

Consulta nº 66.812/09

Assunto: Tratamento de fertilidade para homossexuais.

Relator: Conselheiro Reinaldo Ayer de Oliveira.

Ementa: A união de pessoas do mesmo sexo, que se baseie na afetividade, no respeito mútuo e na estabilidade deve ser aceita como entidade familiar, por obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais já citados. Veja-se ainda que o artigo 226, parágrafo 4º da Carta Constitucional, ao tratar da entidade familiar monoparental, ou unilinear, utiliza o advérbio "também", o que nos leva a crer que outras formas são admitidas pelo texto, justamente para atender ao preceito da dignidade da pessoa humana.

O consultante Dr. P.A.A.M., médico de Centro de Reprodução Humana, faz Consulta ao CREMESP quanto às seguintes questões:

- "1) Devemos oferecer tratamento de infertilidade para casais homossexuais?;*
- 2) Estamos autorizados a oferecer tratamento de fertilização in vitro no qual uma mulher recebe embriões formados a partir de oócitos da parceira?;*
- 3) Estamos descumprindo as orientações da Resolução CFM 1.358/92 ao oferecermos tratamento como descrito na questão 2?"*

PARECER

Todas as indagações que podem ser formuladas a respeito deste tema convergem, necessariamente, para um único foco - a moralidade (ou não) de um casal homossexual como núcleo social. Em outras palavras: dever-se-ia considerar a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar básica? E, portanto, com os mesmos direitos e deveres de um homem e uma mulher regularmente casados?

Numerosas respostas podem ser dadas a esta questão. Todavia, para os propósitos da Consulta formulada, parece-nos que apenas três tipos de resposta são, de fato, relevantes: a jurídica, a embasada na regulamentação profissional e, finalmente, aquela que emana de uma aprofundada reflexão bioética.

Juridicamente, não é uma resposta fácil, já que inexistente no Brasil regulamentação específica sobre a questão da reprodução assistida ou fertilização in vitro na legislação ordinária. Tal assunto não mereceu dos legisladores a mesma consideração que tiveram outros da mesma área de preocupação (como o uso de células-tronco embrionárias e o transplante de órgãos, só para ficar em dois) e permanece com um dos grandes "buracos negros" da lei brasileira.

Não obstante, muitos juristas constitucionalistas atuais, caracterizam a entidade familiar brasileira de pelo menos seis modos diversos, alguns explicitamente, outros implicitamente contidos na Constituição:

- a) A união pelo casamento;
- b) A união estável;
- c) A família monoparental;
- d) O concubinato adulterino;
- e) A união de pessoas do mesmo sexo;
- f) A entidade familiar unipessoal.

Será que existe na Carta Magna alguma proibição a que se compreenda a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar?

Se nos alcançarmos ao Preâmbulo e aos Direitos Fundamentais da Constituição de 1.988, veremos que lá está consagrada a proibição de qualquer discriminação em razão de raça, credo religioso, convicções políticas e sexo. Para salientar ainda mais o fato de que somos um Estado Democrático de Direito, o legislador constituinte no artigo 1º, inciso III, reitera que a República funda-se no respeito "à dignidade humana". Como se pretende um país que assegure a observância da dignidade da pessoa humana e exclua, ao mesmo tempo, de seu amparo aqueles que tenham opção sexual diferente da maioria dos brasileiros?

A escolha à opção sexual é um dos requisitos característicos da dignidade pessoal de cada cidadão. A orientação sexual pode, inclusive, manifestar-se de diversas maneiras e todas devem ser respeitadas: com pessoas do mesmo sexo (homossexualidade), com pessoas do sexo oposto (heterossexualidade), com pessoas de ambos os sexos (bissexualidade) e mesmo ausência de relações sexuais (abstinência sexual).

Assim sendo, a união de pessoas do mesmo sexo, que se baseie na afetividade, no respeito mútuo e na estabilidade deve ser aceita como entidade familiar, por obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais já citados. Veja-se ainda que o artigo 226, parágrafo 4º da Carta Constitucional, ao tratar da entidade familiar monoparental ou unilinear, utiliza o advérbio "também", o que nos leva a crer que outras formas são admitidas pelo texto, justamente para atender ao preceito da dignidade da pessoa humana.

Nossa jurisprudência ainda tem decidido muito timidamente. Como no início do concubinato, os Tribunais têm optado por uma posição conservadora, com esporádicas aceitações de união de pessoas do mesmo sexo. Grosso modo, não reconhecem a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, mas determinam, quando

comprovada a colaboração para a realização do patrimônio de um dos conviventes, que isso seja considerado.

Nas decisões singulares, já aparece um novo entendimento, com decisões que reconhecem estas relações como entidades familiares, indo inclusive mais além, acatando, no divórcio, a partilha do patrimônio e até, concedendo a guarda de crianças a casais homossexuais. O próprio INSS já regulamentou a concessão de pensão ao companheiro ou companheira sobrevivente de uniões de pessoas do mesmo sexo. Restam óbices juridicamente menores, como a Lei dos Registros Públicos.

Existe, contudo, como se vê, um amplo caminho a ser trilhado até que se elimine toda e qualquer discriminação em função da opção sexual.

Diferentemente da legislação ordinária, os órgãos responsáveis pela regulamentação profissional possuem normas específicas para a questão da reprodução assistida. Assim é que no âmbito federal, há uma norma reguladora, a Resolução CFM 1.358, de 1.992, e no âmbito estadual, a Resolução CREMESP 165, de 2007, ambas disciplinando aspectos da reprodução assistida.

Além disso, há também o próprio Código de Ética Médica que, apesar de não tratar especificamente da matéria, deixa entrever o espírito que norteou sua elaboração.

E parece-nos muito clara a inspiração fundante do Código de Ética Médica ao proclamar como princípio fundamental: "A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de nenhuma natureza".

E logo a seguir, na parte referente aos direitos dos médicos, artigo 20: "Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza".

Quanto a Resolução CFM 1.358/92, temos a considerar:

Na parte I - PRINCÍPIOS GERAIS, assim está contido no item 5:

item 5 - É proibida a fecundação de óocitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

E na parte II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA, assim está contido nos itens 1 e 2:

item 1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

item 2 - estando casada e em união estável, será necessário a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Ainda com relação a Resolução CFM nº 1.358/92, quanto aos itens 2 e 3, da parte IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES que expressam:

item 2 - os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

item 3 - obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador

Em que pese os itens 1 e 2 da parte II (usuários das técnicas de RA) pareçam limitar o uso da técnica ao sexo feminino e, ainda assim, àquelas que tenham problemas de fertilidade, restaria o argumento de que a finalidade básica (item 5, parte I) é a procriação humana. Tal limitação, em si, é altamente discriminatória, pois exclui um sexo do benefício da procriação, quando não o faz em relação ao outro; referentes à obrigatoriedade do sigilo, não constituem, na realidade, em obstáculo sério à efetivação da técnica nos casos em Consulta.

Há, portanto, nítida contradição entre a "letra da lei" representada pela Resolução CFM 1.358/92 e o "espírito da lei" representado pelos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica.

Sob o ponto de vista da reflexão bioética, é nossa firme convicção, como ponto central da mesma, que a estatura moral do homem e, de fato, sua principal qualidade como um ser ético, repousa basicamente em dois aspectos: sua liberdade de escolha e seu conhecimento dos cursos de ação abertos a essa escolha. De um modo muito real, é possível considerar a liberdade e o conhecimento como os diferentes lados da moeda, que nos permite adquirir o pré-requisito do verdadeiro viver moral, ou seja, o controle de si próprio e de suas circunstâncias.

A observação continuada dos progressos da ciência e da arte médica tem nos facultado enxergar como esses princípios de liberdade e conhecimento, têm sido utilizados nas inúmeras áreas da moral aplicada à Medicina de hoje e, principalmente, ao papel da responsabilidade na paternidade e na reprodução. Mas a Medicina atual levantou outro problema de consciência em relação à saúde e ao sexo - o problema da moralidade da reprodução assistida humana. Na medida em que é ainda um problema não resolvido por

completo, a fertilização in vitro tem agitado as consciências nas igrejas, nas cortes de justiça e nas sociedades médicas.

Sobrelevando-se dentre muitas outras, surge a mais inquietadora das perguntas: Podem as pessoas do mesmo sexo, que vivem em união sócio-afetiva equilibrada valer-se das técnicas disponíveis para acrescentar um filho a esse núcleo de entendido como familiar?

Devemos abdicar da técnica nos episódios dos casais homossexuais? A RA nesses casos específicos é má porque pode levar a desumanidades científicas? Devemos nos deixar levar por vãos imaginários a respeito de uma onda homossexual no país e no planeta, além de outras fantasias de ficção científica?

A ciência médica, podemos estar certos, tem como único propósito a proteção e o preenchimento dos valores humanos. Ela nos permite mais controle sobre a saúde, sobre a vida e sobre a morte e, portanto, ergue os homens a um nível mais elevado de comportamento e responsabilidade. O medo de usar o conhecimento científico nasce quase sempre de uma visão reacionária das coisas. É, teologicamente falando, um sinal de dúvida, mais do que de fé. Convém não esquecer da sábia regra "abusus non tollit usum".

Será que os homens deveriam abdicar de sua faculdade de raciocínio só porque há riscos consequentes? Transcender as restrições naturais, buscar os fins por meios descobertos através de escolha, em vez de puro determinismo, é que significa a verdadeira vitória humana e espiritual. A necessidade moral do homem é exercitar suas faculdades morais, incluindo as do autocontrole, assim com o controle das circunstâncias externas. Sua tarefa não é suprimir e negar suas faculdades intelectuais, mas afirmá-las.

Encarando os fatos do ponto de vista da reflexão bioética, não enxergamos como seja moralmente lícito suprimir os benefícios da RA a casais homossexuais em geral, claro que com as exigências de equilíbrio e estabilidade já presentes nos casos de adoção, em geral.

O fato é que ampla pesquisa bibliográfica já revela grande similaridade entre a criação de crianças em lares hetero e homossexuais, quanto a alguns fatores básicos como: participação produtiva, estabelecimento de limites, responsabilidade, orientação e intimidade.

Nossas posições estão embasadas em duas certezas moralmente irrefutáveis: No fato de que o equilíbrio da união estável é uma ligação pessoal entre as partes (e não primariamente um ato legal) e que a paternidade (e a maternidade) é, muito mais, um

relacionamento moral com os filhos (e não meramente uma relação biológica ou material).

Em resposta direta aos quesitos trazidos na presente consulta pelo Dr. P.A.M., nos manifestamos da seguinte maneira:

"1) Devemos oferecer tratamento de infertilidade para casais homossexuais?. Resposta: sim;

2) Estamos autorizados a oferecer tratamento de fertilização in vitro no qual uma mulher recebe embriões formados a partir de oócitos da parceira? Resposta: sim

3) Estamos descumprindo as orientações da Resolução CFM nº 1.358/92 ao oferecermos tratamento como descrito na questão 2?" Resposta: não

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Conselheiro Reinaldo Ayer de Oliveira

APROVADO NA 4.213ª REUNIÃO PLENÁRIA, REALIZADA EM 08.06.2010.

Bibliografia:

- 1) Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em outubro de 1988;
- 2) Resolução CREMESP nº 165, de 10 de julho de 2007. Diário Oficial do Estado; Poder Executivo, São Paulo, SP, 27 jul. 2007. Seção I, p. 108;
- 3) Resolução CFM nº 1.358, de 11 de novembro de 1992. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília DF, 19 nov. 1992;
- 4) PATTERSON, C.J. - Children of lesbian and gay parents. - Child Dev, 1992; 63: 1025-42;
- 5) MILLER, B. - Gay fathers and their children - Fam. Coord., 1979; 28: 544-52;
- 6) GOLOMBOK, S.; TASKER, F. e MURRAY, C. - Children raised in fatherless families: family relationships and the socioemotional development of children of lesbian and single heterosexual mother. - J. Child. Psychol. Psychiatry, 1997; 38: 783-91;
- 7) BIGNER, J.J. e JACOBSEN, R. B. - Parenting behaviors of homosexual and heterosexual fathers. J. Homosex. 1989; 18: 163-72;

- 8) GREENFELD, D. A.- Gay male couples and assisted reproduction: should we assist? -
Fert. Steril. 2007; 88: 18-20;
- 9) TASKER, F.- Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review. J. Dev. Behav,
Pediatr. 2005; 26: 224-40.