



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA DE FORMA LIVRE E DESEMBARAÇADA
COMO GARANTIA DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA DIGNIDADE DOS
CASAS HOMOSSEXUAIS

Lucas Chevrant Pereira Duarte

Rio de Janeiro
2024

LUCAS CHEVRAND PEREIRA DUARTE

O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA DE FORMA LIVRE E DESEMBARAÇADA
COMO GARANTIA DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA DIGNIDADE DOS
CASAIS HOMOSSEXUAIS

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Gênero e Direito da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:
Lucas Tramontano de Macedo
Maria Carolina Amorim

Rio de Janeiro
2024

O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA DE FORMA LIVRE E DESEMBARAÇADA COMO GARANTIA DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA DIGNIDADE DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS

Lucas Chevrand Pereira Duarte

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá campus Nova Friburgo.
Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o acesso às técnicas de reprodução assistida pelos casais homossexuais é obstaculizado na sociedade vigente, em decorrência da ausência de regulamentação específica. Diante da lacuna legal, tendo em conta a inércia do legislador, o Conselho Federal de Medicina e o Conselho Nacional de Justiça, a despeito de não possuírem a função de legislar, acabam regulando a questão, entretanto, de maneira superficial e incompleta. Essa lacuna legal, sanada de maneira deficitária, acaba fomentando a discriminação indireta, tendo em vista que na prática a objeção de consciência pelos profissionais de saúde e estabelecimentos médicos impede que casais homossexuais tenham acesso a essas técnicas. Conseqüentemente, o direito ao livre planejamento familiar, atrelado à dignidade da pessoa humana, não é observado, indo de encontro ao que determina a Constituição. O presente trabalho visa analisar essa conjuntura, apontando caminhos para que a lacuna regulamentar seja sanada, valendo-se, para tanto, da força normativa da Constituição e de Tratados e Convenções Internacionais Regionais afetos ao assunto.

Palavras-chave – Reprodução Assistida. Casais Homossexuais. Regulamentação. Livre Planejamento Familiar. Discriminação Indireta.

Sumário – Introdução. 1. A ausência de regulamentação específica acerca das técnicas de reprodução assistida e a atuação do CFM e do CNJ como legisladores positivos. 2. A estigmatização dos casais homossexuais em relação aos métodos de reprodução assistida e as barreiras criadas por profissionais de saúde à realização dos procedimentos. 3. O controle de convencionalidade como mecanismo eficaz à efetivação do direito de acesso dos casais homossexuais às técnicas de reprodução assistida. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O avanço da medicina permitiu a criação de novas técnicas de gestação, ora chamadas de reprodução assistida, as quais permitem que casais heteroafetivos e homoafetivos, e até mesmo indivíduos solteiros, em observância ao direito constitucional ao livre planejamento familiar, escolham a maneira de reprodução que melhor se adequa ao projeto de vida que traçaram.

Contudo, os mecanismos em comento não recebem o devido tratamento legislativo, especialmente em decorrência de ideologias conservadoras com forte cunho religioso. Em decorrência da inércia legislativa, a regulamentação é feita de forma deficitária pelo Conselho Federal Medicina (CFM) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A regulamentação deficitária, fortemente carregada de cunho conservador, impede que as modernas técnicas sejam implementadas de forma a satisfazer os interesses da sociedade, especialmente dos indivíduos que não podem se valer do tradicional método de concepção para desenvolverem seus núcleos familiares.

Neste cenário, os casais homoafetivos são os que mais sofrem, pois, à mingua de legislação específica, a matéria é regulada de forma deficiente pelo CFM, sendo permitido às clínicas e aos profissionais de saúde, com justificativa na objeção de consciência e no rigor da deficitária regulação, não realizarem os procedimentos, os quais estão atrelados à dignidade da pessoa humana e ao livre planejamento familiar.

A mora legislativa fomenta ainda mais o preconceito, em verdadeira discriminação indireta, ao passo que os métodos em questão deveriam servir como mecanismos para garantir o direito à igualdade material.

O trabalho, assim, objetiva demonstrar a ineficácia da regulamentação interna no que toca às técnicas de reprodução assistida, impedindo, na prática, que o direito fundamental ao livre planejamento familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana sejam observados.

A inércia legislativa, a qual é sanada de forma ineficaz por regulamentações do CFM gera mais preconceito e discriminação, violando o princípio da igualdade e indo de encontro ao que reza o Texto Maior e Tratados Internacionais.

No primeiro capítulo será analisada a ausência de regulamentação específica para as técnicas de reprodução assistida, fazendo com que o CFM e o CNJ atuem como legisladores positivos, a despeito de não possuírem essa função precípua, o que acaba por violar o princípio da igualdade (sentido material) e o direito ao livre planejamento familiar.

No segundo capítulo analisar-se-á que a objeção de consciência - por parte dos profissionais de saúde e de estabelecimentos médicos - e os embaraços criados pelas Resoluções do CFM encobrem a estigmatização dos casais homossexuais em relação aos métodos de reprodução assistida, gerando barreiras indevidas que vão de encontro aos direitos fundamentais constantes da CRFB/88 e aos direitos humanos constantes de Tratados Internacionais que integram o bloco de constitucionalidade (controle de convencionalidade).

Já no terceiro capítulo será defendido que a mora legislativa e a ineficácia da regulamentação interna podem ser sanadas por intermédio de disposições constantes de Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, especialmente os do Sistema Interamericano, considerando que integram o chamado bloco de constitucionalidade; bem como que os tratados não introduzidos no sistema jurídico, à luz das disposições da Carta Política, podem e devem nortear a questão, pois equivalem à normas supraleais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador elegeu um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita possuírem viabilidade e serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o escopo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

1. A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A ATUAÇÃO DO CFM E DO CNJ COMO LEGISLADORES POSITIVOS

O sistema jurídico brasileiro possui uma grande lacuna em relação à regulamentação das técnicas de reprodução assistida. Consequentemente, a fim de que essas técnicas sejam implementadas, o CNJ e o CFM acabam regulando-as.

Contudo, como cediço, o Estado Democrático de Direito é sustentado por meio da divisão/separação dos poderes, de modo que cada um dos três poderes da República possui funções típicas e atípicas.

A execução de funções atípicas não deve ocorrer de forma preponderante e muitas das vezes visa controle outro poder, em mecanismo denominado de freios e contrapesos (*checks and balances*), como salienta Luís Roberto Barroso¹:

[...] em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. [...] há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). [...] Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade).

Nesta linha de ideias, tem-se que o CNJ - atrelado ao Poder Judiciário - e o CFM - uma entidade de classe, umbilicalmente associado ao Poder Executivo - não são voltados à regulamentação/disciplina de matérias e de relações jurídicas, notadamente quando possuir o condão de restringir direitos de estatura constitucional.

Cabe ao Poder Legislativo, por natureza, a edição de leis em sentido estrito, a fim de disciplinar a vida em sociedade, tendo como parâmetro a Constituição, mesmo porque, à luz do constitucionalismo contemporâneo, ela possui força irradiante, sendo o centro de validade de todo o sistema jurídico.

¹ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11 ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2023. *E-book*.

Em outras palavras, as leis devem estar de acordo com o Texto Maior, seja quando ele expressamente determinar, seja quando, diante da evolução da sociedade, for necessário a normatização, tendo como parâmetro o texto constitucional, já que a Constituição é programática, como assinalado por Luís Roberto Barroso²:

[...] as normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem - nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa.

Considerando que o texto constitucional é dotado de normas programáticas, resta evidente que, mesmo em relação aos assuntos que não foram explicitamente disciplinados em seu texto original - como o acesso aos métodos de reprodução assistida - existe um comando/mandamento de regulamentação, visto que esses métodos visam efetivar e concretizar diversos princípios e direitos fundamentais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

A inércia do Poder Legislativo na regulamentação viola frontalmente a CRFB/88, pois ela é clara ao assegurar, em seu artigo 226, § 7^o, o direito ao livre planejamento familiar - que é a faculdade de os indivíduos preverem e controlarem se e quando irão ter filhos - e a dignidade da pessoa humana.

A desídia legislativa impende que o planejamento familiar, notadamente o dos casais homossexuais, por intermédio das técnicas de reprodução assistida, seja realizado, conquanto o próprio texto constitucional determine que o estado “propicie recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”.

Consequentemente, a regulamentação vigente realizada pelo CNJ, por intermédio do Provimento Nº 149 de 30/08/2023⁴, e pelo CFM, por intermédio da Resolução n. 2320/2022⁵, a despeito de fazerem menção superficial aos casais homossexuais, se preocupam primordialmente com os casais heteroafetivos. Mencionados regramentos são voltados para os

² BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11 ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2023. *E-book*.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mai. 2024.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023**. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Acesso em: 8 mar. 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 10 nov. 2024.

⁵ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 7 maio. 2024.

casos nos quais, em decorrência de condições clínicas (doenças ou possibilidade de infertilidade) a fecundação restar dificultada ou obstaculizada.

Logo, percebe-se que os interesses dos casais homoafetivos não são resguardados, violando a isonomia e impedindo a construção de núcleos familiares nos termos desejados, como permitido pelo direito ao livre planejamento familiar constante da CRFB/88⁶, pois, repisa-se, os regramentos vigentes estão atrelados essencialmente a condições clínicas.

Não há, conseqüentemente, um regramento voltado aos casais homossexuais e a forma com que eles irão constituir seus núcleos familiares, como inclusive assevera Genival Veloso de França⁷:

[...] deve ficar bem claro que essas técnicas de reprodução assistida devem favorecer exclusivamente as pessoas com problemas incontornáveis de esterilidade, quando os outros processos mostrarem-se ineficientes. Some-se a isso a necessidade do consentimento informado obrigatório a todas as pessoas envolvidas no processo, assim como aos possíveis resultados e suas implicações de caráter biológico, ético, jurídico e econômico. A mulher, se casada ou em união estável, necessariamente terá de contar com a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Além de os regramentos existentes não serem voltados aos casais homoafetivos, a Resolução n. 2320/2022 do CFM⁸, em suas disposições finais, afirma que os “casos de exceção não previstos nesta resolução dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição e, em grau recursal, do Conselho Federal de Medicina.”

É nítida a afronta à função legislativa pelo Conselho Federal de Medicina, por abusar de seu poder regulamentar. Esse abuso - conquanto ainda não sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no que toca às técnicas de reprodução assistida - já o foi em relação à Resolução CFM nº 2.378/2024⁹, que proibia médicos de realizarem o procedimento de assistolia fetal em gestações com mais de 22 semanas decorrentes de estupro.

Ao apreciar a questão o Supremo Tribunal Federal, no bojo da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n.1.141¹⁰, entendeu, em cognição sumária, pelo abuso de poder regulamentar, sustando a citada Resolução:

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mai. 2024.

⁷ FRANCA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 17 ed. São Paulo: Ed Gen, 2020. *E-book*.

⁸ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 7 maio. 2024.

⁹ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.378/2024, de 3 de abril de 2024**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf. Acesso em: 7 maio. 2024.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 1.141**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, 17 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF1141DECISaOLIMINAR.pdf>. Acesso em: 26 set.2024.

Verifico, portanto, a existência de indícios de abuso do poder regulamentar por parte do Conselho Federal de Medicina ao expedir a Resolução 2.378/2024, por meio da qual fixou condicionante aparentemente ultra legem para a realização do procedimento de assistolia fetal na hipótese de aborto decorrente de gravidez resultante de estupro. (...) Ao limitar a realização de procedimento médico reconhecido e recomendado pela Organização Mundial de Saúde, inclusive para interrupções de gestações ocorridas após as primeiras 20 semanas de gestação (WHO. Clinical practice handbook for quality abortion care. Geneva: World Health Organization, 2023, p. 21), o Conselho Federal de Medicina aparentemente se distancia de standards científicos compartilhados pela comunidade internacional, e, considerada a normativa nacional aplicável à espécie, transborda do poder regulamentar inerente ao seu próprio regime autárquico, impondo tanto ao profissional de medicina, quanto à gestante vítima de um estupro, uma restrição de direitos não prevista em lei, capaz de criar embaraços concretos e significativamente preocupantes para a saúde das mulheres (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, L.C. v. Peru, CEDAW/C/50/D/22/2009).

Constata-se que a precária regulação não é o único problema, pois o CFM atribui a si mesmo a função de julgar casos omissos/não previstos na mencionada Resolução, função que, como cediço, é eminentemente do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, por outro lado, caso instado em determinado caso concreto, pouco intervirá no assunto, valendo-se de jurisprudência defensiva fundada na assertiva de que se trata de regra oriunda de Conselho que detém características assemelhadas às agências reguladoras, autarquias federais dotadas de alto grau de especialização técnica.

Portanto, o direito dos casais homossexuais de terem acesso aos métodos de reprodução assistida apresenta duas barreias: a primeira é a ausência de regulamentação - sendo certo que a existente é precária e voltada para casos clínicos específicos, como analisado -; e a segunda é a competência “outorgada” pelo CFM a ele mesmo para julgar casos de “exceção”, mesmo não sendo os seus membros dotados de poderes jurisdicionais, o que flagrantemente viola o Estado Democrático de Direito.

2. A ESTIGMATIZAÇÃO DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS EM RELAÇÃO AOS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS BARREIRAS CRIADAS POR PROFISSIONAIS DE SAÚDE À REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS

Tendo em vista a ausência de regulamentação específica acerca dos métodos de reprodução assistida e a precária normatização implementada pelo CFM e pelo CNJ, as quais, como analisado, são voltadas essencialmente aos casais heterossexuais - com nítido cunho terapêutico (problemas de infertilização, por exemplo) - os casais homoafetivos ou pessoas solteiras, caso desejem se valer de uma dessas técnicas, dependerão de um estabelecimento médico e de um profissional que aceite concretizá-la.

Entretanto, encontrar um profissional habilitado que aceite realizar essa conduta médica não é uma tarefa fácil, pois, além da barreira atinente à normatização deficitária, os homossexuais, principalmente, encontram as barreiras atinentes à possibilidade de recusa, seja por parte do estabelecimento apto à realização da conduta, seja por parte do próprio profissional de saúde.

Na espécie, a recusa é expressamente permitida pelo próprio Código de Ética Médico, o qual, em seu Capítulo I, incisos VII e XXI¹¹, estabelece como princípios fundamentais a possibilidade de negativa na realização de determinado procedimento ou conduta médica, em decorrência dos “ditames de sua consciência”. É ver-se:

[...] VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. [...]
XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Não bastasse a possibilidade de negativa ter sido erigida à categoria de “direito fundamental” do médico, o mesmo Código assegura, em seu Capítulo II, inciso IX¹², também como direito do médico “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”.

Com efeito, o artigo 8º da Resolução n. 2.232/2019¹³ define que a objeção de consciência “é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”.

Referidos dispositivos propiciam que, na rotina médica, procedimentos atrelados às técnicas de reprodução assistida sejam facilmente negados por profissionais de saúde, sem necessidade de plena justificativa, tendo como fundamento, em muitas vezes, enorme carga de preconceito e estigmatização.

Registre-se que, mesmo que houvesse necessidade de justificação para que o profissional se abstivesse de realizar o procedimento, eventual carga preconceituosa seria

¹¹ BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <https://www.cremers.org.br/pdf/codigoDeetica/codigo-etica.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2024.

¹² BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.378/2024, de 3 de abril de 2024**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf. Acesso em: 7 maio. 2024.

¹³ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.232**, de 16 de setembro de 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 7 maio. 2024.

facilmente driblada com o apontamento de qualquer outra justificativa de ordem técnica, cujo conhecimento os assistidos não dispõem.

A objeção de consciência, portanto, conquanto tenha seu lado positivo e necessário - mesmo porque determinado profissional pode não se sentir apto a realizar uma conduta/intervenção, à luz das peculiaridades do quadro clínico do paciente -. funciona, em relação aos homossexuais, como mais uma maneira de endossar a fragilidade do sistema normativo vigente e, conseqüentemente, impedir que o direito fundamental ao livre planejamento familiar de casais homoafetivos seja implementado de forma íntegra.

Ademais, a resolução ao cuidar da aplicação das técnicas de reprodução assistida aos casais homossexuais, acabou por criar uma subespécie de aplicação da mencionada regulamentação, a qual, como já analisado, é altamente deficitária. Isso porque é eminentemente voltada aos casos de enfermidade, de forma que os homossexuais acabam sendo incluídos por tabela em seu teor.

Há, portanto, evidente violação ao princípio da igualdade, o qual consta expressamente do artigo 5º da Carta da República¹⁴ e do artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao sistema jurídico por intermédio do Decreto n. 678 de 1992¹⁵, em decorrência de comportamento discriminatório.

Diante desse cenário, constata-se a presença de uma discriminação indireta, pois, conquanto os diplomas em voga, em uma leitura superficial e em descompasso do texto constitucional não possuam texto discriminatório, na verdade o são.

É que, como cediço, para que reste caracterizada uma conduta discriminatória, seja em um diploma normativo, seja por meio de condutas humanas, não há necessidade de que o indivíduo seja desrespeitado ou discriminado de forma direta. Simples conjunturas e comportamentos capazes de ensejar disparidade e quebra de isonomia acarretam e configuram discriminação indireta.

Está-se, assim, diante de verdadeira discriminação indireta, à luz do que leciona Dimitri Dimoulis¹⁶:

A definição indica bem o mecanismo da discriminação indireta. Não se questionam, via de regra, normas objetivas e adequadas que, por uma espécie de acidente, tiveram efeito de discriminação, tal como diríamos que o avião é um meio de transporte seguro, mas em raríssimos casos podem ocorrer acidentes fatais. As normas que

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mai. 2024.

¹⁵ BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 7 mai. 2024.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Direito de Igualdade: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais**. 1 ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2023. *E-book*.

causam discriminação possuem conteúdos que são, na dicção dessa Diretiva, suscetíveis de provocar discriminações. Lembrando do famoso exemplo nos EUA, realizar eleições presidenciais em uma terça -feira de novembro parece uma decisão neutra em relação à classe social, além de ter explicação histórica. Contudo, a escolha revela-se juridicamente problemática se pensarmos que o mês de novembro é frio e chuvoso no norte dos EUA e que pessoas pobres que trabalham ou cuidam de crianças em casa dificilmente abandonarão seus afazeres para ir votar, após longo trajeto em transporte público.

Portanto, resta evidenciado que há discriminação indireta e estigmatização dos homossexuais em relação ao acesso às técnicas de reprodução assistida, seja porque é permitido ao profissional de saúde se abster de realizá-las, por meras convicções pessoais - situação que encobre forte carga preconceituosa; seja porque, como já analisado, a regulamentação da implementação e consecução dessas técnicas ocorre de forma deficitária, sendo os homossexuais disciplinados como uma classe secundária.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO EFICAZ À EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A ineficiência do sistema jurídico vigente no que toca à regulamentação das técnicas de reprodução assistida, notadamente em relação aos casais homossexuais, a qual não é suprida pela precária normatização do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça, como exposto, impede o direito ao livre planejamento familiar, intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, base de um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, considerando que o sistema jurídico interno é deficitário e tendo em conta a inércia legislativa - muito embora a questão possa ser solucionada à luz dos princípios e cláusulas abertas constantes da própria CRFB/88, os quais possuem carga normativa o bastante para suprir essa lacuna -, nada impede que haja a utilização do direito comparado para sanar a questão, ou, ao menos, propiciar que a evidente discriminação indireta verificada seja aniquilada.

Assim, a deficiência normativa interna pode ser sanada por intermédio de um controle de convencionalidade. A cláusula de abertura da CRFB/88, constante de seu artigo 5º, parágrafo 3º¹⁷, assegura que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, permitindo ao

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mai. 2024.

particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, como sustenta Flávia Piovesan¹⁸:

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro — sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação — traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência 152. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado — eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados.

Logo, os tratados e convenções que forem aprovados nos moldes do citado dispositivo constitucional equivalerão à norma constitucional, irradiando os mesmos efeitos em todo o sistema jurídico. Note-se que os tratados e convenções aprovados antes da redação do artigo 5º, parágrafo 3º, CRFB/88, terão, à luz da doutrina, status de supralegalidade, ou seja, estarão abaixo das normas constitucionais, mas acima das normas infraconstitucionais.

Os tratados que forem aprovados e introduzidos ao ordenamento na forma do citado comando constitucional comporão o chamado “bloco de constitucionalidade”. Servirão, consequentemente, de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos¹⁹.

De todo modo, seja qual for o status da norma oriunda de um tratado ou convenção internacional (constitucional ou supralegal), cuja discussão aprofundada se choca com os limites de um artigo científico, ela não só poderá, mas deverá, ser usada para sanar as lacunas e incongruências do sistema jurídico vigente, como o déficit regulamentar do acesso às técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos, o qual promove e fomenta condutas discriminatórias.

Tendo em vista as peculiaridades econômica, social e política dos países da América Latina, sendo esse o motivo do neoconstitucionalismo latino-americano, a solução para a insuficiência do regramento brasileiro para que os casais homossexuais tenham acesso às técnicas de reprodução assistida pode ser mitigada ou banida por intermédio da utilização de tratados regionais.

Não é necessário - conquanto seja plenamente possível - que sistemas globais de proteção de direitos humanos e regramentos e precedentes judiciais de países com outras realidades fáticas sejam invocados, em decorrência das peculiaridades doméstica e regional, as

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 1 ed. São Paulo: Grupo Gen, 2024. *E-book*.

¹⁹ BARROSO, Luís R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Grupo Gen, 2012. *E-book*.

quais criam uma conjuntura incomparável, merecendo, conseqüentemente, apreciação destacada.

Sobre o novo constitucionalismo latino-americano, que endossa um enfoque regional, cumpre registrar os ensinamentos de Flávio Martins²⁰, ancorados nas lições de Canotilho:

Um dos mais recentes fenômenos jurídico-constitucionais ocorridos na América do Sul, denominado por muitos como o “novo constitucionalismo latino -americano”, demonstrou que a percepção de José Joaquim Gomes Canotilho estava correta: não há como se definir o constitucionalismo de maneira universal e única, já que “não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos.

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - cuja competência para interpretação e/ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José) é incontestada, em decorrência do Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002²¹ -, no caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”)* vs. Costa Rica, considerou que o país descumpriu obrigações internacionais ao proibir, por meio de lei, a técnica da reprodução assistida por meio da Fecundação In Vitro²².

Restou consignado que a lei violava os direitos à vida privada e familiar, aplicando a teoria do impacto desproporcional e a noção de discriminação indireta, já apresentada, pois a proibição legal da técnica de reprodução assistida impedia mulheres com problemas de saúde de engravidar. Conseqüentemente, a Corte Interamericana determinou a adoção de medidas apropriadas para tornar sem efeito a proibição de realizar a fecundação in vitro.

É bem verdade que no caso paradigmático em comento existia uma lei em sentido estrito impedindo o acesso às técnicas de fecundação in vitro, ou seja, uma discriminação direta. Conseqüentemente, foi muito mais simples aferir a inconstitucionalidade, no âmbito do ordenamento interno, e a inconveniência, à luz de tratados e convenções internacionais, especialmente à luz do sistema interamericano, como exposto.

No Brasil, no que toca o acesso às técnicas de reprodução assistida pelos casais homossexuais, não há expressamente uma vedação legal. As precárias regulamentações do CFM e do CNJ em alguns momentos até mencionam esses sujeitos de direito, mas não o fazem de forma prioritária.

²⁰ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Grupo Gen, 2024. *E-book*.

²¹ BRASIL. **Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.463%2C%20DE%208,22%20de%20novembro%20de%20201969. Acesso em: 7 maio. 2024.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação in Vitro”) vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 4 set. 2024.

Esse caráter secundário, em verdadeira discriminação indireta, como analisado, impede que o direito constitucional ao livre planejamento familiar seja exercido de forma hígida, indo de encontro à dignidade da pessoa humana.

Muito embora a problemática em questão decorra de uma desídia estatal, seja porque o legislador ficou inerte em relação à devida regulamentação, seja porque as resoluções do CFM e do CNJ, além de possuírem vício de iniciativa, regulam a matéria de forma precária, fomentando a discriminação indireta pelos profissionais e estabelecimentos habilitados à consecução das técnicas de reprodução assistida; o decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo e outros* pode ser usado para sanar a lacuna do sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, constata-se que, juntamente com os mecanismos existentes no ordenamento jurídico interno para sanar a problemática - à luz da máxima efetividade dos direitos fundamentais - atinente à ineficácia da regulamentação das técnicas de reprodução assistida, impedindo o acesso a elas, especialmente pelos casais homossexuais, a análise do decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em controle de convencionalidade, serve de baliza para sanar ou, ao menos, mitigar as irregularidades e deficiências atreladas ao tema no Brasil, sob pena das devidas sanções.

CONCLUSÃO

À conta do exposto, o trabalho apresentado almejou demonstrar as barreiras enfrentadas pelos casais homossexuais para acessar às técnicas de reprodução assistida. Confrontando doutrina, jurisprudência e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça acerca do tema, tentou-se demonstrar a deficiência do sistema jurídico interno no que toca à devida regulamentação das técnicas de reprodução assistida, bem como as consequências negativas, especialmente na vida dos casais homossexuais.

Restou evidenciado que existe uma grande lacuna no sistema jurídico, de modo que o acesso e a regulação das técnicas de reprodução assistida não ocorrem de forma satisfatória. A inércia do legislador, a quem compete, em um Estado Democrático de Direito regulamentar a questão, abre espaço para que o Conselho Federal de Medicina e o Conselho Nacional de Justiça disciplinem o assunto, mesmo sem terem constitucionalmente competência para tanto, o que, além de um vício formal, fomenta a discriminação indireta.

O Conselho Federal de Medicina, como uma autarquia federal, mesmo possuindo autonomia técnica para dispor sobre determinadas rotinas e práticas médicas (poder regulamentar), e o Conselho Nacional de Justiça, atrelado ao Poder Judiciário, não podem fazer

as vezes de legislador positivo, o que acaba afrontando a autonomia dos poderes, base do Estado moderno.

A problemática, assim, vai além da ausência de regulamentação, por meio de lei em sentido estrito, à luz do devido processo legislativo; já que também decorre da precária normatização existente, a qual, como visto, fora elaborada por Conselhos que não dispõem de aptidão para tanto. Tudo isso impede que o direito constitucional ao livre planejamento familiar ocorra de forma satisfatória, afrontando a dignidade dos casais homossexuais.

Analizou-se, também, que não só a ausência de lei acerca da questão impede o acesso às técnicas de reprodução assistida, pois soma-se a essa problemática a possibilidade de qualquer profissional de saúde e/ou estabelecimento médico se abster de realizar as intervenções que se fizerem necessárias à reprodução assistida.

A objeção de consciência alegada de forma genérica pelos profissionais da saúde, inclusive com respaldo no próprio Conselho Federal de Medicina, em verdade é uma maquiagem para a discriminação indireta cometida contra os casais homossexuais que necessitam se valer das técnicas de reprodução assistida para constituírem seus núcleos familiares, o que vai de encontro à dignidade da pessoa humana.

A pesquisa proporcionou constatar que a inércia do Poder Legislativo e a ineficaz e inadequada regulamentação realizada pelo Conselho Federal de Medicina e pelo Conselho Nacional de Justiça em verdade buscam encobrir elevada carga preconceituosa em relação aos casais homossexuais. A perpetuação dessa conjuntura pelas instituições configura discriminação indireta, afrontando diretamente a Carta da República.

Conclui-se, portanto, que a ineficácia do sistema jurídico interno no que toca à regulamentação das técnicas de reprodução assistida - impedindo que, notadamente os casais homossexuais se valham delas para constituir seus arranjos familiares - conquanto possa ser sanada à luz das próprias normas Constitucionais, pode ser suprimida por intermédio da utilização de tratados e convenções internacionais, seja a qual título ingressaram no sistema jurídico, a fim de que o direito constitucional ao livre planejamento familiar e a dignidade dos casais homossexuais sejam observados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BARROSO, Luís R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Grupo Gen, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2024.

BRASIL. **Decreto n. 678, de de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm . Acesso em: 7 maio 2024.

BRASIL. **Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.463%2C%20DE%208,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 7 maio. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023**. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Acesso em: 8 mar. 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 1.141**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 17 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF1141DECISaOLIMINAR.pdf>. Acesso em: 26 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Brasília, DF: CFM, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 7 maio 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.232, de 16 de setembro de 2019**. Brasília, DF: CFM, 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 7 maio 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Brasília, DF: CFM, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 7 maio 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.378, de 3 de abril de 2024**. Brasília, DF: CFM, 2024. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf. Acesso em: 7 maio 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação in Vitro”) vs. Costa Rica**. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em: 4 set. 2024.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito de Igualdade**: antidiscriminação, minorias sociais, remédios constitucionais. São Paulo: Grupo Almedina, 2023.

FRANCA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 17. ed. São Paulo: Ed Gen, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Grupo Gen, 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Grupo Gen, 2024.