar da casa, lavar, passar, cozinhar, atitude preconceituosa e descabida nos dias atuais. O cuidado paterno é praticado por aquele que escolheu ser pai, que manifesta o seu amor, se envolve na criação e participa da educação, e nada tem a ver com paternidade biológica. A dinâmica familiar hoje não impõe papéis sociais rígidos como outrora.

O afeto é demonstrado com a paternagem, que implica presença, cuidado, envolvimento e comprometimento. A paternidade pode ocorrer pelo descuido, pelo não planejamento. A paternagem é fundamental e deve ser reconhecida.

Nesse sentido, cumpre lembrar que os avós, tios, primos e padrinhos podem exercer a maternagem ou paternagem, no caso da impossibilidade dos pais, no melhor interesse da criança, objetivando a proteção integral do desenvolvimento da personalidade.

DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Conforme assevera Flávia Piovesan (2003, p. 242), o conceito de direitos reprodutivos tem sido ampliado, "no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos".

As novas entidades familiares reconhecidas pelo Direito não se restringem ao casal heterossexual. O desejo de paternagem, maternagem, o projeto parental não são prerrogativa heterossexual.

O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, pelo STF, deu resposta àqueles que discriminavam os casais homoafetivos que viviam em união estável. Não há mais por que ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Nossa Carta não é nem pode jamais ser preconceituosa ou homofóbica.

Assim, paulatinamente, os casais homoafetivos vêm se tornando mais visíveis. Esta é uma realidade.

A equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas demonstra que ambas têm as mesmas prerrogativas, reconhecendo que a adoção por casal homoafetivo é legal.

Em 18 de dezembro de 2012, a Ministra Nancy Andrighi relatou importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.281.093-SP (DJe 04.02.13), acerca de um pedido de adoção unilateral, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é resultado de planejamento do ▷

casal homoafetivo, que já vivia em união estável, acorde acerca da inseminação artificial heteróloga, com material genético de doador desconhecido. Destaca a Ministra a norma-princípio fixada no art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolecente, segundo o qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

Por fim, os Ministros da Terceira Turma do STJ, por unanimidade, negaram provimento ao Recurso Especial impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do excerto do acórdão redigido pela Ministra Relatora:

> [...]. **VII** - A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. [...].

Ademais, estudos realizados na área da Psicologia demonstram que "os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais, para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças, parece ser o mesmo" (FARIAS; MAIA, 2009, p. 75).

Na mesma esteira foi o entendimento da Juíza Elizabeth Kazuko Ashirawa, da Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional do Ipiranga (cidade de São Paulo), que prolatou sentença em outubro de 2013 reconhecendo a maternidade socioafetiva de uma mãe biológica e sua companheira, autorizando o registro dos nomes das duas mães na Certidão de Nascimento das crianças. As meninas nasceram por reprodução assistida em 2011, porém, na Certidão de Nascimento anterior, constava apenas o nome da mãe biológica.

Assevera a magistrada que "nesta nova realidade social, felizmente com muito menos preconceito, se reconhece o direito de pessoas do mesmo sexo de constituírem família e não mera sociedade de fato, o que nada mais representa do que se observar o preceito constitucional do direito de igualdade" (SÍNTESE, 2013, p. 1).

Este entendimento está em consonância e harmonia com os princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, além dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Com a evolução do entendimento jurisprudencial acerca do reconhecimento da união e do casamento homoafetivo, o planejamento familiar através de reprodução assistida é perfeitamente legítimo. O Direito de Família se constitucionalizou. Ademais, a Resolução CFM nº 2013/13 reitera a eticidade da reprodução para casais homoafetivos.

Hoje, o entendimento do conceito de família no ordenamento brasileiro é mais flexível, valorizando o afeto, o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade e o maior interesse das crianças e adolescentes.

Anteriomente, o desejo de ter um filho vinha atrelado ao casamento. Hoje, é um projeto de vida, vinculado à autonomia reprodutiva, facilitado com o aprimoramento das técnicas de reprodução assistida.

O número de procedimentos de reprodução assistida tem aumentado e os casais homoafetivos também têm se apresentado para a sua utilização, uma vez que a família contemporânea abriga um conceito plural.

O reconhecimento pelo STF da união estável entre casais homoafetivos e o casamento civil fortaleceu a legitimidade na busca pela reprodução assistida como forma de concretizar um projeto familiar. As alterações da realidade social e a evolução jurisprudencial demonstram respeito pela dignidade da pessoa humana.

As famílias com casais homoafetivos se multiplicam aos poucos no País, sobretudo nos grandes centros onde, aparentemente, há mais respeito à autodeterminação das pessoas.

A comunhão de afeto é o que deve ser observado quando alguém lança os olhos sobre uma certidão de nascimento na qual figuram, no campo *filiação*, dois nomes masculinos ou dois femininos.

Destarte, a Constituição Federal, ao assegurar o direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º), não o restringe aos casais heteroafetivos, uma vez que se funda nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável. Os casais homoafetivos, por estes fundamentos, também têm reconhecido o seu direito à constituição de uma família com filhos.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia Jurídica.* Curitiba: Juruá, 2009, p. 75-76.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2003.

SINTESE Jornal Jurídico. Ed. nº 3.280, 10 de outubro de 2013.

TEREZA RODRIGUES VIEIRA é Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal (Canadá). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Université Paris. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP e Especialista em Sexualidade Humana pela Sbrash. Professora Titular do Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR), onde coordena o Projeto de Pesquisa *Diversidade Sexual e a tutela jurídica dos cidadãos LGBTs*, financiado pela UNIPAR. Professora/Orientadora nos cursos de Direito, Enfermagem e Estética. Advogada em São Paulo.

CLAUDINÉIA APARECIDA MIRANDA é Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professora de Direito de Família e Coordenadora do Curso de Direito da UNIPAR, campus Guaíra. Advogada no Paraná.