

**Charles dos Santos Brasil**  
*Organizador*

# O DIREITO À DIFERENÇA

Contribuições para uma análise crítica do Direito



**Edufac**



**Charles dos Santos Brasil**  
*Organizador*

# **O DIREITO À DIFERENÇA**

Contribuições para uma análise crítica do Direito



**Edufac**

Direitos exclusivos para esta edição:

Editora da Universidade Federal do Acre (Edufac),  
Campus Rio Branco, BR 364, Km 4,  
Distrito Industrial – Rio Branco-AC, CEP 69920-900  
E-mail: [edufac.ufac@gmail.com](mailto:edufac.ufac@gmail.com) / [edufac@ufac.br](mailto:edufac@ufac.br)

Feito Depósito Legal

Editora Afiliada:

  
Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

Charles dos Santos Brasil  
*Organizador*

# **O DIREITO À DIFERENÇA**

Contribuições para uma análise crítica do Direito



O direito à diferença: contribuições para uma análise crítica do Direito

ISBN 978-85-8236-116-0

Copyright © Edufac 2020

Charles dos Santos Brasil (org.)

Editora da Universidade Federal do Acre - Edufac

Rod. BR364, Km 04 • Distrito Industrial

69920-900 • Rio Branco • Acre

#### » **COORDENADOR GERAL DA EDUFAC**

Rafael Marques Gonçalves

#### » **CONSELHO EDITORIAL**

Rafael Marques Gonçalves (Pres.), Carromberth Carioca Fernandes, Délcio Dias Marques, Esperidião Fecury Pinheiro de Lima, Humberto Sanches Chocair, José Porfiro da Silva (Vice-Pres.), José Sávio da Costa Maia, Leandra Bordignon, Lucas Araújo Carvalho, Manoel Limeira de Lima Júnior Almeida, Maria Aldecy Rodrigues de Lima, Rodrigo Medeiros de Souza, Rozilaine Redi Lago, Selmo Azevedo Apontes, Sérgio Roberto Gomes de Souza, Silvane da Cruz Chaves, Simone de Souza Lima

#### » **COORDENADORA COMERCIAL**

Ormifran Pessoa Cavalcante

#### » **EDITORA DE PUBLICAÇÕES**

Jocília Oliveira da Silva

#### » **DESIGN EDITORIAL / CAPA**

Rogério da Silva Correia

#### » **REVISÃO DE TEXTO**

Ormifran Pessoa Cavalcante

### **DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP) FICHA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ACRE**

D598d O direito à diferença: contribuições para uma análise crítica do Direito / organizador Charles dos Santos Brasil. – Rio Branco: Edufac, 2020.  
90 p.  
Vários autores  
ISBN: 978-85-8236-116-0  
1. Direito homoafetivo. 2. Identidade de gênero. 3. Direitos de personalidade. I. Ordem dos Advogados do Brasil II. Título.

CDD: 346.810168

# APRESENTAÇÃO

Entre os dias 31 de agosto e 02 de setembro de 2016, ocorreu na cidade de São Paulo, o *II Congresso Internacional e VI Congresso Nacional de Direito Homoafetivo*, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, Seção São Paulo. Temas relevantes foram abordados nas mesas, bem como no Grupo de Trabalho para apresentação de estudos científicos.

Dentre os avanços, foi destaque a aprovação da *Carteira de Nome Social*, no âmbito da OAB. Outras pautas foram abordadas, como o direito à retificação de prenome e gênero, a reprodução humana assistida, o intercâmbio com direitos de outros países na construção de uma agenda interna que acene para os direitos da população LGBTI, sempre com o objetivo de debater problematizações, provocações e pesquisas relacionadas aos direitos dessa população.

Do encontro surgiu a ideia de divulgar os trabalhos apresentados, na medida em que os profissionais que refletiram sobre família, direitos sexuais, trabalho, reprodução humana assistida, multiparentalidade, identidade de gênero, direitos de personalidade, mídias sociais, discriminação por orientação sexual e identidade de gênero se debruçaram sobre cada tema, tanto a partir de suas experiências profissionais, quanto acadêmicas.

Essas temáticas poderão ser úteis para aqueles que se dedicam cotidianamente, interpretando o direito e insistindo na transformação dos discursos jurídicos que têm pautado a vida e as relações sob a perspectiva do respeito aos direitos humanos.

Desde a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>1</sup>, em maio de 2011, os direitos de família ganharam outro *status* de reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, porém, grande parcela desses direitos ainda encontra resistências perante o Judiciário, em razão dos desdobramentos que a família plural apresenta e por não diferir muito

---

<sup>1</sup> Supremo reconhece união homoafetiva - Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> . Acesso em: 10 jan. 2020)

das questões voltadas à segurança de direitos de todos os seus componentes.

Outro tema relevante foi sobre os direitos da população LGBTI<sup>2</sup> no mercado de trabalho, suas dificuldades e os avanços no combate à discriminação.

A reprodução humana assistida foi destaque nos trabalhos apresentados. Pares homoafetivos casados ou conviventes em união estável, que fizerem uso do procedimento, poderão registrar os filhos gerados, mediante o comparecimento de apenas um deles ao cartório, munidos do rol de documentos descritos no Provimento n.º 52 da Corregedoria Geral de Justiça. Na certidão dos filhos de homoafetivos, o documento deverá ser adequado, para que seus nomes constem sem distinção quanto à ascendência paterna ou materna. Nos casos de substituição gratuita de ventre, não haverá mais menção na certidão de nascimento, do nome da gestante constante na DNV – Declaração de Nascido Vivo.

Na mesma seara, discutiu-se a multiparentalidade, trazendo à baila a recente decisão que reconheceu a filiação multiparental sem a prévia necessidade de reconhecimento de filiação socioafetiva. A discussão é sobre dar publicidade às técnicas e procedimentos que os pares homoafetivos podem se valer para realizar o sonho da maternidade ou paternidade, com menos burocracia e maior segurança, bem como trata sobre a questão de ampliar o reconhecimento da multiparentalidade, respeitando o desejo de formação da família, sem a obrigatoriedade de atribuir a um ou a outrem a maternidade ou paternidade socioafetiva, apenas aceitando a concepção e realização de um projeto parental que esteja pautado no amor e afeto por todos os envolvidos.

A identidade de gênero e direitos da personalidade foi tema de trabalhos que concentraram pesquisas e artigos sobre processos de retificação de registro civil de travestis e transexuais, diálogos interdisciplinares que discutam os direitos de personalidade, especialmente a questão da retificação do registro civil (registro das pessoas naturais) e o direito ao uso do nome social, desconstruindo o discurso médico legal, biologizante e patologizante a respeito de gênero e imutável quanto à identidade civil.

Por fim, a mídia eletrônica também foi tema dos debates travados no Congresso, considerando que se tornou um dos principais meios de

---

2 Sigla para referenciar as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexo.

integração mundial na sociedade contemporânea, sendo por isso, assunto de extremo interesse. Se a liberdade de manifestação e de expressão humanas é um princípio universal, o espaço político consolidado nas mídias sociais tem um desafio real: o de fomentar uma cultura de respeito aos direitos humanos, de ser um canal de denúncia de violações desses direitos e de promoção dos mesmos; requer o enfrentamento ainda da reprodução de discursos eivados de preconceito e discriminações, justificados em nome da liberdade expressada na Carta Mundial de Direitos.

A proposta do Grupo de Trabalho traduziu-se numa força-tarefa dos organizadores do Congresso pela promoção de um intercâmbio acadêmico e profissional dos operadores do direito e em favorecer o diálogo com outras áreas das ciências humanas. A construção desse debate tem problematizado as formas de viver para muito além daquelas identificadas ainda hoje pelas instituições, como únicas possíveis e verdadeiras. Desconstruí-las foi o grande desafio dos autores desta obra.

Boa leitura!

**Ana Carolina de Mendonça**  
**Frederico Oliveira**  
**Rachel Macedo Rocha**

- Comissão Científica do II Congresso Internacional e  
VI Congresso Nacional de Direito Homoafetivo (2016)



# NOTA DO ORGANIZADOR

**T**odos os artigos que compõem o *e-book* foram apresentados e aprovados pela comissão científica do evento intitulado *VI Congresso Nacional e II Internacional de Direito Homoafetivo*, especialmente pela Comissão Especial da Diversidade Sexual e Gênero da OAB Nacional. As atividades acadêmicas ocorreram em agosto de 2016, organizadas pela Seção São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio da Comissão da Diversidade Sexual e do Departamento de Cultura e Eventos, com o apoio da Coordenadoria de Ação Social.

Nesse sentido, a obra marca o citado evento histórico e importante para a luta dos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil e no mundo. Portanto, organizar os trabalhos apresentados nesse Congresso e disponibilizar ao público em arte final (o *e-book*) se constitui em uma tarefa honrosa.

Minha gratidão por esse privilégio.

*Charles Brasil*



# SUMÁRIO

## CAPÍTULO I

O papel da advocacia e a importante contribuição para reconhecimento dos direitos da diversidade sexual e de gênero.....13

Adriana Galvão Moura Abílio

## CAPÍTULO II

Espaços de convivência e as novas dinâmicas das relações afetivas ..... 25

Adolff Uchôa de Lima

## CAPÍTULO III

Uma interpretação constitucional da realização das técnicas de reprodução assistida como superação de limites e sua aplicação nas mulheres férteis na formação da família homoafetiva..... 41

Charles dos Santos Brasil

## CAPÍTULO IV

*O silenciamento* sobre as questões de gênero na escola: A inconstitucionalidade de leis e normativas recentes na área da educação ..... 55

Margareth da Silva Hernandes

## CAPÍTULO V

Por que aplicar a Lei Maria da Penha quando uma transexual ou travesti é vítima de violência doméstica e/ou familiar?..... 67

Michele de Freitas Berretta

Charles dos Santos Brasil

## CAPÍTULO VI

Reprodução assistida e a questão registral: A medicina impactando o direito..... 79

Rosângela da Silveira Toledo Novaes



# CAPÍTULO I

## O papel da advocacia e a importante contribuição para reconhecimento dos direitos da diversidade sexual e de gênero

Adriana Galvão Moura Abílio<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar o papel da Ordem dos Advogados do Brasil, frente ao reconhecimento dos direitos da diversidade sexual e de gênero. Para fundamentar o presente trabalho foram analisados os direitos fundamentais das pessoas LGBT e os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana como primado da inclusão social e respeito às diferenças. Finalmente o estudo traz à baila algumas ações efetivas da OAB, como o anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e a inclusão do nome social de advogados (as) travestis e transexuais na carteira profissional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Diversidade Sexual e de Gênero; Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e Inclusão Social.

---

<sup>1</sup> Advogada, Especialista em Direito Empresarial pela FGV, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Ribeirão Preto/SP, Doutoranda em Direito na PUC/SP, Conselheira Estadual da OAB/SP, Presidente da Comissão da Diversidade Sexual da OAB/SP, Membro da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, Membro das seguintes Comissões da OAB/SP: Mulher Advogada, OAB vai à Escola, Inscrição e Seleção do Quinto Constitucional, Coordenadoria de Ação Social, Integra como membro efetivo a Escola de Liderança e Cidadania da OAB/SP, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário da Unifeb- Barretos, Coordenadora/Professora do Curso de Direito Homoafetivo e da Diversidade Sexual e de Gênero da Escola Superior da Advocacia - ESA/SP.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma análise do reconhecimento jurídico da diversidade sexual e de gênero e o papel do advogado como parte ativa na construção de direitos e principalmente na efetividade da proteção jurídica contra a discriminação de pessoas LGBT.

Analisar as diferentes concepções científicas que abordam as temáticas “gênero”, “sexo” e “sexualidade” (suas múltiplas formas de expressão) são de fundamental importância para melhor compreensão das relações interpessoais e da responsabilidade social dos advogados como agentes ativos na construção e afirmação da fundamentalidade dos direitos da diversidade sexual e de gênero.

Desiguais relações de poder fundamentaram a formação da sociedade brasileira, amparada nos pilares do machismo, do racismo e da homotransfobia. No entanto, a história da advocacia é marcada por lutas em favor dos direitos humanos, centradas em grandes movimentos de resistência às opressões e busca pela democracia e pela defesa de liberdades civis.

Mormente no âmbito do papel do advogado e do direito inalienável do acesso à Justiça, está evidente a contribuição da advocacia neste processo de pleitear ao Poder Judiciário as principais demandas pelo reconhecimento dos direitos da diversidade sexual e de gênero.

Incontroverso que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, que acolheu os princípios da igualdade e da liberdade, por isto, podemos observar claramente que os direitos da diversidade sexual e de gênero encontram guarida na própria Lei Maior, que aponta como valor fundamental do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, a liberdade e igualdade sem distinções e a inviolabilidade da vida privada, eis que orientação sexual e a identidade de gênero é direito personalíssimo, que merece amparo e reconhecimento jurídico.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO COMO COROLÁRIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E CONQUISTA DE DIREITOS

Para compreender a luta pela eficácia e cumprimento dos direitos fundamentais existente nos dias de hoje, é necessário recordar que os

direitos inerentes ao ser humano nem sempre foram resguardados pelo ordenamento jurídico.

No passado, a desproporcionalidade dos direitos fundamentais era muito grande. Pouco se via na prática a igualdade de gênero tal como é observada no momento atual. A título de exemplo, observou-se no decorrer dos anos o avanço dos direitos resguardados às mulheres, principais personagens da antiga desproporção igualitária, onde precisaram unir os seus esforços para alcançar as garantias básicas que possuem, como o direito de votar e ser votada (direito adquirido com a Constituição de 1937)<sup>2</sup>.

As conquistas femininas alcançaram inclusive convenções, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)<sup>3</sup>.

Na atualidade, pode-se dizer que todo o esforço feminino foi de grande valia para alcançarem o lugar que as mulheres ocupam cotidianamente. Com os avanços e conquistas do movimento feminista, as mulheres conquistaram direitos políticos igualitários, podendo exercer o voto, ter o seu espaço nos partidos políticos, chegando inclusive, a ocupar o cargo de Presidente da República, possuindo a garantia da punibilidade no caso de assédio sexual ou em situação de feminicídio com a edição da Lei n.º 13.104<sup>4</sup>, além de uma série de direitos civis, trabalhistas, individuais e coletivos. Assim, sob a égide da Carga Magna de 1988, há a possibilidade de exigir o respeito de todos, tendo em vista a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

No que se refere às conquistas dos direitos da população LGBT, importante destacar que a grande maioria se deu em virtude do papel dos advogados que ao ingressarem com demandas no Poder Judiciário, se consolidou entendimentos jurisprudências que serviram de norte para garantir maior segurança jurídica em virtude de ausência de regulamentação legal.

---

2 BRASIL. Art. 117 da Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).

3 BRASIL. Convenção adotada em Belém-PA, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário da Sessão da Assembleia Geral.

4 BRASIL. Lei n.º 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Infelizmente, não encontramos o mesmo respaldo no Poder Legislativo, que deveria cumprir seu papel constitucional de elaborar leis inclusivas e que punam atos motivados por homofobia e transfobia, alcançando-se através de suas normas, medidas punitivas para todos aqueles que incitam o ódio, a aversão e discriminação contra pessoas LGBT.

Mesmo com alguns avanços na presente temática, ainda é preciso alcançar mais a efetividade dos direitos fundamentais, promovendo “[...] o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas da discriminação”, uma vez que tal promoção é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º, inciso IV).

Assim, é importante garantir que as pessoas viverão sem receios de ter seus direitos básicos reprimidos pela orientação sexual e identidade de gênero, sem sofrer com preconceitos e discriminações imotivadas que, na grande maioria das vezes, gera exclusão social, agressões verbais, físicas e até morte.

Portanto, enfatiza-se que:

[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais **e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro**, consagrados no art.3º da Carta de 1988. (PIOVESAN, 2013, p. 89 – grifo nosso).

Dentro desta abordagem constitucional, encontram-se os princípios que tratam com similaridade cada cidadão. Sendo assim, faz-se necessário analisar as matérias principiológicas, evidenciando alguns dos quesitos que protegem a diversidade sexual e de gênero, a exemplo do princípio da tutela especial à família, presente no ordenamento jurídico, que expõe a proteção do núcleo familiar independente de sua formação:

[...] Tal princípio decorre da previsão constitucional contida no art. 226, caput, ressaltando que à família contemporânea passa a ser reputado o lugar privilegiado de realização existencial de seus integrantes e o espaço preferencial de afirmação e de consolidação de suas dignidades. Assim, é mister a coordenação entre os valores coletivos da família e os valores pessoais de cada um dos seus integrantes, buscando atingir o ponto de equilíbrio harmônico “em clima de felicidade, amor e compreensão”. Se, em termos de inserção da pessoa em outras comunidades (que não a entidade familiar), a proteção não é especial, no campo do Direito de Família. É fundamental a realização das dignidades de cada um dos integrantes, com respeito recíproco, cabendo ao Estado não apenas prevenir atentados e

violações positivas de modo a proporcionar a tutela especial a todas as famílias (GAMA, 2008, p. 71-72).

Ou seja, havendo o desejo de constituir uma família, por estarmos em um Estado Democrático de Direito, poderemos formá-la independente do sexo da pessoa a qual participará da formação do núcleo familiar. Sob tal ótica, em todos os modos de análise e a título de exemplo, percebe-se a flagrante inconstitucionalidade do Estatuto da Família. Isto porque entidade familiar não é formada apenas da união entre um homem e uma mulher, como almejam os parlamentares da bancada evangélica.

Atualmente, no Brasil, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal - STF, é possível assegurar às uniões homoafetivas os mesmos direitos garantidos às relações entre um homem e uma mulher, conforme decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132.

Destaca-se que através da Resolução 175 de 14/05/2013 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, esta autorizada a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

Assim, as uniões de casais do mesmo sexo, e também aquelas uniões com filhos, denominadas homoafetivas ou homoparentais, possuem autonomia para a escolha livre e consciente de criar família da maneira que melhor aprover o bem estar comum do conjunto familiar, como também instrui o princípio do pluralismo democrático. Fortalecendo assim, o princípio da afetividade, que existirá enquanto houver verdadeiro afeto recíproco entre as pessoas do núcleo familiar.

Acerca do tema em questão e do importante papel do advogado que, cumprindo seu mister constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana, através dos casos concretos, demonstrou a grandiosidade e relevância jurídica dessas matérias perante o Poder Judiciário.

Com o intuito de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional estabelece o primado dos direitos fundamentais ao consagrar, em seus primeiros capítulos, um avançado elenco de direitos e garantias individuais, colocando-os ao patamar de cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4, inciso IV). A intocabilidade destes direitos demonstra que o objetivo do Poder Constituinte Originário foi o de priorizar os direitos humanos e considerá-los como traço marcante e primordial da estrutura do país. Nesta medida, esta diretriz jamais pode apartar-se da hermenêutica do aplica-

dor do direito, sob pena de jamais alcançar o autêntico espírito da Constituição (MOURA, 2005, p. 27).

Evidenciada sua importância, é notório que este princípio vem fortalecer a ideia de dignidade, que deve prevalecer independente da orientação sexual e da identidade de gênero de cada indivíduo, sendo dever da sociedade e do Estado o respeito às diferenças, sejam elas sexuais, de gênero, de raça ou religiosas.

A noção de dignidade da pessoa humana envolve o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos os seres humanos como pertencentes ao gênero humano, impondo, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, de proteção e de intocabilidade, não sendo admissível qualquer comportamento ou atividade que “coisifique” a pessoa humana (GAMA, 2008, p. 70-71).

Esse princípio, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal vem fortalecer ainda mais a necessidade de inclusão e respeito à diversidade sexual e de gênero como forma de garantir a efetividade e dignidade humana.

### **3. ANTEPROJETO DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DA OAB COMO MECANISMO DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS E INCLUSÃO SOCIAL**

O Estado como um poder coletivo deve cumprir suas funções e criar políticas públicas destinadas à inclusão social e redução das desigualdades existentes na sociedade.

Grinover (2010) ressalta que “[...] os poderes, além de independentes, devem também ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados”.

Una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados (LAHERA, 2014, p. 08).<sup>5</sup>

5 Uma política pública de excelência corresponde àqueles cursos de ação e fluxos de informações relacionados com um objetivo político definido de forma democrática; os que são desenvolvidos pelo setor público e, frequentemente, com a participação da comunidade e do setor privado. Uma política pública de qualidade incluirá orientações ou conteúdo, instrumentos ou mecanismos, definições ou modificações institucionais e a previsão dos resultados (LAHERA, 2014, p. 08 - tradução nossa).

Por abranger toda a coletividade, as políticas públicas podem ser voltadas para a saúde, educação, trabalho, moradia, entre outras frentes que possibilitem a inclusão social de pessoas ou grupos que estão à margem da sociedade por fatores e situações diversas.

[...] Em qualquer contexto social, para ser um efetivo cidadão é necessário que o indivíduo tenha acesso a certos bens, como educação, saúde e moradia, sem os quais será prejudicada sua capacidade de se autodeterminar, de realizar os valores comunitários e/ou de participar ativamente nas discussões públicas (FONTE, 2013, p. 204).

A elaboração de políticas públicas para a efetivação dos direitos da diversidade sexual e de gênero é de suma importância, principalmente para a inclusão de travestis e transexuais no mercado de trabalho, o respeito ao nome social, ao tratamento digno junto aos órgãos de saúde, assim como o direito à educação e principalmente segurança.

A ausência de políticas públicas destinadas em especial às pessoas LGBT, na maioria das vezes, coloca estas pessoas à margem da sociedade, o que de fato cria um facilitador para a situação de vulnerabilidade social dessa população.

Outrossim, a impunidade das pessoas homofóbicas e transfóbicas permite que se confundam liberdade de expressão com incitação à homofobia/transfobia até em debates políticos e religiosos, causando assim, mais repúdio e ódio contra pessoas LGBT.

Em virtude deste quadro insustentável de violência, precisamos fortalecer o debate a favor de legislações, a exemplo da criminalização da homotransfobia e demais projetos que venham a garantir uma maior inclusão social e respeito às pessoas.

De suma importância é o papel da entidade de classe que representa a advocacia - OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) ao propor o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual elaborado pela Comissão Especial da Diversidade Sexual da OAB, que no art. 88, estabelece: "O Estado deve implementar políticas públicas de capacitação e qualificação dos policiais civis e militares e dos agentes penitenciários, para evitar discriminação motivada por orientação sexual ou identidade de gênero." O Estatuto também antecipa um capítulo destinado à previsibilidade das políticas públicas.

Art. 105 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem adotar políticas públicas destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade dos heterossexuais, homossexuais, lésbicas,

bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais (ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL).

Observa-se como resultados de que a necessidade da elaboração de políticas públicas para a efetividade de direitos da diversidade sexual e de gênero são prioritárias para garantir maior segurança e dignidade a essa população.

Em suma, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero visa promover a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero.

Entendemos que é dever do Estado e da sociedade garantir a todos o pleno exercício da cidadania, a igualdade de oportunidades e o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades sociais, políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas. Por estes motivos a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de sua Comissão Especial da Diversidade Sexual se empenha na busca de mecanismos no âmbito administrativo e legal para o pleno reconhecimento e garantia dos direitos da população LGBT.

#### **4. O RESPEITO E IDENTIDADE DE GÊNERO E A GARANTIA DO NOME SOCIAL NA CARTEIRA PROFISSIONAL DA OAB**

Ao abordar a população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) é necessário que identifiquemos as orientações sexuais e identidades de gêneros existentes. Para tanto, os Princípios de Yogyakarta esclarecem a compreensão sobre orientação sexual:

“orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA).

Tais princípios, que são “princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”, também torna compreensível o entendimento acerca da identidade de gênero:

“identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA).

Visto que a transexualidade às vezes torna-se motivo de intromissão para os transexuais, devido ao gênero não coincidir com o seu prenome, é imprescindível uma alteração quando requerida, independente de cirurgia de alteração de sexo. Sobre o assunto, o poder judiciário tem se manifestado de maneira favorável, o que demonstra a indispensabilidade do advogado à administração da justiça (art. 133 CF) e o empenho profissional para construção jurisprudencial de referida matéria.

A título de exemplo, podemos citar duas decisões importantes para a construção de um novo posicionamento jurisprudencial acerca dos direitos da população trans.

Em uma decisão sobre retificação de registro civil de transgênero, com mudança de nome e de sexo, apesar da ausência de cirurgia de transgenitalização, foi proferida decisão favorável, ao respeito à identidade de gênero: “Enfim, a condição de transgênero, por si só, já evidencia que a pessoa não se enquadra no gênero de nascimento, sendo de rigor, que a sua real condição seja descrita em seu registro civil, tal como ela se apresenta socialmente.” (TJRS, AC 70057414971, 8ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 05/06/2014).

Ainda, o Poder Judiciário manifestou-se protegendo uma transexual, com aplicação da Lei Maria da Penha: “Assim, o direito à dignidade é fundamental, cláusula pétrea! É a tutela de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, pobres, homossexuais, índios, presos, portadores de deficiência, idosos, crianças e adolescentes.” Logo, “[...] excluir ou não reconhecer direitos a uma pessoa apegando-se à sua orientação sexual, seria conceder tratamento indigno ao ser humano, ignorando a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.” (TJ/GO, Processo - 201103873908, 1ª Vara Criminal, Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães, j. 23/09/2011).

Os transgêneros têm direito ao nome social pelo qual são reconhecidos e identificados em sua comunidade, independente de terem realizado a retificação do prenome e sexo no Registro Civil. Sendo assim, a

decisão da Ordem dos Advogados do Brasil, publicada em 05/07/2016, que autorizou o uso de nome social por advogados (as) travestis e transexuais no registro da Ordem na carteira profissional, demonstra o compromisso da entidade com o respeito e dignidade das pessoas trans.

Importante destacar a atuação da Comissão da Diversidade Sexual da OAB - Seccional de São Paulo, enquanto proponente de referido pleito junto ao Conselho Federal, que após leitura e voto do relator acolheu na íntegra o parecer encaminhado pela Seção da OAB de São Paulo.

Eis o Acórdão prolatado pela OAB Federal, demonstrando mais uma vez o compromisso da maior entidade de classe deste país com a defesa dos direitos humanos da população trans.

Proposição n. 49.0000.2014.001585-2/COP

Origem: Colégio de Presidentes dos Conselhos Seccionais da OAB.

Assunto: Advogados e advogadas travestis e transexuais. Nome Social. Registros na OAB. Inclusão. Carteira de Identidade Profissional. Regulamentação.

Relator: Conselheiro Federal Breno Dias de Paula (RO).

VOTO

Cuida-se de proposição oriunda da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, por intermédio de sua Comissão da Diversidade Sexual e Combate à Homofobia, onde requer que seja estabelecida normatização, por este CFOAB, para que advogados e advogadas travestis e transexuais possam incluir seu nome social no registro da OAB, em sua carteira de identidade profissional, bem como no site da instituição e comunicações oficiais.

Assim existindo, portanto, motivo apto a ensejar a incluir o nome social nos assentos de advogados e estagiários no âmbito da OAB, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social e profissional dos Advogados, forçosa se mostra a admissibilidade da proposição.

Referida conquista da OAB objetiva também estimular a consciência social de que os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, não discriminação e principalmente dignidade da pessoa humana são os pilares fundamentais de uma sociedade justa e sem preconceitos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o desenvolvimento do presente artigo, foi possível a constatação da importância e do valor do reconhecimento do papel da advocacia na valorização dos direitos humanos da diversidade sexual e de gênero.

Também se vislumbrou um dinâmico movimento da construção jurisprudencial acerca da temática, o que infelizmente não ocorre no Poder Legislativo, o que motivou a Comissão Especial da Diversidade Sexual da OAB a propor Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual da OAB, além da normatização do uso do nome social na carteira profissional dos advogados(as) travestis e transexuais.

E, justamente por estar inserida num contexto de interesse nacional, é que a Ordem dos Advogados do Brasil ratifica seu compromisso com a proteção dos direitos humanos das pessoas LGBT.

Pela análise de todo o texto constitucional brasileiro, verifica-se que o pilar principal do Estado democrático de direito é proteger a dignidade da pessoa humana. Logo, o conceito de cidadania se vê alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir os direitos da diversidade sexual e de gênero.

O Estado também é responsável pela elaboração de políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos em todos os âmbitos, seja sobre o trabalho, a saúde, a educação, entre outros, mas principalmente para combater a discriminação com o público LGBT, bem como para punir qualquer ato atentatório à liberdade psíquica, moral e física de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Promover o debate e esclarecer a comunidade jurídica, o movimento social e a sociedade civil sobre a necessidade de medidas que impliquem na mudança de valores sociais, na conquistas de direitos e no estabelecimento de uma sociedade plenamente igualitária é uma das missões institucionais da OAB, que luta pela inclusão da diversidade sexual e de gênero num contexto de reconhecimento jurídico e social.

O respeito às diferenças é nossa missão; é nosso objetivo.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DIAS, M. B. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 526.
- DINALLI, A.; TEOTÔNIO, P. J. F. et al. **Direitos humanos: sociedade e reforma do Estado**. Campinas: Millenium, 2006.
- ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/geral/estatuto\\_da\\_diversidade\\_sexual.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/geral/estatuto_da_diversidade_sexual.pdf)> Acesso em: 18 out. 2014.
- FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 354.
- GAMA, G. C. N. **Princípios constitucionais de direito de família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 298.
- GRINOVER, A. P. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades de Direitos**, São Paulo, n.7, p. 09-37, 2010.
- LAHERA P., Eugenio. (2014) Política y políticas públicas. In: CEPAL. **Revista Políticas Sociales**. Santiago de Chile. Disponível em: <[http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19485/sps95\\_lcl2176p.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/19485/sps95_lcl2176p.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2014.
- MOURA, A. G. **Constituição e construção da cidadania**. Campinas: J. H Mizuno, 2005, p. 251.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 704.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2014.
- RODRIGUES, Almira; CORTÊS, Iáris (org.) **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-Constituinte**. Centro Feminista de Estudos e Assessoria (Cfemea). Brasília: LetrasLivres, 2006, 128p.
- RODRIGUES, R. S. A evolução do direito da mulher na sociedade brasileira e a busca pela igualdade. In: CFEMEA. **Dos direitos da mulher**. São Paulo, p. 192-197, 2012.
- VENTURA, Miriam. **A transexualidade nos tribunais: saúde e sociedade**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2010.

# CAPÍTULO II

## Espaços de convivência e as novas dinâmicas das relações afetivas

Adolff Uchôa de Lima<sup>1</sup>

### RESUMO

Reflete-se acerca da nova dinâmica das afetividades no contexto social trazido pelo avanço da tecnologia e sobre a violência no que se refere à ocupação dos espaços não virtuais como locais de luta por direitos. Parte-se da seguinte questão: como a reinvenção de novas demandas de afeto, junto à questão da violência contra os indivíduos LGBTI (Lésbica, gays, bissexuais, transgêneros, travestis e intersexo), podem esvaziar uma luta pelos direitos dessa população a partir do momento que estes indivíduos deixam de ocupar os espaços antes considerados símbolos de liberdade e resistência? Pretendemos discutir os modos pelos quais esses esvaziamentos dos espaços podem ocorrer, espaços esses utilizados também como locais de lutas por direitos, de acordo com as novas práticas de afeto disseminadas pela tecnologia que supostamente, tornam menos vulneráveis e/ou menos visíveis as pessoas LGBTI, assegurando, para longe dos encontros *in loco*, a não violência gestada nesse novo modelo de encontros; isto porque se acredita na importância da consolidação da efetividade dos direitos nos processos de visibilidade, ocupação de espaços democráticos e de reconhecimento da cidadania.

Palavras-chave: Tecnologia; Violência; Reconhecimento; Cidadania.

---

<sup>1</sup> Advogado, mestrando em Estudos Interdisciplinares de Gênero pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca - Espanha, estuda especialização em Meios Consensuais de Solução de Conflitos pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB e Escola Superior da Magistratura - Esma, membro da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB subseção Campina Grande - PB, graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB e participante na qualidade de pesquisador voluntário e colaborador técnico do projeto de pesquisa intitulado "Direitos Humanos, bioética e acesso à tecnologia assistiva" (Pibic - UFCG). adolffuchoa@gmail.com .

## 1. INTRODUÇÃO

São recorrentes os debates acerca dos desdobramentos das relações afetivas quando se considera o novo contexto social fortalecido com os novos paradigmas advindos da tecnologia e, em particular, da *internet*, sobretudo no que diz respeito às dinâmicas das relações de afeto no *sistema homonormativo*.

Eis que a suposta facilidade trazida pelo meio virtual – e particularmente pelo *smartphone* – em encontrar um(a) parceiro(a), seja ele sexual e/ou afetivo, permite a compreensão de um novo comportamento social e novas dinâmicas, o que certamente faz com que os tradicionais locais de encontro, como os bares, as boates e as saunas, voltados ao público LGBTI etc, sejam reinventados para se adaptarem a esse contexto.

A condição de estar sozinho nos tempos da sociedade da informação já não causa o desconforto de antes quando o assunto é os encontros; algumas pessoas até preferem esse novo tipo de comportamento, pelo qual se pode ter um parceiro(a) de maneira facilitada pela celeridade tecnológica, buscando-o(a) pelos diversos aplicativos para *smartphones*, busca essa que já existia, notadamente nas mais variadas salas de interação e conversas virtuais.

Essa realidade de reinvenções do afeto e de novos espaços de contatos foi crescendo e se diversificando, de forma a se popularizar para além dos grandes centros urbanos. Atualmente, é possível estar conectado à internet apenas usando um telefone inteligente e usando a própria rede de dados da operadora de sua preferência, não é mais necessário ter um computador e banda larga. Assim, espaços não virtuais de encontro, que também são de fortalecimento de laços e de lutas, perdem um pouco em importância no sentido de promoção das afetividades.

Nesse contexto, onde as artes do corpo, o corpo livre, o amor livre, o poliamor etc. dão a tônica das novas relações, o *smartphone* foi se popularizando, os aplicativos também, como o *Scruff*, o *Hornet* e o *Grindr*, que são voltados basicamente para o público gay. Esse novo modelo de comportamento transita entre a carência e o desejo, entre a possibilidade do amor aberto e o modelo patriarcal no qual a sociedade foi gestada, junto à emancipação do público LGBTI, à união homoafetiva e sobretudo à luta por direitos.

Outra questão que também tem pulsado é a violência contra a população LGBTI, noticiada diariamente em todas as mídias, e que se acredita também ter um papel fundamental nessa mudança de comportamento, uma vez que a violência física e simbólica também pode motivar o deslocamento dos afetos, a exemplo do atentado ocorrido na boate gay em Orlando, nos Estados Unidos, no qual 49 pessoas foram mortas. A boate gay, antes vista como espaço símbolo da liberdade e resistência da comunidade LGBTI, não é uma barreira contra a intolerância, como está provado pelo fato citado anteriormente.

Pretendemos discutir essa nova dinâmica entre as afetividades LGBTI e os espaços ocupados por elas de acordo com o pensamento de Arendt (1999), com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth (2009) e, ainda, com a discussão de Butler (2003) sobre espaços ocupados por minorias.

Diante do que dissemos nos vem uma proposta de análise: como a reinvenção de novas demandas de afeto, junto à questão da violência contra os indivíduos LGBTI, podem esvaziar uma luta pelos direitos dessa população a partir do momento que estes indivíduos deixam de ocupar os espaços antes considerados símbolos de liberdade e resistência? Pretendemos discutir os modos pelos quais esses esvaziamentos dos espaços LGBTI podem ocorrer, espaços esses utilizados também como locais de lutas por direitos, de acordo com as novas práticas de afeto disseminadas pela tecnologia que supostamente, tornam menos vulneráveis e/ou menos visíveis as pessoas LGBTI, assegurando, para longe dos encontros *in loco*, a não violência gestada nesse novo modelo de encontros.

## 2. PROBLEMÁTICA

Os excluídos, por estarem à margem da sociedade, mantêm um contato com o mundo exterior maior do que os membros dos grupos incluídos, percebem o preconceito, a intolerância e a violência que aqueles não conseguem perceber, e se tornam potenciais inovadores/influenciadores na sociedade, porque não estão em equilíbrio com ela:

A norma exige uma resposta original por parte de cada indivíduo. Quando uma pessoa imita a resposta minoritária, diferencia-se dos outros unicamente por ter validado a resposta minoritária... Num grupo que insiste na originalidade, o efeito da minoria será, antes de mais nada, o de provocar imitações da resposta minoritária e logo fazer nascer no grupo respostas originais. (MOSCOVICI, 2011)

De fato, essa situação estabelece nítida comunicação com a questão da esfera pública (ARENDT, 2010) e da efetivação dos direitos humanos, na perspectiva de empoderamento dos sujeitos (SEN, 2001). Arendt traz um conceito sobre espaço público que inclui um fazer político relacionado ao direito à cidade, como uma forma de fazer política que constrói a esfera pública, e esse fazer político deveria organizar e regular o convívio dos diferentes. Segundo ela, o espaço público é o local onde cada cidadão mostra sua singularidade e, ao mesmo tempo, sua condição de ser igual a outro cidadão, seu direito de ser, de estar presente, de agir. Ainda segundo essa autora “a isonomia não significa que todos são iguais perante a lei nem que a lei seja igual para todos, mas sim que todos têm o mesmo direito à atividade política.” (ARENDT, 1999)

Entendemos a importância da atividade política nesse sentido, ainda mais para grupos minoritários, quando falamos em construção da cidadania. Pela definição de cidadão tem-se: “é um indivíduo que, por ser membro de um Estado, tem seus direitos civis e políticos garantidos, tendo que respeitar os deveres que lhe são conferidos.”<sup>2</sup> Partindo desse conceito entende-se que a população LGBTI não tem seus direitos civis e políticos – no sentido dito por Arendt (1999) – respeitados e por isso considera-se importante ocupar os espaços com as afetividades desses indivíduos num sentido de estabelecer e enaltecer focos de resistência.

Para Butler (2003), o movimento LGBTI será bem-sucedido em sua identificação, se adotar, como uma das estratégias, a contraposição a qualquer normalização político-identitária, mesmo que advinda do próprio movimento. Então, a inquietação que se apresenta é: quem se arriscaria a continuar ocupando os espaços físicos diante da questão da violência estrutural, física e simbólica, tendo outras maneiras de se relacionar?

Em que pese a certeza de que as pessoas não ocupam os espaços públicos unicamente para encontrar parceiros e as afetividades LGBTI estarem, hoje, expandidas para a vivência das amizades e da família, a internet e suas influências são irreversíveis. Ela é a base estruturante de todos os conceitos e de novas relações que compõem a sociedade em rede ou a cibercultura (LÉVY, 1999).

---

2 Conceito da palavra “cidadão” disponível em <<http://www.dicio.com.br/cidadao/>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

Segundo Castells (1999), entre os principais pontos que demarcam o momento histórico das sociedades estão a *firmação das relações através do indivíduo*, gerando mudanças nas relações de trabalho, com a perda da força dos sindicatos, em que no trabalho a flexibilização das relações é negociada com o próprio indivíduo; *crise do patriarcalismo*, *surgimento de movimentos feministas*, *imersão da mulher no mercado de trabalho*; *desintegração da família nuclear tradicional*; *novos modelos de urbanização*; desconexão entre megacidades e microlugares; e crise da legitimidade política (CASTELLS, 1999).

Acreditamos que os indivíduos LGBTI podem pensar e atuar em estratégias de luta além do espaço físico, mesmo que em muitos casos se busque apenas o encontro pelo encontro, uma vez que somente podem ser efetivamente influentes as minorias que inovam, opondo-se conscientemente e de maneira firme à norma majoritária, por meio da “defesa de uma contra-norma que faz dela um sócio ativo potencial nas relações sociais” (MOSCOVICI, 1991).

### 3. OBJETIVOS

Pretendemos investigar até que ponto a *cibercultura* junto à violência estrutural e simbólica tem esvaziado os espaços de estabelecimento e enaltecimento das afetividades LGBTI, averiguando se a evasão das afetividades desses espaços gera um empobrecimento da luta por direitos desses sujeitos, incluindo aqui o próprio direito à não-violência e o combate à lgbtfobia, de modo a verificar se existem outras formas de ocupação dos espaços e/ou de resistência/luta pelo reconhecimento da cidadania LGBTI que possam englobar também o ciberespaço.

### 4. METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa analítica, descritiva e intencional onde se realizou vasto levantamento bibliográfico, por meio de documentos e artigos referentes ao tema com o objetivo do estudo acerca do declínio dos espaços de convivência afetiva e o novo caráter das relações de poder e de afirmação das pessoas LGBTI. Fomenta a discussão sobre empoderamento e luta por direitos. Neste sentido, apresentamos a metodologia que será utilizada no estudo.

O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, vez que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca das hipóteses oferecidas e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência dos fenômenos nelas abrangidos (LAKATOS; MARCONI, 1992). É um estudo bibliográfico, exploratório e descritivo (GIL, 1994).

Quanto ao procedimento, este estudo fará uso do método histórico, jurídico, hermenêutico, dialético, estatístico e comparativo, visto que, além da abordagem evolutiva da questão concernente à mudança no caráter das relações LGBTI, investiga acerca da visibilidade nos espaços como proposta de empoderamento e proteção.

Maneja-se a bibliografia indireta, respaldada, em boa parte, na interpretação de textos, quando serão utilizadas as mais variadas fontes: livros, artigos, teses, dissertações e periódicos. Como tipos de instrumentos a serem adotados, teremos a citação de obras analíticas e remissivas sobre informações relacionadas com as questões dos direitos LGBTI.

A pesquisa documental, com base na análise de normas e projetos, também é sobremaneira necessária, pois, conforme Gil (1999), “[...] vale-se de materiais que não receberam ainda tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos”.

## **5. RESULTADOS**

Com o posicionamento de ruptura com o estabelecido é que o movimento social das minorias LGBTI introduz alguns elementos novos na discussão sobre ocupação dos espaços públicos, privados e ciberculturais, sem deixar de debater sobre gênero e sexualidade, perturbando a estabilidade do grupo majoritário.

Como afirmaram Doms e Moscovici (1991), os movimentos de ruptura com a sociedade em geral tendem a ser depreciados. Essa é uma explicação possível para a permanência de opiniões pejorativas ou mesmo de ridicularização que ainda existem em nossa sociedade com relação à ocupação dos espaços, associados à dificuldade em compreender a festa como elemento constitutivo, porém não central, da vivência das afetividades.

Cada pequena ação de uma pessoa, em prol da livre expressão da orientação sexual e da vivência da identidade de gênero, independentemente de seu sexo biológico e mesmo que não ela não seja lésbica, gay, bissexual, transexual ou travesti ou intersexo, é uma iniciativa minoritária ativa, de modo que cada pequeno momento de expressão do desejo e da liberdade, da participação nos movimentos até à oposição ante a uma piada preconceituosa, é uma defesa do direito das pessoas serem quem são.

As paradas do orgulho LGBT são um bom exemplo de que a ocupação dos espaços, por vezes barulhenta, ruidosa, ultrapassa a barreira da mera visibilidade, pode representar mais do que a conquista de direitos fundamentais, mas também a transformação dos horizontes ideológicos de toda a sociedade.

Nesse contexto de luta por direitos a sociedade organizada em rede presta um serviço importante no que se refere tanto à instituição de locais de estabelecimento/enaltecimento das afetividades LGBTI quanto à constatação diária da ausência ou precariedade de políticas que facilitem o acesso à esfera pública desses sujeitos no Brasil. Há flagrante violência simbólica e negação do direito enquanto instrumento emancipatório (empoderamento), pois inexitem políticas eficientes no ponto de vista da promoção de direitos em específico desses grupos vulneráveis.

Neste marco de entendimento, a política pública pode facilitar a cidadania e a participação dessa população, visto que a ação estatal seria pautada na teoria do reconhecimento (FRASER; HONNETH, 2003), em especial, para facilitar o acesso a esses espaços, sejam eles físicos ou lógicos, como é o caso do ciberespaço.

O direito, entrando nesse contexto, não deve ser instrumento neutro. A legislação perfaz-se em importante ferramenta de poder e de dominação, na medida em que a normatividade adote postura tradicionalista, patriarcal e homogênea em relação aos acontecimentos sociais e demandas. Pelo fato da norma jurídica e as ações políticas estatais poderem ser meramente enunciativas, sem instituir eficazmente medidas de amparo e combate à violência e à exclusão dos sujeitos LGBTI, a sociedade organizada em rede, com sua capacidade de alcance por seu tamanho e velocidade, se configura em instrumento eficaz de denúncia dos abusos e violências sofridos e assim, para além de ser um facilitador

das afetividades, se transforma em ferramenta de luta e empoderamento.

## 6. DISCUSSÕES

Aos grupos LGBTI colocam-se as estratégias de visibilidade como ponto de partida para abertura dos debates, nas esferas pública e privada com participação efetiva na comunidade em geral. A vulnerabilidade dos direitos dessas comunidades se explica, dentre outros elementos, pelo preconceito e pela desinformação, redundando na negação à visibilidade social a tais pessoas (SALES, 2007); contudo, o próprio movimento LGBTI, abarcando a diversidade de atores sociais, luta pelo reconhecimento não-discriminatório das possibilidades de se constituir enquanto sujeito e, tanto pela orientação sexual quanto pela identidade de gênero, questionam o padrão da heteronormatividade constituído, social e historicamente.

As redes de comunidades virtuais são, assim, a mais nova forma que os ativistas dos movimentos sociais encontraram de fazer valer sua luta e sua resistência, combatendo o *status quo* no cenário globalizado pela velocidade e abrangência da internet. De acordo com o pensamento de Castells (1999), as lutas sociais modernas foram marcadas por movimentos que mantinham a sua hierarquia de acordo com a verticalização da industrialização, já as lutas da contemporaneidade trazem movimentos sociais com estrutura horizontalizada e em rede. O movimento LGBTI, através dessas redes, consegue aproximar as comunidades virtuais, colocar-se na esfera pública e transmudar a maneira como se transmite a informação nas mídias tradicionais da unidirecionalidade para a pluridimensionalidade social. É o que Levy (1999) chama de democracia eletrônica:

Quando em geral a democracia eletrônica faz pensar em voto eletrônico, defendo aqui a ideia de que o essencial da renovação democrática da cibercultura se deve a um aumento da transparência dos governos (e da vida social em geral), assim como a emergência de novos espaços (virtuais) de deliberação e diálogo político. Nem os jornais, os salões e os cafés do séc. XIX, nem a abundância midiática e televisiva do fim do séc. XX haviam permitido semelhante acessibilidade à informação 'política', semelhante abertura do espaço à conversação, semelhante disponibilidade de instrumentos ao serviço do cidadão no sentido de influenciar seus representantes.

Como exemplo dessa renovação democrática e do alcance da cibercultura na luta por dignidade, direitos e cidadania temos o site NLUCON.com, que teve início em junho de 2011 com a proposta de reu-

nir e salvar o trabalho do autor Neto Lucon<sup>3</sup> em outros sites e pautas que não foram publicadas. No mesmo ano, a página começou a publicar o próprio conteúdo e investiu em um jornalismo que aborda especificamente a população trans (travestis, mulheres transexuais, homens trans e outras transgeneridades). A proximidade do autor com a população trans se dá pelo contato que teve com a militante travesti Cláudia Wonder (1955-2010) na adolescência.

Com a intenção de limar a transfobia estrutural e que marginaliza a travesti e a transexual, Cláudia estimulou a vinda de Neto para São Paulo, a entrada na revista gay Júnior e posteriormente a criação de um site que fosse símbolo de combate à transfobia e exemplo a outros profissionais de jornalismo. Antes de maio deste ano, a maior audiência que o site obteve foi em novembro de 2015: 348.534 (trezentos e quarenta e oito mil, quinhentos e trinta e quatro acessos).

Em maio deste ano o site obteve o pico de acessos, com 2.211.754 (dois milhões, duzentos e onze mil, setecentos e cinquenta e quatro acessos). A mudança se dá pela atualização diária, com cerca de cinco matérias por dia. Desde então, o site vem somando mais de 1 (um) milhão de audiências por mês, tendo recebido prêmios como o Thelma Lipp de Visibilidade (2014) – Categoria jornalismo, durante o Encontro Regional Sudeste do movimento de travestis e transexuais, o Prêmio Cláudia Wonder (2015), sendo um dos três sites homenageados durante o SP Transvisão, da SP Escola de Teatro, pelo movimento de Travestis e Transexuais e o Prêmio Terças Trans (2016) - categoria jornalismo, pela tradicional festa voltada para travestis e transexuais de SP.

Apresentamos a seguir os dados<sup>4</sup> referentes ao site NLUCON.com que demonstram o alcance proporcionado pela rede e a importância da ocupação do espaço virtual pela comunidade LGBTI.

**Tabela 01: Acesso durante os meses de janeiro a julho de 2016. Em maio, houve um ápice de acesso por usuários. Os últimos dados foram coletados até o dia 25 de julho de 2016.**

ACESSO DO MÊS: JANEIRO/JULHO - 2016	
JANEIRO: 104.499	MAIO: 2.211.754
FEVEREIRO: 266.289	JUNHO: 1.748.597

3 Neto Lucon é jornalista formado pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e pós-graduado pela Academia Brasileira de Jornalismo Literário. Trabalhou e escreveu em veículos como a revista Júnior, site Mix Brasil, jornal Estadão, revista Caras, Yahoo!, Virgula, A Capa e O Regional.

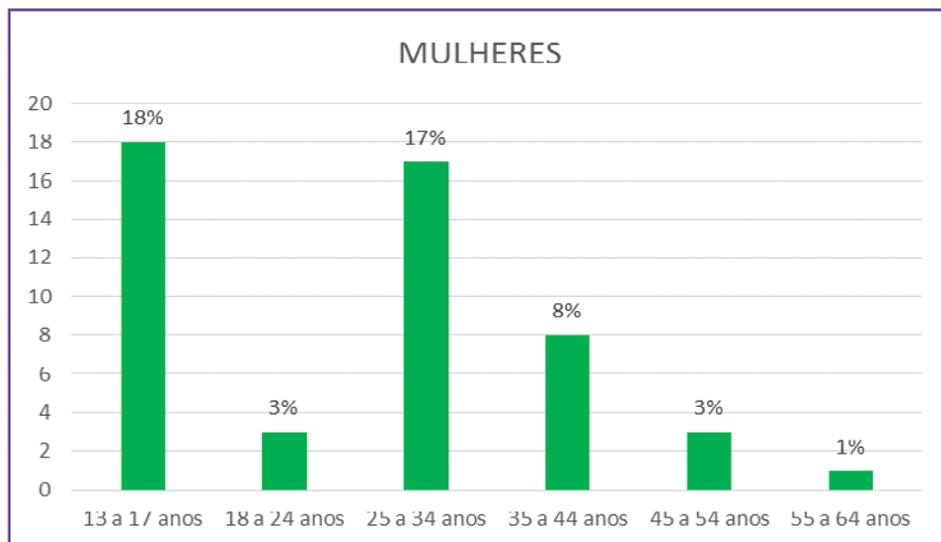
4 Todas as informações sobre o site NLUCON.com foram passadas diretamente pelo próprio autor do site, Neto Lucon (ver nota anterior), ao autor do presente trabalho.

ACESSO DO MÊS: JANEIRO/JULHO - 2016	
MARÇO: 364.125	JULHO: 1.539.525
ABRIL: 348.588	

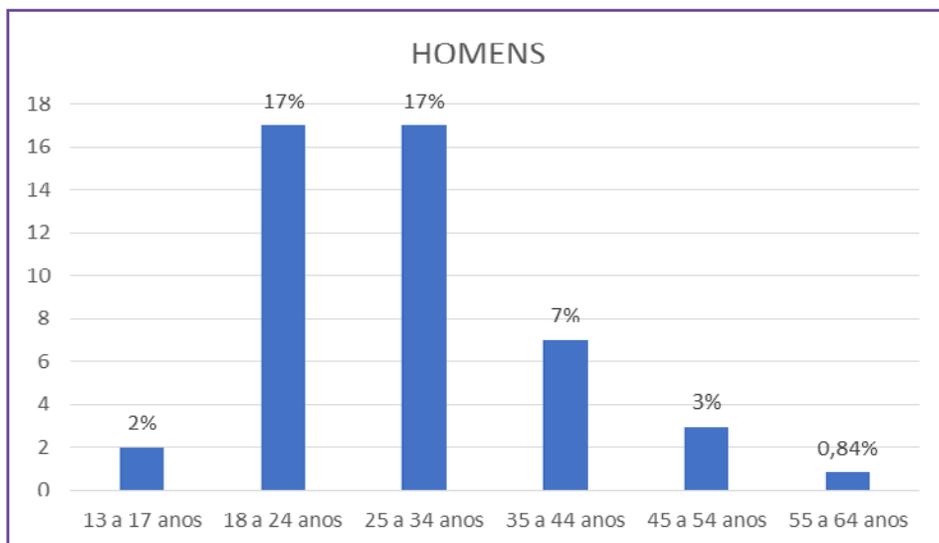
**Tabela 02: Países que lideram o acesso. Em números de usuários, o Brasil lidera este ranking.**

ACESSO POR PAÍSES:	
1 - BRASIL: 10.490.194	6 - ÍNDIA: 52.614
2- EUA: 239.173	7 - ESPANHA: 41.287
3 - PORTUGAL: 101.908	8 - FRANÇA: 40.700
4 - ALEMANHA: 74.573	9 - REINO UNIDO: 15.345
5 - ITÁLIA: 66.624	10 - ISRAEL: 10.281

A página na rede social do Facebook possui um total de 14.709 curtidas. Mensalmente, atrai um público bastante diversificado e autônomo. A seguir, um gráfico a respeito dos dados de usuários que foram divididos entre mulheres e homens.



**Gráfico 01: Dados relativos ao acesso de mulheres na página. Elas somam 50% de todos os usuários ativos.**



**Gráfico 02: Dados relativos ao acesso de homens na página. Somam 46,84% de todos os usuários.**

De acordo com a análise realizada pelos gráficos acima, a soma do total de usuários chega a ser 96,84%. Os outros 3,16% classificamos como margem de erro da pesquisa.

**Tabela 03: Ranking de cidades brasileiras que lideram o acesso na página.**

CIDADES QUE LIDERAM O ACESSO:	
1 SÃO PAULO/ SP	6 SALVADOR/ BA
2 RIO DE JANEIRO/RJ	7 PORTO ALEGRE/ RS
3 BELO HORIZONTE/MG	8 RECIFE/ PE
4 FORTALEZA/CE	9 CURITIBA/ PR
5 BRASÍLIA/DF	10 GOIÂNIA/ GO

Aponta-se, então, o grande desafio para essa nova configuração de luta e empoderamento em torno da constante violação dos direitos sociais dessa população. Indubitavelmente, o direito precisa entender a horizontalização dessa nova estrutura de informação e reconhecer a identidade social como plural e de constituição complexa, na qual o gênero é apenas mais um aspecto relevante dentre outros. Diante disso, no campo da teoria do reconhecimento de Fraser (2002) e Fraser e Honneth (2003), em particular, para identificar os possíveis efeitos

das políticas que se intitulam, em geral, includentes, podemos entender como a sociedade em rede tem fundamental importância no sentido de dignidade, ressignificação e visibilidade da população LGBTI para ela própria e para os outros.

É justamente sobre esse terreno fértil (ciberespaço) para que os direitos possam acontecer que falam Bobbio (1992), Herrera Flores (2009, 2002) e Piovesan (2012, 2015), quando concordam que os direitos humanos (sociais) nascem quando podem e devem nascer, num contínuo processo de surgimento e aprimoramento que é o processo mesmo de evolução da sociedade.

De fato, as questões relativas à visibilidade têm sido destaque acerca do assunto: “Nas últimas décadas, várias(os) transexuais ganharam visibilidades, alargando as fronteiras do gênero estabelecidas pela dicotomia feminino/masculino” (LIMA, 2012). Considera-se “gênero - uma representação que é vivenciada pelas performances dos sujeitos sociais que a experienciam através da vivência espacial cotidiana e concreta” (MARIA SILVA, 2008). Mais uma vez aqui vemos a referência clara ao espaço quando temos o termo *vivência espacial*. Essa vivência cotidiana e concreta, como foi dito, é uma necessidade no sentido do empoderamento e tem muito da sua força dentro da rede.

O panorama da marginalidade desses grupos vulneráveis, mesmo sendo um problema endêmico, visto que se identifica a violência sistêmica, seja institucional, advinda por ação ou omissão do Estado (exclusão no mercado de trabalho, de acesso ao emprego público, da inferiorização sofrida no ambiente escolar), ou mesmo das violações físicas e psicológicas baseadas na intolerância, ganha uma outra proporção e direcionamento quando dialoga no espaço virtual, inclusive quando o assunto é a investigação das políticas cujo fim é afastar as formas de violação aos direitos dos sujeitos LGBTI.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo os argumentos e pensamentos expostos nesta pesquisa sugere-se uma urgente mudança no panorama de violência e exclusão dos indivíduos LGBTI. Contudo, temos que reverter o quadro para o acolhimento e o acesso à inclusão, começando a tratar este assunto desde muito cedo nas escolas com a criação de aulas dinamizadas e abran-

gentes sobre direitos humanos, incentivando essa discussão dentro de todos os espaços e instituições, sejam eles físicos ou virtuais.

De toda forma, não podemos prescindir de tentar educar nesse mesmo sentido os adultos, fomentando os debates sobre o assunto em qualquer âmbito em que seja possível fazê-lo. Das simples conversas diárias aos eventos acadêmicos, passando pelo ciberespaço, é preciso discutir e rever quantas vezes forem necessárias a condição imposta aos sujeitos LGBTI por nossa sociedade.

A internet entra nesse contexto do empoderamento subvertendo as relações sociais quando expande os limites territoriais, o espaço e o tempo. A reunião de pessoas com os mesmos interesses, para além de todas as distinções, incluídas as questões relativas a gênero e sexualidade, é um acontecimento trazido pelas novas tecnologias de informação e comunicação. Por meio dessas tecnologias, possibilita-se aos indivíduos a ocupação do espaço virtual alternativo, bem como complementar à ocupação do espaço público, no fazer político conceituado por Arendt (1999). Ocupar esse espaço é de primordial importância para a luta das minorias por voz e escuta.

A cibercidadania é uma organização de contextos potencialmente agregadores, onde todos nós estamos, teoricamente, integrados, incluídos; ela nos dá uma dimensão de pertencimento quando nos dá a possibilidade de interação entre as afetividades para além do acesso e do consumo, desterritorializando o ambiente e proporcionando relações políticas, culturais e sociais que oferecem maneiras dos assuntos serem debatidos, pensados e analisados; os movimentos sociais podem publicizar o que até outrora estava totalmente silenciado. A rede é usada tanto para o combate no campo midiático quanto para dar visibilidade às afetividades que compõem a sigla LGBTI; a internet é um espaço democrático que nos dá a possibilidade de construção de novos pensamentos acerca da diversidade sexual e de gênero, diminuindo, assim, a intolerância.

Acreditamos que agora estamos vivendo um outro momento, em que as pessoas LGBTI, justamente pelo retraimento que a violência provoca, estão entendendo a importância da ocupação e dispostas a fazer isso acontecer nos espaços públicos e privados, porém nesse novo contexto, há coisas que não podem ser desvistas: como voltar a relacionar-se de maneira satisfatória com as pessoas e os espaços depois de tantas mudanças nessa dinâmica?

Muito embora de maneira modificada pela tecnologia, estar na presença de outro ser humano normalmente é um prazer, algo quase invariável, seja esse encontro de caráter afetivo/sexual, de amizade, ou na família, porque em todos esses casos as afetividades estão sendo praticadas.

Queremos acreditar na hipótese já ventilada de que, se a população LGBTI não se mostra, a mudança do paradigma de exclusão não acontece; justamente pela facilidade dos encontros das afetividades que a sociedade em rede propõe é que se torna preciso ocupar este espaço de relevância no exercício da democracia e da cidadania como produto da dignidade, mas, ainda assim, é preciso continuar indo às ruas, aos bares, às boates, às Paradas, tudo no sentido da resistência e de empoderamento, mudando o esvaziamento em estabelecimento e enaltecimento das afetividades desses indivíduos.

## REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ARENDT, Hannah. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrano Brasil, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUTLER, J. Desdiagnosticando o gênero. In: **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, 19(1), p. 95-126, 2009.
- BUTLER, J. **Problemas de gênero**. São Paulo: Editora Brasileira, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DOMS, M.; MOSCOVICI, S. (1991). Innovación e influencia de las minorias. In S. Moscovici (Org.). *Psicología Social I* (pp. 71-116). Barcelona: Paidós.
- FLORES, Joaquim H. **A re(invenção) dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FLORES, Joaquim H. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. In: **Sequência**. Florianópolis, v. 23 n. 44, p. 9-29, 2002.
- FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. In: BRUSCINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: FCC: 34, 2002, p. 61-78.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A Political-Philosophical Exchange**. London: Verso, 2003.
- GIL, Antonio C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GIL, Antonio C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- LIMA, Fátima. A invenção da transexualidade: discursos, práticas e modos de subjetividades. In: **III Simpósio Nacional Discurso, Identidade e Sociedade**. Campinas, 14, 15 e 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <[http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/LIMA\\_FATIMA.pdf](http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/LIMA_FATIMA.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2016.
- MARIA SILVA, Joseli. A cidade dos corpos transgressores da heteronormatividade. In: **X Coloquio Internacional de Geocrítica** 1999-2008. Diez años de cambios en el mundo, en la geografía y en las ciencias sociales, Barcelona. Actas del X Coloquio Internacional de Geocrítica. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2008. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/438.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- MOSCOVICI, S. **Psicologia das minorias activas**. Petrópolis: Vozes, 2011.
- MOSCOVICI, S. **Psicología sócia II**. Barcelona: Paidós, 1991.
- PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. In: **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação - perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007, v. 2, p. 927- 944.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record; 2001.

# CAPÍTULO III

## Uma interpretação constitucional da realização das técnicas de reprodução assistida como superação de limites e sua aplicação nas mulheres férteis na formação da família homoafetiva

Charles dos Santos Brasil<sup>1</sup>

### RESUMO

Apresentaremos uma interpretação constitucional da realização das técnicas de reprodução assistida para a realização do direito à maternidade das mulheres férteis com orientação sexual homoafetiva. O argumento moralista que nega o uso de tais técnicas a essas pessoas não pode prosperar, sob pena de ferir nossa Carta Magna. Alguns países da América Latina já apresentam leis que regulam o uso das tecnologias reprodutivas; no caso do Brasil, cabe ao Conselho Federal de Medicina (CFM) a regulamentação.

Palavras-chave: Reprodução Assistida, Orientação Sexual, Relação Homoafetiva, Constituição e Princípio da Dignidade Humana.

---

<sup>1</sup> Advogado e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB); Professor substituto do curso de direito da Universidade Federal do Acre (2018/2019); Professor do curso de direito do Centro Universitário Unimeta, lecionando a disciplina da Teoria Geral do Estado e Ciência Política; e Presidente da Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Acre (2016/2018).

## 1. INTRODUÇÃO

 presente trabalho visa identificar, no discurso médico, quem é elegível para o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA). Para tal finalidade, usaremos o texto constitucional para dialogar sobre a superação de limites para o uso das tecnologias reprodutivas em mulheres férteis e de orientação sexual homoafetiva e as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que regulam ou regulamentaram (no caso das que já foram revogadas) tais procedimentos.

Até o presente momento foram regulamentadas quatro resoluções que elegem as receptoras dos serviços de reprodução humana no país, sendo a de 2015 a mais inclusiva de todas no quesito elegibilidade, em especial para pessoas homoafetivas. Nesse contexto, a família tradicional, patriarcal, biparental vai perdendo espaço, haja vista os diversos arranjos familiares ratificados pelas práticas sociais na atualidade.

A argumentação moral não pode avançar na discussão teórica com a finalidade de impedir o acesso às técnicas de RA a uma lésbica solteira e fértil que deseja exercer o direito à maternidade. No Brasil, a ordem infraconstitucional regulamenta o planejamento familiar a toda pessoa, sem exceção e sem discriminação. A discussão constitucional proposta é a de não aceitação de discriminação por questões da orientação sexual da receptora das tecnologias de RA, por ser sua identidade sexual um elemento constitucional que se comunica com os direitos de personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição brasileira.

O direito não pode se eximir de regular e valorizar as diversas manifestações das famílias contemporâneas, dentre elas temos a monoparental, reconhecida no texto constitucional, independente da orientação sexual da genitora. Na seara internacional temos exemplos de legislações avançadas que regulam as tecnologias reprodutivas; a da Argentina é um bom exemplo. Será apresentado um estudo de como alguns países da América Latina, dentre eles, Argentina, Uruguai, Chile e Brasil, tratam desse assunto em seu ordenamento jurídico.

## 2. QUEM É ELEGÍVEL PARA O USO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA?

As constantes transformações da sociedade mundial engendram novas configurações jurídicas, para além da dogmática jurídica tradicional, normas que precisam tutelar a coletividade em sua gama de diversidade de direitos. Nessa perspectiva de mutação encontramos os modelos familiares.

E a medicalização das técnicas de reprodução humana<sup>2</sup> tornou-se uma opção de viabilização ao exercício do direito ao planejamento familiar (MOSCHETTA, 2011) para a realização da maternidade. Nesse contexto, a família monoparental, independente da orientação sexual da genitora, deve receber “igual respeito e consideração” do ordenamento jurídico.

O discurso médico, desde 1992, quando editada a primeira resolução do Conselho Federal de Medicina, delimita quais serão as pessoas receptoras das tecnologias reprodutivas no Brasil. Não há uma lei<sup>3</sup> no cenário nacional que regulamente as práticas éticas para o uso das técnicas de reprodução assistida, como há na Argentina (Lei 26.862/2013), por exemplo.

O planejamento familiar<sup>4</sup> possui lei que regulamenta o exercício do direito de procriação a todas as pessoas, sem discriminação. Nesse sentido, especificamente quanto ao uso das tecnologias reprodutivas para o exercício de tal direito, Costa; Diniz (2005) indagam: *O que é necessário para identificar uma pessoa elegível para as tecnologias conceptivas? A infertilidade ou a infecundidade? Ou mesmo tão somente o desejo por filhos é razão suficiente para garantir o acesso às técnicas?*

É nessa perspectiva teórica que embarca o presente o trabalho, para a partir da identificação constatar se há ou não discriminação no elemento discursivo para o entendimento de usar as técnicas de RA. Na definição das autoras “a infecundidade é a ausência de filhos”. E ela pode ser “voluntária ou involuntária”.

---

2 “As tecnologias reprodutivas conceptivas são um conjunto de técnicas biomédicas que visam concretizar o projeto de parentalidade biológica de mulheres e homens involuntariamente infecundos” (DINIZ; COSTA, 2005).

3 O que temos são projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional e que não avançam para a efetivação dos direitos humanos.

4 Lei 9.263/1996 que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

No primeiro caso, a ausência de filhos é parte de um projeto pessoal ou conjugal e não se expressa como um problema biomédico. Já a infecundidade involuntária é aquela comumente traduzida em termos biomédicos como sinônimo de infertilidade. Mas é preciso deixar claro que nem sempre uma mulher, um homem ou um casal involuntariamente infecundo apresenta restrições clínicas de fertilidade ou mesmo não é sempre que se descobrem as causas da infecundidade involuntária<sup>5</sup> (DINIZ; COSTA, 2005).

Quando se trata de uma mulher homoafetiva que não tenha uma orientação voltada para a bissexualidade, pode-se considerar que a mesma se enquadra, em relação ao conceito acima exposto, numa infecundidade voluntária fundada na identidade sexual exercida na perspectiva da condição de gênero dessa pessoa<sup>6</sup>.

A família formada pela figura simbólica única (monoparental) do pai ou da mãe possui proteção constitucional<sup>7</sup>. O julgamento no Supremo Tribunal Federal, em 2011, que definiu isonomia de direitos entre as relações heteroafetivas e homoafetivas, tem importância para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais da população que expressa sua identidade sexual fora dos padrões heteronormativos.

E negar o acesso, seja com base na argumentação moral ou jurídica, às tecnologias de reprodução humana a uma lésbica no exercício do seu direito à maternidade, ou seja, a procriação, é desconsiderar o direito personalíssimo de expressar sua identidade sexual, conforme a própria identidade fundada na orientação de gênero, colocando barreiras ao exercício da personalidade dessa cidadã.

Segundo Diniz; Costa (2005), a Medicina Reprodutiva proporciona solução para a infertilidade com a produção de bebês, sendo que muitas das vezes não consegue definir a causa ou as causas diversas para a infertilidade. Nesse sentido, a lésbica, mesmo sendo fértil, torna-se infecunda para uma concepção heterossexual, mediante o coito, por conta da orientação sexual dela, por isso, o argumento moral não pode prevalecer diante da proteção jurídica constitucional da família monoparen-

---

5 O interessante desse debate é observar, segundo Costa; Diniz (2005), que: “apesar de a Medicina Reprodutiva se postular como um campo de tratamento da infertilidade, sua principal garantia é de solucionar por meio das tecnologias reprodutiva a infecundidade involuntária pela produção de bebês”. Ou seja, o que a medicina vende é a produção de filhos e não a “cura” da infertilidade como creem algumas pessoas que procuram na Medicina Reprodutiva a solução para a esterilidade.

6 “Esta fronteira entre infecundidade e infertilidade é de especial importância para a compreensão de qual fenômeno moral vem sendo protegido pelas leis, normas e protocolos médicos em diferentes países latino-americanos”. Mais adiante vamos tratar de como se encontra a regulação da RA em alguns países da América Latina.

7 O § 4º, art. 226, CF/88 diz: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

tal, da proteção infraconstitucional do direito ao planejamento familiar, mesmo sendo essa formada por uma lésbica fértil.

Portanto, pergunta-se: qual a controvérsia posta para uma possível negativa ao uso das técnicas de reprodução assistida (TRA) por pessoas homoafetivas? As pesquisadoras Diniz; Costa (2005) auxiliam o caminho para a resposta, afirmando que “a tranquilidade médica inicial de que somente pessoas inférteis seriam elegíveis às técnicas trazia consigo a premissa moral de que somente pessoas heterossexuais em relação de conjugabilidade buscariam a Medicina Reprodutiva”<sup>8</sup>.

A resolução n.º. 1.358/1992 do CFM, que regulamentou pela primeira vez a reprodução assistida no Brasil, definiu o casal heteroafetivo em condição de infertilidade para o uso das técnicas. Diante disso, temos a elegibilidade para os serviços reprodutivos, mas o pano de fundo para a delimitação da discursiva médica as pesquisadoras demonstram ao afirmar que: “a categoria casal infértil serviu tanto a propósitos políticos de institucionalização da Medicina Reprodutiva quanto ofereceu garantias morais que o acesso às tecnologias conceptivas seria restrito a casais heterossexuais em situação de conjugabilidade”.

Com a institucionalização da Medicina Reprodutiva, como assinado acima, desde a discursiva médica de 1992, o CFM promoveu duas significativas mudanças no que se refere a elegibilidade para o uso da RA, que valorize a família monoparental constituída por pessoas com a orientação sexual fora dos padrões heteronormativos. A primeira foi em 2013, quando passou a permitir o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras (Resolução CFM n. 2.013/2013). E a segunda foi em 2015, quando, além da permanência da inovação de 2013, passou a considerar pacientes das técnicas de RA pessoas que tenham “gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista INFERTILIDADE” (Resolução CFM n. 2.121/2015, grifo nosso).

Desta feita, o CFM vem buscando respeitar o direito fundamental de constituir uma família, independente da orientação sexual das genitoras e/ou genitores, pois se configurado a negação do uso das tecno-

---

8 Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.358/1992. Dos princípios gerais: As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade; Dos Usuários das Técnicas de RA: 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. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

logias reprodutivas a pessoas homossexuais, restará institucionalizada a violação da Constituição brasileira, no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos de personalidade. As duas mudanças recentes, quanto à adoção das normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, realizadas pelo CFM, é de grande valia para a promoção dos direitos individuais da população que não possui uma orientação sexual dentro do código binário fixado na heterossexualidade.

No entendimento de que as pessoas não podem sofrer discriminação por conta de sua orientação sexual, muito menos ser tolhida de direitos fundamentais, sob pena de ferir a Carta Magna, o Ministro Roberto Barroso (STF) disse, em seu relatório, que “a identidade sexual do indivíduo é um aspecto ligado diretamente à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade” (RE 845779), sendo fácil depreender que o referido tema tem um nexo constitucional (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X).

Girardi (2014) sustenta que a sexualidade não é algo que pode ser apartada da personalidade humana. Pelo contrário, “é fator estruturante da identidade e da própria imagem da pessoa”. Logo, é merecedora de tutela jurídica, quando aparece “nas esferas de manifestação pública da personalidade”.

O que torna uma mulher elegível para as novas tecnologias conceptivas não é o desejo da maternidade (DINIZ; COSTA, 2005). Estamos diante de um debate entre a moral e o direito.

## 2.1. A MORAL, O DIREITO E A REGULAÇÃO NO USO DAS TÉCNICAS REPRODUTIVAS

Moschetta (2011), se referindo ao uso das técnicas de reprodução, argumenta que:

Na base na proibição da discriminação está o fundamental direito de expressão da própria sexualidade, que é plural, livre e autônomo [...] não se pode, desenfreadamente e a qualquer custo, às vezes, por sentimentos individuais e egoisticamente, buscar a reprodução humana assistida para realizar um projeto parental falecido. Por isso, os avanços tecnológicos, principalmente na área de reprodução humana, são importantes: para dar filhos àqueles que, terapeuticamente, não têm possibilidades de tê-los sem auxílio científico. Porém essa busca deve ser consciente, inserida numa “ética relacional” em que a mulher inseminada tenha condições de se dar conta de suas responsabilidades e obrigações para com a criança que nascerá (MOSCHETTA, 2011).

Moschetta (2011) usa o termo “terapeuticamente” para definir quem são as pessoas elegíveis para o uso das tecnologias reprodutivas. Enquanto Krell (2006) usa o argumento que a “biparentalidade” é essencial para o desenvolvimento das “potencialidades” dos indivíduos recém-nascidos. Resta saber o que ela define por “potencialidades”.

Gama defende que não há como reconhecer, em regra, o direito à reprodução em relação à pessoa sozinha, “levando em conta especialmente o princípio do melhor interesse da (futura) criança que, privada do pai ou da mãe, se sujeitaria à estrutura familiar parcial, tornando-a desigual em relação às demais pessoas desde o momento da concepção” (GAMA, 2003).

Em se tratando de referências para uma criança, tanto homoafetivos quanto heteroafetivos podem ser excelentes companhias, ensinando a ver o mundo e transmitindo-lhe valores, podendo deixar sequelas positivas ou negativas na personalidade do menor, o que faz parte da vida (SAPKO, 2005). Não será a família biparental tradicional a única estrutura capaz de conduzir sua prole para o melhor desenvolvimento psíquico e social.

Levando em consideração o entendimento de Sapko (2005), pode-se afirmar que a orientação sexual da representatividade paterna ou materna não é referência para um bom ou ruim desenvolvimento do caráter que será formado na criança no seio familiar e social.

Contraditando Moschetta (2011), Gama (2003) e Krell (2006), Brauner (2003) defende o projeto familiar monoparental que tem como genitora uma pessoa homoafetiva, independente do atestado médico de infertilidade, e afirma ser “possível mulheres estéreis, que já atingiram a menopausa, mulheres lésbicas e virgens buscarem a reprodução divorciada da sexualidade, através das técnicas de inseminação”.

Corroborando com Brauner (2003), ao analisar o caso sob um aspecto mais amplo, frisa-se que o fato da orientação sexual da lésbica ser fator preponderante para os problemas na procriação de maneira heterossexual, portanto, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é de bom grado acolher a intenção dessa cidadã de fazer uso das técnicas de reprodução assistida, mesmo sendo fértil, como muito bem disciplinou o CFM em 2015.

A incapacidade de se reproduzir como par é o argumento usado por Uziel (2007) para validar e incluir o casal homoafetivo ao uso das

técnicas de reprodução humana. O representante da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, Adelino Amaral Silva, em audiência pública na câmara dos deputados em Brasília, disse: “A Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida junto com o CFM e outras especialidades defendem claramente os direitos dos homoafetivos e das pessoas solteiras constituírem suas famílias”. A problemática discutida ultrapassa as barreiras nacionais, invade territórios estrangeiros e impede o acesso a direitos fundamentais por milhares de pessoas. Brasil, Chile, Uruguai e Argentina possuem algumas diferenças no ordenamento jurídico para o acesso à RA.

### **3. A REGULAÇÃO INTERNACIONAL NO USO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

No cenário internacional podemos citar algumas experiências exitosas, outras nem tanto, quanto à regulação das técnicas reprodutivas. Um estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e Argentina, foi publicado, em 2014, na revista da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, que traz o retrato da legislação internacional dos países pesquisados e será apresentado algumas informações do referido trabalho.

Na Argentina, em 23 de julho de 2013, entrou em vigor a lei 26.862, válida para todo país. A norma objetiva garantir o acesso integral aos procedimentos e às técnicas médicas de RA, podendo ser destacados os seguintes pontos: i) acesso gratuito aos procedimentos médicos para todos os cidadãos, sejam eles casais heteroafetivos ou homoafetivos, ou ainda pessoas solteiras, que tenham ou não algum problema de saúde; ii) o sistema de saúde pública cobrirá todo argentino e todo habitante que tenha residência definitiva. E não existe menção de limite de idade para a utilização das técnicas.

A lei argentina pode ser considerada uma avançada norma por não precisar comprovar a infertilidade da receptora ou mesmo que ela esteja em um relacionamento, não faz discriminação por sexo ou idade e ainda inclui, quando autorizados pelo Ministério da Saúde, técnicas de alta complexidade, novos procedimentos e técnicas desenvolvidas mediante o avanço científico.

O caso do Chile é muito diferente do caso argentino. Enquanto na Argentina vislumbra-se um avanço significativo na legislação da garan-

tia de direitos fundamentais, no Chile não há uma lei que regulamente a reprodução humana assistida. Além do que, apenas alguns centros aceitam fazer inseminação em mulheres solteiras e homoafetivas.

Outro item que fica exclusivamente a critério das clínicas é a doação dos espermatozoides. Como não há banco de espermatozoides no Chile, o material é oriundo de doadores estrangeiros, boa parte da Espanha e dos Estados Unidos, não fazendo qualquer referência ao anonimato das doações.

No Uruguai, a lei 19.167, desde 2013, aguarda regulamentação do Ministério da Saúde daquele país. A norma infraconstitucional promove as disposições gerais sobre as técnicas de reprodução humana assistida, regulando que qualquer pessoa maior e menor de sessenta anos, independente do estado civil, desde que possua um diagnóstico de infertilidade, possa fazer uso das técnicas.

É definida a fertilização *post mortem* dentro de 365 dias após o falecimento da pessoa, desde que haja consentimento do falecido por escrito.

O panorama dos países pesquisados no estudo não é diferente do Brasil. Dentre esses, apenas a Argentina possui uma legislação regulamentada que respeita garantias e direitos fundamentais. O Uruguai ainda não regulamentou a lei que foi promulgada. O Chile sequer possui uma legislação que discipline o assunto. E o Brasil segue o mesmo caminho que o Chile, sem regulamentação, sendo o CFM, na morosidade do legislativo, o responsável por definir as normas éticas para a utilização das técnicas de RA.

#### 4. O CENÁRIO BRASILEIRO DA REGULAÇÃO DAS TÉCNICAS DE RA

O Brasil não possui uma legislação que regulamente o uso das técnicas de reprodução humana assistida. O que temos para regulamentação jurídica são os seguintes documentos: i) resolução 2.121, de 2015, que revogou a resolução 2.131, de 09/05/2013, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que dispõe sobre normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida; ii) a lei 9.263, de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar.

Têm-se ainda os seguintes projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional: i) PL 5.624/2005, que cria o programa de reprodução assistida no sistema único de saúde; ii) PL 1.184/2003 apensado ao anterior supracitado; e iii) PL 2.061/2003, que disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde (MOSCHETTA, 2011).

Em se tratando de normativa do CFM, desde 1992 que o órgão de classe regula tais procedimentos. O regulamento que teve maior período de vigência, tratando sobre esse assunto, foi de treze anos. Depois houve outras resoluções que não perduraram por mais de três anos, sendo necessária uma reformulação da resolução para a adequação à realidade social.

Desde 2013, na alteração promovida pelo CFM, a resolução (hoje revogada) inovou ao reconhecer, dando elegibilidade à família homoafetiva como receptora das técnicas de reprodução humana, em especial a monoparental. Em 2015, o órgão da classe médica inovou ainda mais, ao permitir “a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista INFERTILIDADE” (grifo nosso).

Em outras palavras, a mudança na norma trouxe pressupostos inovadores a respeito da mudança sobre os conceitos das famílias, rompendo o pensamento tradicional e conservador. A atual regulamentação do CFM procura combater o que Diniz; Costa (2005) afirmaram com justeza: “(...) a medicalização da infecundidade (...) tem se apresentado como um poderoso instrumento de reforço da moral heterossexual e de padrões de constituição de família assentados em premissas naturalistas do feminino e do masculino”.

Se no âmbito legislativo não se logra êxito na aprovação das matérias supracitadas, as resoluções do CFM que tratam do assunto possuem uma evolução alinhada ao pensamento contemporâneo de respeito aos direitos fundamentais das diversas famílias, dentre elas a homoafetiva.

Em outras palavras, a mulher que tem a orientação sexual – direito individual constitucional, amparado pelo princípio da dignidade humana e de direitos de personalidade – voltada para uma relação homossexual não terá uma concepção tradicional, aos moldes heteroafetivos. Logo, terá seu direito ao planejamento familiar e posteriormente à maternidade suprimidos.

Há um divisor entre a família codificada na década de 20 e a família constitucionalizada na década de 80: a primeira era matrimonial, patriarcal, heterossexual e hierárquica; a segunda é informal, monoparental, respeita a diversidade sexual e a igualdade conjugal (MOSCHETTA, 2011). Nesse sentido, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto (DIAS, 2011).

É evidente que os pares (ou mesmo solteiras) homoafetivos, se quiserem constituir família com sua carga genética, será necessário recorrer às tecnologias de reprodução humana, que são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina (GAMA, 2003). O que o CFM traz no bojo na resolução 2.121/2015 é uma narrativa jurídica inovadora capaz de romper com o discurso moralista que empurra para a marginalidade social a homossexualidade.

Dias (2011) nos ensina dizendo que “ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”. Nesse sentido, a atual resolução do CFM passa a valorizar o planejamento familiar como direito fundamental das pessoas que desejam vivenciar a maternidade, independente de sua orientação sexual.

A impossibilidade de ter filhos aos moldes tradicionais é reconhecida pela norma que criou mecanismos de superação de tais obstáculos biológicos, levando dignidade à família homoafetiva, seja ela monoparental ou não.

O livre exercício da sexualidade e a orientação sexual ganham repouso constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e a resolução 2.121/2015 do CFM ratifica, além do princípio citado, também os princípios da liberdade, da igualdade formal e material e o direito à vida, com respeito à orientação sexual e à felicidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse cenário, se enfatiza ainda mais a necessidade de regulamentar, mediante lei infraconstitucional, o uso das técnicas de RA, respeitando as diversas formas e arranjos familiares existentes na contemporaneidade, afastando o falso moralismo e o comportamento dis-

criminatorio. Logo, negar o uso da reprodução humana a uma lésbica solteira e fértil é um atentado contra a Constituição brasileira.

O entendimento de que só podem fazer uso das técnicas de reprodução assistida as pessoas inférteis é um pensamento que exclui o desejo de algumas pessoas em construir uma família homoafetiva, seja ela monoparental ou biparental. É tanto que o CFM desde 2015 retirou o quesito da infertilidade como elemento essencial para o uso das técnicas. O que valorizou as pessoas, solteiras ou casal, com orientação sexual diversa da heterossexualidade.

Logo, pode-se concluir que a lésbica fértil encontra total guarida na Constituição de 1988 – princípio da dignidade humana, no ordenamento jurídico infraconstitucional – Lei do planejamento familiar, bem como nos direitos advindos da personalidade, em respeito a sua identidade de gênero, para constituir sua família monoparental por intermédio do uso da RA, pois não há nenhum impedimento legal para entendimento contrário. E a sua orientação sexual, definida em sua identidade de gênero, não poderá servir de argumento denegatório do direito à maternidade.

## REFERÊNCIAS

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito & a justiça. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Débora; GOMES COSTA, Rosely. **Infertilidade e infecundidade**: acesso às novas tecnologias conceptivas. Série Anis 37, Brasília, Letras Livres, 1-9, Fevereiro, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o direito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais**: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.



# CAPÍTULO IV

## O silenciamento sobre as questões de gênero na escola: A inconstitucionalidade de leis e normativas recentes na área da educação

Margareth da Silva Hernandes<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma breve análise sobre a importância das discussões de gênero e sexualidade nas escolas, da necessidade premente de ajustar o tema nos planos de educação, tanto na esfera municipal, estadual como na federal. Vivemos um momento histórico em que podemos afirmar que há uma *onda conservadora* sob um norte religioso, alijando dentro do Congresso Nacional debates e projetos de lei que avançam nas conquistas sociais. Podemos afirmar que tais configurações – de avanço do conservadorismo e ameaça a direitos já conquistados permeiam os três Poderes constituídos. Sendo assim, têm sido cada vez mais silenciados e rechaçados os debates referentes a gênero e sexualidade. O Plano Nacional da Educação (2014-2024) iniciou um *silenciamento* da questão abrindo a possibilidade para um *efeito dominó*, com a ausência às menções de sexualidade e gênero. Na presente pesquisa foi realizada uma revisão bibliográfica e análise à luz do Direito e da Lei “maior”, que é a nossa Constituição Federal, reafirmando conclusivamente que há um desrespeito flagrante à Constituição brasileira com consequências muito graves para a população de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexo (LGBTI). A inconstitucionalidade de leis criadas autorizando os referidos planos de educação e que trazem em seu bojo vedações sobre a matéria impossibilitam a escola de trabalhar com transparência as questões de gênero, identidade de gênero, orientação sexual e prevenção de violência de gênero e impedem o reconhecimento das novas famílias formadas por casais homoafetivos, da transexualidade e o respeito às diferenças, culminando com o desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do direito à liberdade e à vida.

Palavras-chave: Educação; Gênero; LGBTI.

<sup>1</sup> Bacharela em Direito. Advogada. Presidente da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero da seccional OAB-SC. Especialista em Gênero e Diversidade na Escola pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Cesusc – Campus Florianópolis-SC, Brasil.

## 1. INTRODUÇÃO

Podemos inferir, de forma geral, que o Plano Nacional da Educação (PNE) - 2014-2024 inaugura uma nova fase, em nossa história educacional, ao retirar a palavra *gênero* de seu texto final<sup>2</sup>. O PNE mais recente e, portanto, em vigor, foi sancionado em junho de 2014 e deve vigorar até 2024. O governo ouviu sugestões da sociedade civil e elaborou o texto inicial que, por sua vez, foi apreciado e aprovado pelos deputados e senadores. Vale ressaltar que o texto foi enviado à Câmara em 2010 e foi debatido (entre especialistas da área da Educação, parlamentares) até ser, definitivamente, aprovado. O PNE inclui todos os níveis da educação, desde a educação em creches e escolas infantis até programas de pós-graduação e prevê que os demais planos – estaduais e municipais – tenham certa *coerência* com as metas e estratégias estabelecidas por ele.

O Plano tem dez diretrizes principais – espécie de eixos norteadores – e 20 metas, incluindo as estratégias para alcançá-las. Podemos afirmar que, de maneira geral, o PNE supriu algumas das reivindicações de profissionais da Educação, especialmente no que se refere ao financiamento da educação, garantindo o mínimo de 10% do PIB a ser investido em educação ao final do Plano (2024) (WESTIN, 2014, s/p).

No presente estudo será discutido, de forma breve, as invisibilidades das questões referentes à sexualidade e gênero e que, consequentemente, podem contribuir para perpetuar a violência e a intolerância, além de se configurar como um desrespeito à Constituição Federal (CF) do país. Sabemos que desde os anos 90, as conquistas no terreno da ampliação dos direitos, como por exemplo, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/96), que preconiza a pluralidade dos processos de ensino e aprendizagem, são fruto de movimentos sociais e também de muitos estudos que questionam e ainda constataam o quanto as escolas ainda reproduzem preconceitos e inúmeras formas de violências. Contudo, depois de muita luta e algum reconhecimento das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais (LGBTI) como sujeitos de direitos, nos deparamos com a tentativa atual de deflagrar

2 Sabemos que o Brasil pode ser considerado um país “conservador”, na medida em que, se comparado a outros países da América Latina, tem um histórico de demora na extensão de direitos. Houve, em outros momentos, situações em que grupos políticos conservadores impediram ações voltadas ao público LGBTI, contudo, acredita-se que esse momento é especialmente dramático porque as pautas conservadoras e religiosas têm atingido mais fortemente o Congresso Nacional e, consequentemente, as leis.

o silêncio e a omissão sobre as questões de gênero. Ao invés de lutar pela consolidação dos direitos e garantias já presentes na CF de 1988, presenciamos um retrocesso, com novas leis que, por sua vez, querem negligenciar o que já estava garantido constitucionalmente.

Neste cenário o objetivo central do presente estudo é apresentar uma análise sobre o Plano Nacional da Educação 2014-2024 (Lei 13.005/2014) no tocante à ausência das discussões acerca de gênero e sexualidade, bem como algumas leis infraconstitucionais criadas em âmbito estadual e municipal que já “nasceram mortas”, ou seja, inconstitucionais, haja vista que trouxeram em seu bojo violações aos direitos fundamentais, tais como vedações à liberdade de expressão, destacando que a omissão das referidas questões nesses diplomas evidencia uma ofensa grave à Constituição Federal, especialmente nos dispositivos acima mencionados que estampam os direitos fundamentais do cidadão.

Esperamos com este estudo alertarmos para o quanto são nocivas à sociedade as concepções atualmente em vigor, estampadas nestes planos de educação cujo prazo se extinguirá em 2024. À medida que a se mantenha o *status quo*, colocaremos cidadãos despreparados dentro de uma sociedade nova e transformada, na qual, estes não se adequarão e as consequências podem ser danosas a todos, principalmente à população LGBTI. Esperamos ainda, que com um outro olhar – o da manutenção das discussões de gênero e sexualidade nos planos, prepararemos indivíduos para reconhecer e respeitar as diferenças, eliminando possíveis situações de sujeitos que irão reproduzir estereótipos e preconceitos já internalizados e presentes em nosso universo social.

## **2. PROBLEMA: A AUSÊNCIA DE GÊNERO E SEXUALIDADE NO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO – PNE (LEI 13.005/2014)**

Nas diretrizes do PNE é destacada a necessidade de respeitar os direitos humanos e o combate ao preconceito e formas de discriminação, sendo contemplados da seguinte forma: “III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação e X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental” (BRASIL, 2014, s/p).

Percebe-se que há quase um consenso, na grande área da Educação, no que se refere às desigualdades que ainda permeiam o sistema

educacional brasileiro. Segundo Alves (2009), por exemplo, os adolescentes travestis são rejeitados em sala de aula e em todo o espaço escolar e, conseqüentemente, tornam-se mais vulneráveis diante da exploração/comercialização sexual. O autor realizou estudo na cidade do Rio de Janeiro e mostra que, além de marginalizados no espaço escolar, a sociedade, de forma geral, fecha os olhos para a exploração sexual dos garotos: “[...] apesar deste fenômeno estar presente nas ruas, praças e estradas da cidade, ele permanece invisível na sociedade, sendo pouco enfrentado, debatido e estudado” (ALVES, 2009, p. 6). É fato, portanto, que reconhecemos a necessidade de construir uma sociedade mais democrática e plural. No entanto, o próprio PNE acaba por se constituir como uma “amarra” ao deixar ocultas as questões de gênero e sexualidade. Pode-se levantar como hipótese o quanto professores e professoras sentir-se-ão desobrigados e desobrigadas de trabalhar tais questões, já que o próprio plano silenciou a respeito. Trabalhar gênero e sexualidade em suas aulas tornar-se-ia um instrumento de prevenção ao *bullying* (intimidação sistêmica), da violência física, do preconceito, da intolerância ao diferente. Professores são cerceados neste tema, reféns de uma direção educacional pressionada pelos próprios pais dos alunos.

A educação é um processo prioritário, visto que pode promover condições a todos e todas para exercerem livremente a sua cidadania e possibilitar uma inserção profissional e pessoal mais assertiva. Não se pretende afirmar aqui, que os/as analfabetos/as não possuam outros saberes, ou ainda, que não possam participar do mundo social em que vivem. A intenção é ressaltar que a formação escolar oferece mais possibilidades e reconhecimento.

Há, portanto, uma contradição: por um lado, as escolas parecem impossibilitadas de concretizar seu papel como instituição que deve promover o ensino e a socialização das novas gerações, sob valores como a igualdade de direitos e respeito à dignidade humana, na medida em que preponderantemente a Lei ordinária 13.005/2014 (que autorizou o PNE) tende a produzir um efeito cascata nas leis estaduais e municipais que seguiram e/ou seguirão o modelo, que silencia sobre as questões de gênero, sexualidade e direitos da população LGBTI. Por outro lado, a contradição se torna flagrante porque há um desrespeito à Constituição Federal de 1988, especificamente aos artigos 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), art. 3º, I, IV (da não discriminação) e o art. 5º, *caput* (princípios da igualdade, do direito à vida e à liberdade), como direitos fundamentais a qualquer pessoa.

### 3. PERCURSO METODOLÓGICO

Trata-se de uma pesquisa qualitativa composta por um estudo documental, onde foi analisado o PNE e alguns exemplos de leis dos Planos Municipais de Educação que são decorrentes dele a partir do enfoque das questões de gênero e sexualidade e do diálogo com a bibliografia. Embora contemple o PNE, salientamos que o estudo não teve a pretensão de representar todos os municípios do país, mas delinear questões nacionais mais gerais.

Trabalhou-se concomitantemente com os documentos legais citados - Constituição Federal, de 1988, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) 1996, Lei Maria da Penha (2006), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, dentre outras leis nacionais e artigos e estudos das áreas de Educação e Gênero e Sexualidade. Buscou-se ao longo do estudo dialogar com os estudos recentes da temática e com as normativas legais.

### 4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Cabe assinalar que o Plano Nacional da Educação não proíbe a abordagem de questões relativas a gênero ou diversidade sexual e/ou orientação sexual, porém, tais expressões sequer são mencionadas em seu texto. Elas estão invisíveis, como nas diretrizes já citadas: se é preciso combater todas as formas de discriminação, subentende-se que estão incluídas as discriminações de gênero e/ou de orientação sexual. Contudo, se, na própria linguagem do PNE os termos gênero e orientação sexual não estão presentes, temos um primeiro obstáculo: a invisibilidade da diversidade sexual, de gênero e identidade de gênero no Plano Nacional de Educação.

Com relação às metas que devem ser cumpridas até o término da vigência do Plano - 2024 - também não há referências diretas ao aumento da escolaridade e permanência de pessoas trans, por exemplo. As únicas “minorias” contempladas são os negros, população do campo e mais pobres, na meta de número 8:

Meta 8: elevar a escolaridade média da população de 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos, de modo a alcançar, no mínimo, 12 (doze) anos de estudo no último ano de vigência deste Plano, para as populações do campo, da região de menor escolaridade no País e dos 25% (vinte e cinco por cento) mais pobres, e igualar a escolaridade

média entre negros e não negros declarados à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (BRASIL, 2014).

É, no mínimo, excludente, um Plano de educação que se propõe a abranger questões nacionais e que ignora a diversidade sob a ótica da orientação sexual. Com relação às mulheres, o PNE faz uma menção, em estratégia relacionada à meta 14:

Meta 14: elevar gradualmente o número de matrículas na pós-graduação *stricto sensu*, de modo a atingir a titulação anual de 60.000 (sessenta mil) mestres e 25.000 (vinte e cinco mil) doutores. [...] 14.8 estimular a participação das mulheres nos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, em particular aqueles ligados às áreas de Engenharia, Matemática, Física, Química, Informática e outros no campo das ciências (BRASIL, 2014).

Podemos, portanto, inferir que o PNE não aborda, explicitamente, questões relacionadas à diversidade sexual e ao gênero, concebidas como constituintes da expressão identitária das pessoas. Há apenas uma menção às mulheres em todo o documento e o termo sexual só é mencionado para referir-se à violência sexual, na estratégia 7.23.

Vianna e Unbeaum (2004), em análise sobre as políticas públicas de 1988 a 2002, também chegam a conclusão semelhante. Muitas das políticas públicas de Educação acabam por “invisibilizar” a diversidade sexual, tratando-a apenas sob aspectos biológicos. As autoras citam os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), por exemplo, que agregam as discussões acerca da sexualidade à prevenção de doenças. Continuam, portanto, reproduzindo uma

[...] sujeição ou subordinação da temática de gênero ao trinômio corpo/saúde/doença, posto que não privilegia a problematização de questões relacionadas às posturas, crenças, tabus e significados masculinos e femininos (VIANNA; UNBEAUM, 2004, p. 100).

Ressalta-se a inconstitucionalidade de muitos Planos Municipais de Educação, que têm sido concebidos, também, com o objetivo de vedar as discussões relativas a gênero e sexualidade como construtos sociais<sup>3</sup>.

Tanto o PNE quanto alguns dos Planos Municipais analisados para o presente estudo, claramente os mesmos esbarram nas normas cons-

<sup>3</sup> É o caso, por exemplo, de municípios como Tubarão, situado no estado de Santa Catarina. O Plano de Tubarão surpreende porque, para além de *silenciar* as questões relativas a gênero e sexualidade traz a *proibição* de se tratar do assunto, em qualquer disciplina e/ou atividade pedagógica. Contudo, vale lembrar que o caso de Tubarão não é único. Capitais como Teresina (PI), Recife (PE) e Palmas (TO) e municípios como Santa Bárbara d'Oeste (SP), Viçosa e Varginha (MG), Paranaguá e Cascavel (PR) e Mossoró (RN) tomaram medidas idênticas em seus Planos Municipais. É o que afirma Cláudia Bandeira, em reportagem do ano de 2016.

titucionais vigentes, principalmente ferindo os princípios de liberdade de expressão, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Ainda, quando tratamos dos aspectos jurídicos da orientação pedagógica nas questões de gênero no âmbito escolar, certamente é de vital importância as discussões de gênero e sexualidade, tanto para contribuir com a formação dos alunos e alunas quanto para meio de prevenção a todas as formas de violência, sejam elas psicológica (*bullying*) ou física.

Como pode ser visto abaixo, a Lei Municipal (Lei 4268/2015) foi comissiva, ou seja, atuou de forma concreta “rasgando” a Carta Maior, vedando o uso da palavra gênero:

Art. 9º: Não comporá a política municipal de ensino de Tubarão, currículo escolar, disciplinas obrigatórias, ou mesmo de forma complementar ou facultativa, espaços lúdicos, materiais de ensino que incluam a ideologia de gênero, o termo “gênero” ou orientação sexual ou sinônimos.

Trata-se de ilícitos cometidos pelos legisladores em nome da “família”, fabricando leis de acordo com seus interesses particulares e religiosos num estado laico, desobedecendo a Ordem Constitucional.

É cristalina a inconstitucionalidade notória da lei municipal acima citada, violando o princípio da liberdade de expressão estampado na Carta Magna, acarretando um atraso sociológico, engordando as estatísticas da violência, seja ela por gênero ou orientação sexual, não tão somente ferindo a liberdade, mas segregando a população LGBTI quando não permite o estudo e as discussões sobre Sexualidade e Gênero no âmbito escolar.

Leis e discursos desta natureza configuram grande preocupação frente aos atos de violência e preconceito sofridos por crianças e adolescentes de orientação sexual e/ou gênero diversa do padrão heteronormativo em um país como o Brasil, onde a cada 28 (vinte e oito) horas morre um homossexual e/ou transexual por homofobia (ANTRA, 2018). Importante ressaltar que recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos colocou o Brasil em primeiro lugar no número de mortes de homossexuais e transexuais. Tal contexto é totalmente contrário a Constituição Federal Brasileira que em seu art. 205, prevê:

Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

E ainda, dispõe em seu art. 227:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 65, de 2010) (BRASIL, 1988).

Por fim, lembramos que o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), desde 1990, já dispõe que a criança e o adolescente têm direito à *liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis* (Art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Mais tarde, o Estatuto da Juventude (Lei 12.852/2013), nos artigos 17 e 18, tratam do direito à diversidade e igualdade:

Art. 17. O jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e não será discriminado por motivo de:

I - etnia, raça, cor da pele, cultura, origem, idade e sexo;

II - orientação sexual, idioma ou religião;

III - opinião, deficiência e condição social ou econômica.

Art. 18. A ação do poder público na efetivação do direito do jovem à diversidade e à igualdade contempla a adoção das seguintes medidas:

I - adoção, nos âmbitos federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, de programas governamentais destinados a assegurar a igualdade de direitos aos jovens de todas as raças e etnias, independentemente de sua origem, relativamente à educação, à profissionalização, ao trabalho e renda, à cultura, à saúde, à segurança, à cidadania e ao acesso à justiça;

[...]

V - inclusão, nos conteúdos curriculares, de informações sobre a discriminação na sociedade brasileira e sobre o direito de todos os grupos e indivíduos a tratamento igualitário perante a lei; e

VI - inclusão, nos conteúdos curriculares, de temas relacionados à sexualidade, respeitando a diversidade de valores e crenças (BRASIL, 2013)

Para demonstrar a importância dos estudos da sexualidade, apesar de não ser o foco deste estudo, consideramos importante ressaltar dois trechos, respectivamente, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e do Estatuto do Deficiente (Lei 13.146/2015), no tocante aos direitos relativos à saúde da pessoa com deficiência e da importância de se considerar as dimensões de sua sexualidade:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2006)

Art. 18: *É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.*

§ 4o As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar:

VI – **respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência** (BRASIL, 2015, s/p, grifo nosso)

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Educar sobre gênero, incluindo o respeito às mulheres, à diversidade sexual, à identidade de gênero e às diferenças é de fundamental importância para inibir e buscar eliminar o preconceito, a discriminação e a falta de respeito à dignidade humana.

Pelo exposto, concluímos que a retirada das questões relativas às discussões de gênero, identidade de gênero e sexualidade dos planos de educação contribuem para perpetuar a violência de gênero e a evasão escolar com a consequente desprofissionalização da comunidade LGBTI, que se sente perseguida e não acolhida na escola.

Segundo a Articulação Nacional dos Travestis, Transexuais e Transgêneros (Antra), deixar de beber água para não precisar ir ao banheiro, conseguir atestado médico para justificar ausências em aulas de Educação Física, ou ainda não se “ver” nos livros de História, Literatura ou até mesmo Biologia, sofrer achaques na hora do recreio e nunca ser convidado para um grupo de estudos ou para um aniversário costuma ser a rotina de uma pessoa trans ou homo afetada. Tal contexto leva a uma pergunta: Quem suportaria tamanha rejeição? (CECCON e MORI, 2013)

Os índices de evasão escolar dessas pessoas, segundo a Antra (2017), superam 73% (setenta três por cento). Os motivos podem ser vários e podem ir desde a discriminação, as gozações e humilhações diárias, causadoras de *bullying* homofóbico e transfóbico, até a falta de vontade de permanecer na escola e conviver diariamente com educadores despreparados para lidar com a situação, ou ainda, com colegas estimulados pelo padrão heteronormativo. A escola acaba, assim, por se constituir como mecanismo excludente, ao invés de inclusivo. Importante lembrar que o período que se convencionou chamar de “construção do corpo” se dá justo na adolescência e aí acontece o abandono escolar.

Como visto até aqui é grande a importância das questões de sexualidade e gênero no currículo escolar. Como consequência deste contexto, ainda, segundo a Antra (2017), estima-se que cerca de 90% da população trans acaba por recorrer à prostituição como modo de vida. Essas questões são inclusive alvo de preocupação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), segundo Ceccon e Mori (2013):

A questão preocupa a Unesco - que em 2011 se manifestou a respeito do caso brasileiro -, a ONGs e grupos ligados aos direitos humanos, mas encontra pouco eco no sistema de ensino, na Justiça e no próprio Ministério Público. A compreensão do mundo trans é sombria em setores que teriam por obrigação conhecê-lo. Que seja assim no mundo do ensino é o mais preocupante (CECCON e MORI, 2013).

Finalizamos o presente estudo com a esperança de que se estabeleça um debate democrático nas Casas Legislativas e no âmbito dos Poderes Executivos para que se revejam os planos de educação e se faça o mais breve possível o debate no âmbito escolar, prevenindo tragédias, respeitando a população LGBTI para que esta possa exercer sua cidadania gozando de todos os direitos da pessoa humana em consonância com os ditames da nossa Carta Magna, principalmente, em respeito aos princípios elencados no artigo 5º, essencialmente o da dignidade humana, da não discriminação, aliada ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente e por fim, as disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de se configurar uma indução à violência e à discriminação velada.

Para tanto mister se faz, por medida da mais lúdima Justiça, que se retomem as discussões de gênero, identidade de gênero e sexualidade nos textos dos planos estaduais e municipais de educação.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Alan de Loiola. 2009. **Garotos sem programa**: estudo sobre exploração sexual comercial de adolescentes do sexo masculino na cidade do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Serviço Social). PUC, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/15159/15159\\_1.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/15159/15159_1.PDF)>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- ANTRA. **Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017**. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.
- BANDEIRA, Claudia (editora); ABE, Sthefanie Kim (reportagem). **Planos municipais e estaduais não podem proibir as questões de gênero, porque contrariam as diretrizes nacionais da educação**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.deolhonosplanos.org.br/planos-educacao-proibicao-genero/>>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais. Brasília: MEC/SEF, 1998**.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- BRASIL. **Estatuto da Juventude** (2013). Lei n.12.852 de 05 de ago 2013. Estatuto da juventude: atos internacionais e normas correlatas. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509232/001032616.pdf?sequence=1>>. Acesso em 05 ago. 2016.
- BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2016.
- BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei n.º 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 1996.
- BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF, 2006.
- BRASIL. **Plano Nacional de Educação** (2014-2024). Lei n. 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional da Educação – 2014-2024 e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.
- CECCON, Mariana; MORI, Marina. **Transexualidade sem medo**. Educação Trans. Agosto de 2013. Disponível em: <<http://educacaotrans.com.br/index.php/capaele-nao-estuda-mais-aquiele-nao-estuda-mais-aqui/transsexualidadesemmedo/#.V6ZRNKJTLZ8>>. Acesso em: 06 ago. 2016.
- VIANNA, Cláudia Pereira; UNBEHAUM, Sandra. O gênero nas políticas públicas de Educação no Brasil: 1988-2002. **Cadernos de Pesquisa**, v. 34, n.º 121, São Paulo, p. 77-104, jan/abr 2004.
- WESTIN, Ricardo. **Recém-aprovado, Plano Nacional de Educação traz otimismo e dúvida**. Jornal do Senado. Brasília, 05 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/jornal/edicoes/2014/08/05/recem-aprovado-plano-nacional-de-educacao-traz-otimismo-e-duvida>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

#### **CAPÍTULO IV**

O silenciamento sobre as questões de gênero na escola:  
A inconstitucionalidade de leis e normativas recentes na área da educação

# CAPÍTULO V

## Por que aplicar a Lei Maria da Penha quando uma transexual ou travesti é vítima de violência doméstica e/ou familiar?<sup>1</sup>

Michele de Freitas Berretta<sup>2</sup>  
Charles dos Santos Brasil<sup>3</sup>

### RESUMO

O Brasil é signatário de vários acordos internacionais de direitos humanos que visam respeitar a não discriminação de qualquer origem. A identidade de gênero é um item que tem guarida constitucional, infraconstitucional e nas convenções internacionais. A jurisprudência brasileira vem a cada momento promovendo a valoração dos direitos fundamentais, no que se refere à identidade de gênero e concedendo a aplicação da Lei Maria da Penha às transexuais, vítimas de violência doméstica e/ou familiar. Não há espaço, no direito, para o preconceito e a discriminação de gênero. Inegável é o reconhecimento dos sujeitos de direitos, independente de sua identidade de gênero.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha, Transexuais, Identidade de Gênero, Constituição.

- 
- 1 Este artigo já foi publicado na obra coordenada por Lúgia Vasconcelos e intitulada “Violência Doméstica: 12 anos da Lei Maria da Penha”. Edição Especial. Rede Femijuris, 2018. Para manter a originalidade dos artigos publicados no Congresso Nacional e Internacional da OAB, organizado pela Comissão da Diversidade Sexual paulista, decidiu-se manter o artigo aqui também.
  - 2 Advogada, Membro integrante da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero da OAB de Santa Catarina.
  - 3 Advogado e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB); Professor substituto do curso de direito da Universidade Federal do Acre (2018/2019); Professor do curso de direito do Centro Universitário Unimeta, lecionando a disciplina da Teoria Geral do Estado e Ciência Política; e Presidente da Comissão da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Acre (2016/2018);

## 1. INTRODUÇÃO

 Brasil é signatário de várias convenções internacionais de direitos humanos. O Pacto de *San Jose da Costa Rica* é um deles. O primeiro item do artigo 1º da convenção preceitua que os Estados-partes se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no acordo internacional, bem como garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa sem discriminação alguma, seja qual for o fundamento.

Nesse sentido, a preservação dos valores oriundos do respeito à identidade de gênero das pessoas deve permanecer inabalável. Bobbio (1992) assinala que é necessário garantir meios que efetivem a realização dos direitos fundamentais do homem, ao invés de buscar fundamento para sua aplicação e respeito.

No Brasil não é permitida a pena de morte, ressalvada algumas poucas exceções, que não vem ao caso aqui comentar. Mas, diariamente, a pena de morte é aplicada às transexuais e travestis no Brasil. Uma morte social que exclui literalmente do convívio familiar, pois muitos são os casos de abandono afetivo e material, quando a jovem assume sua identidade de gênero; exclui do mercado de trabalho; exclui da vida em sociedade, haja vista o grande preconceito, discriminação e violência física, moral e psicológica contra elas. Logo, depreende-se que no Brasil há uma pena de morte social para as transexuais e travestis que muitas das vezes alcança a matéria corporal.

Um perfil da comunidade LGBT vitimizada vem sendo traçado pelo Governo Federal, por intermédio da Secretaria de Direitos Humanos, que confeccionou três relatórios de violência homofóbica no Brasil (2011, 2012 e 2013).

E constatou-se que *o perfil da população LGBT mais vitimizada continua sendo o de jovens (54,9%), pretos e pardos (39,9%) do sexo biológico masculino (73%), gays (24,5%) e travestis/transsexuais (17,8%)* (Brasil. Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Relatório de Violência Homofóbica no Brasil: ano 2013), uma demonstração inequívoca de como esse segmento social precisa de uma maior atenção do poder público via políticas públicas de inclusão e inserção na vida social e laboral.

Ainda referente ao *Pacto de San José da Costa Rica*, o artigo 4º tem como título o *Direito à vida* e define que toda pessoa tem o direito

de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Ainda, fazendo um paralelo entre o texto e a vida das travestis e transexuais, as mesmas são privadas do exercício da liberdade de viver a plenitude da vida laboral, social e familiar. Como viver sem o reconhecimento de sua identidade de gênero? Esse tratamento é a mesma coisa que definir o espaço mais periférico para elas permanecerem. Como ter honra e dignidade (artigo 11, Pacto de San José da Costa Rica), se o direito basilar para o convívio social, pode-se dizer, a identidade, lhe é negado?

Não podemos falar em exercício da cidadania quando não se respeita a identidade de gênero das pessoas. A dignidade humana, como fundamento da República brasileira, para ser exercida em sua plenitude constitucional, se faz necessário o respeito aos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos, caso contrário, perpetua-se a exclusão social de determinados segmentos, nesse caso a comunidade LGBT.

## 2. E ASSIM “NASCEU” A LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha visa proteger as mulheres de toda forma de violência familiar e doméstica, baseada no seu gênero e independentemente de orientação sexual ou sexo e possui seu fundamento nos Princípios da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade Sexual.

A origem da Lei 11.340/06, chamada Lei Maria da Penha, é dolorosa. Maria da Penha Maia Fernandes foi uma das incontáveis vítimas da violência doméstica no Brasil. Mãe de três filhas, era casada com um professor universitário e economista, que tentou matá-la por duas vezes, tendo deixado-a paraplégica. Vivia em Fortaleza, Ceará.

Durante todo o relacionamento, Maria da Penha sofreu diversas e repetidas formas de violência e agressão e nunca reagiu, por medo de represálias a ela e as suas filhas. Somente depois de quase ter sido assassinada, por duas vezes, tomou coragem e decidiu fazer uma denúncia pública. Durante esse período, inobstante as reiteradas denúncias das agressões sofridas, nenhuma providência foi tomada. Em face da inércia da justiça, escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação.

O réu, após 19 anos e 6 meses dos fatos, foi liberado depois de cumprir somente dois anos de prisão. Os desrespeitos aos tratados internacionais firmados pelo Brasil foram notórios, a repercussão do caso foi de tal ordem que culminou com a Lei n. 11.340/06, sancionada em 07 de agosto de 2006, que entrou em vigor em 22 de setembro de 2006. Logo, a lei que levou o nome da figura mais conhecida e emblemática na luta contra a violência doméstica e familiar emerge para proteger o gênero feminino, que é a parte mais vulnerável da relação amorosa. Pergunta-se: O que é ser mulher?

A Lei Maria da Penha define violência doméstica (art. 5º) e suas formas (art. 7º), bem como, cumpre ressaltar, utiliza tanto a palavra **mulher** quanto a palavra **gênero**, prevendo, expressamente, que as relações pessoais independem de orientação sexual.

Art. 2º - Toda mulher, **independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião**, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.(g.n.)

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, **configura violência doméstica e familiar contra a mulher** qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.**

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (grifo nosso)

Beauvoir (1980, p. 7) pergunta: que é uma mulher? O que define a feminilidade são suas estruturas anatômicas ou suas expressões na representação social? É o que pondera a autora francesa, quando afirma: “Todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade”.

Dias (2012, p. 43) corrobora tal entendimento, afirmando estarem sob abrigo da Lei as lésbicas, travestis, transexuais e transgênero porque possuem uma identidade de gênero feminina:

(...) Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência.

Conforme Gomes (2012, p. 88), a distinção entre sexo e gênero é significativa. Enquanto sexo está ligado à condição biológica do homem e da mulher, gênero é uma construção social, que identifica papéis sociais de natureza cultural, e que levam à aquisição da masculinidade e da feminilidade.

### **3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A GUARDIÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O cerne do debate, para uma aplicação da LMP, seja pela Polícia Judiciária (na pessoa do delegado, o presidente do Inquérito Policial), no momento da confecção do boletim de ocorrência, ou pelo Poder

Judiciário, está em reconhecer ou não que a transexual e a travesti são mulheres, independente de ter feito ou não a cirurgia de redesignação sexual, mas calcada no respeito à identidade de gênero dela, de como ela se apresenta e é representada em sua individualidade no seio social. Diante disso, na relação afetiva também se encontram vulneráveis, como as demais mulheres, pois a violência doméstica e familiar é vivenciada no âmbito dos relacionamentos afetivos dessas pessoas.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, convenção que o Brasil é signatário, preceitua o compromisso de garantir o exercício dos direitos individuais sem nenhum tipo de discriminação (art. 1); o respeito à vida (art. 4), à honra e à dignidade das pessoas (art. 11).

Na mesma seara compreende a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), um marco na história mundial dos direitos humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. I); plena capacidade aos seres humanos para usufruir dos direitos e liberdades da convenção sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza (art. II). A igualdade formal e a proteção contra qualquer espécie de discriminação (art. VII). “Ninguém será sujeito de interferência em sua vida privada (...). Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques” (art. XII).

Na mesma linha de preservação e garantias de direitos segue o tripé que constitui a Carta Internacional dos Direitos Humanos da ONU, quais sejam: i) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; ii) a Declaração Universal dos Direitos Humanos; iii) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Outrossim, a Constituição brasileira vigente, em consonância com os instrumentos internacionais de proteção e efetivação dos direitos humanos, traz consigo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento republicano. A identidade sexual constitui liame ao citado princípio, nesse sentido, recebe proteção constitucional. Logo, respeitar a identidade de gênero é exercer cidadania, efetivar direitos e garantir o cumprimento do mandamento da Carta Magna (STF, RE 845779 Ministro Luís Roberto Barroso).

Nesse mesmo entendimento, Girardi (2014) pontua que os afetos e desejo da pessoa, independente da orientação sexual, diz respeito aos aspectos existenciais da pessoa, tendo sua face pública de tutela nos

direitos fundamentais e sua vertente privada no âmbito de um inerente direito da personalidade de cada um. O atual momento

que reconhece o exercício da sexualidade em si como um direito fundamental, tutelado no cenário privado como um direito de personalidade a produzir os mais diversos efeitos jurídicos” demonstrou o “enfoque para o dever de concretização dos direitos constitucionais fundamentais também na vida privada e na órbita das relações entre particulares.

No caso em análise, ao não aplicar a Lei Maria da Penha (11.340/06), o judiciário refletirá o preconceito e estará por institucionalizar a discriminação, imensamente condenável por nosso ordenamento pátrio, reforçando ainda, a imensa omissão à desigualdade material.

A própria Le 11.340/2006 não faz nenhuma discriminação, protegendo, desta feita, a identidade de gênero nas relações amorosas. Assim demonstra Dias (2006, p. 195) que “o parágrafo único do art. 5º reitera que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar”.

A mesma doutrinadora, Maria Berenice Dias, reforça esse entendimento, declarando em seu artigo que:

No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção. No entanto, a lei não se limita a coibir e a prevenir a violência doméstica contra a mulher independentemente de sua identidade sexual. Seu alcance tem extensão muito maior. Como a proteção é assegurada a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidade familiar. Violência doméstica, como diz o próprio nome, é violência que acontece no seio de uma família.

A jurisprudência vem se tornando cada vez mais sólida e compreensiva ao entendimento de aplicação da Maria da Penha, respeitando a identidade de gênero da vítima de violência doméstica e familiar.

#### **4. O PODER JUDICIÁRIO E O RESPEITO À IDENTIDADE DE GÊNERO NOS SEUS JULGAMENTOS**

Assim vem sendo o entendimento jurisprudencial atual:

A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de

orientação sexual. Precedentes: REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012; REsp 827962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011; REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010; REsp 1236524/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 08/09/2011, DJe 15/09/2011.

Vale destacar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que entendeu que conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei) transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.

A anteriormente referida decisão do Tribunal goiano evidencia o quanto há de discriminação institucionalizada contra as pessoas que não se apresentam socialmente conforme a identidade de gênero majoritária. No caso em análise, o Ministério Público de Goiás não reconheceu a identidade de gênero da vítima de violência doméstica, no caso uma transexual, e decidiu por emitir um parecer solicitando encaminhamento dos autos ao Juizado Especial Criminal por se tratar de “dois homens” que se envolveram numa briga.

Mas a decisão, muito bem fundamentada, da Magistrada Ana Cláudia Veloso Magalhães, da primeira vara criminal, refutou o entendimento do representante do Ministério Público e decidiu pelo reconhecimento da identidade de gênero da vítima de violência doméstica e aplicou a LMP ao caso concreto.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgênicos, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais, não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o polo passivo da ação delituosa. (TJMG, HC 1.0000.09.513119-9/000, j. 24.02.2012, rel. Júlio Cezar Guierrez).

O Tribunal de Justiça de São Paulo assim entendeu que, sendo a pessoa biologicamente do sexo masculino, mas socialmente do sexo feminino, configurada está a violência de gênero, devendo ser aplicada a

Lei Maria da Penha, através de uma interpretação extensiva ao caso concreto. (TJSP, MS 2097361-61.2015.8.26.0000. Relator(a): Ely Amioka; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 16/10/2015)

O caso com o qual se deparou o Juiz Daniel Bomfim da Vara de Proteção à Mulher da Comarca de Rio Branco/Acre foi a de uma transexual vítima de agressão física perpetrada pelo seu namorado. No dia seguinte, o advogado da vítima adentrou com uma ação pedindo a aplicação das medidas protetivas de urgência da LMP, sendo deferido o pedido pelo Magistrado, que argumentou o seguinte: “O fato da requerente ter em seus documentos de identificação o sexo masculino não lhe retira a identidade sexual feminina, que é totalmente subjetiva”.

E mais, a decisão também demonstra que é importante reconhecer a vulnerabilidade da mulher na relação conjugal.

Não se deve abandonar que o objetivo fundamental da Lei n. 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o poder controlador e dominador do homem.

E continuou o Magistrado da Vara de Proteção à Mulher da Comarca de Rio Branco, *in verbis*:

Do pedido da ofendida extrai-se que sua identidade sexual não corresponde ao seu sexo biológico de nascimento, contido no seu registro civil, isso não a impede de ser mulher como sujeito de proteção da Lei Maria da Penha, uma vez que seu sexo social, ou seja, a identidade que ela assume perante a sociedade, é a de mulher.

Uma lucidez digna de louvor o entendimento do Magistrado, reconhecendo que uma mulher não se define tão somente pelos aspectos carregados em sua genética, mas valora o papel de representação assumida pela vítima na identidade de gênero. Tal entendimento corrobora com o pensamento de Simone Beauvoir, que fundamenta no construtivismo social a definição da mulher.

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino.

O poder judiciário, com o resultado dos julgamentos expostos até aqui, demonstra adequação do direito à realidade social vigente. Não há espaço para institucionalizar a discriminação no país, para não reco-

nhecer as identidades existentes no seio social, uma demonstração de respeito ao mandamento constitucional e a própria normativa infraconstitucional.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se pela aplicabilidade da Lei Maria da Penha às pessoas transexuais. Eis que a referida Lei trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, baseada **no gênero** e, portanto, não há vedação à sua aplicação nos casos em que a vítima for transexual do gênero feminino, pois, independente do sexo biológico ou orientação sexual desta, há guarida no ordenamento infra e constitucional.

O mais possível dos resultados se encontra no reconhecimento dos direitos fundamentais das transexuais femininas, que mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual, se apresentam socialmente como mulheres, portanto, a identidade, elemento fundamental da dignidade humana, encontra respaldo e consonância com os princípios constitucionais e os direitos de personalidade, ambos reconhecidos pela Carta Magna e Código Civil brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1949] 1980.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual** – o preconceito & a justiça, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 195.
- DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8985>>. Acesso em: 27 jul. 2016.
- GIRARDI, Viviane. Direito Fundamental à Própria Sexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOMES, Alcir de Matos. **Discurso jurídico, mulher e ideologia: uma análise da “Lei Maria da Penha”**. São Paulo: Cristal Indústria Gráfica, 2012.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STJ. REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010;
- STJ. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012;
- STJ. REsp 1236524/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 08/09/2011, DJe 15/09/2011.
- STJ. REsp 827962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011.
- TJGO, Autos 201103873908, 1ª Vara Criminal, Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães, j. 23/09/2011.
- TJSP, MS 2097361-61.2015.8.26.0000. Relator(a): Ely Amioka; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 16/10/2015



# CAPÍTULO VI

## Reprodução assistida e a questão registral: A medicina impactando o direito

Rosangela da Silveira Toledo Novaes<sup>1</sup>

### RESUMO

A moderna doutrina do direito de família acompanha a realidade e defende uma visão pluralista do conceito de entidade familiar. Planejamento familiar e filiação é direito de todos. A homoparentalidade hoje é fato, e nos leva a refletir o conceito de família, dinâmico, que muda acompanhando a evolução social. Em que pese uma resolução não poder inovar a ordem jurídica, as técnicas de Reprodução Assistida são uma realidade, e a evolução da medicina e a edição de normas pelo Conselho Federal de Medicina vêm impactando o Direito, obrigando-o a repensar acerca da abrangência e dos limites das novas estruturas familiares. A inseminação caseira surge como uma alternativa para driblar o alto custo da Reprodução Medicamente Assistida. Multiparentalidade, Filiação Socioafetiva, presunção *pater is est*, o Estado não pode fechar os olhos para a evolução da sociedade e suas mudanças, tem o dever de proteger a criança assegurando-lhe o direito fundamental à identidade e segurança.

Palavras-chave: Reprodução Assistida, Homoparentalidade, Multiparentalidade, Registro.

*Não há dúvida que não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi ela que lhe deu suas regras, daí resultando que a família antiga recebeu uma constituição tão diferente daquela que teriam recebido se os sentimentos naturais tivessem constituído por si só seu fundamento (COULANGES, 1988).<sup>2</sup>*

1 Advogada, Pós-graduada em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista de Direito - EPD, Especializada em Direito Homoafetivo pela Escola Superior da Advocacia (ESA/OAB), Secretária da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB no triênio 2013-2015, Coordenadora Nacional das Comissões da Diversidade Sexual OAB e IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), Presidente da Comissão da Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo - OAB Santos - São Paulo (criadora e primeira coordenadora - 2010/2012), Membro da Comissão Municipal da Diversidade Sexual - Santos/SP e Membro da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero da OAB/SP Seccional e Subseção Jabaquara. Presidente da Comissão Estadual da Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo do IBDFAM - SP, Coordenadora e Professora do Curso de Extensão Homoafetividade: Evolução Social e Ordenamento Jurídico - A Luta Pela Cidadania. Professora do Curso de Formação em Direitos LGBT para Servidores Públicos do Estado de São Paulo. Coordenadora do Núcleo do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM Santos, Membro - Fundadora do GADvS - Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual. Membro da ABRAFH - Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas.

2 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** - estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Edson Bini, 1988. p. 40.

Até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. Tudo mudou, mas a legislação ainda reproduz este modelo (DIAS, 2016, p. 395).

Prescreve a nossa Carta Constitucional que o planejamento familiar deverá fundar-se na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, sendo proibido ao Estado qualquer controle ou interferência sobre o exercício desse direito, aí subtendido um direito fundamental à reprodução.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa república. Já o artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna, elege como objetivo fundamental: *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Igualmente, o artigo 5º, caput, proclama a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*.

Neste contexto, deve-se interpretar os dispositivos constitucionais no sentido de que é extremamente discriminatório negar ao casal homoafetivo o direito à paternidade/maternidade.

A Resolução 2168/2017 revoga a Resolução 2121/2015, ambas do CFM. Esta já havia suprido a omissão legislativa, tornando realidade o sonho da homoparentalidade.

A norma atual amplia a proteção ao segmento LGBTI, prevendo expressamente: i) a gestação compartilhada entre casais homoafetivos feminino; e ii) a disponibilização das Técnicas de RA para pessoas solteiras.

## 1. HOMOPARENTALIDADE

O termo homoparentalidade, em francês *homoparentalité*, surgiu na França. Neologismo criado em 1997 pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas para nomear a situação na qual pelo menos um adulto, que se autodesigna homossexual, é ou pretende ser pai ou mãe de, no mínimo, uma criança.

Esta forma de parentesco pode surgir da adoção ou da reconstituição das famílias (família recomposta) ou ainda da reprodução humana. Esta última ostenta laços biológicos, facilmente comprovados através de exame de DNA. Desnecessário, portanto, haver diferença de sexo entre as pessoas para que se constitua uma família.

## 2. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA - UM BREVE HISTÓRICO NO BRASIL

A reprodução medicamente assistida é gênero do qual são espécies a inseminação artificial e a fertilização na proveta (também chamada fertilização *in vitro* - FIV). A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. De outra banda, na fertilização de proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.

A primeira resolução do CFM - n.º 1358/92 trouxe normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida. A norma proibia o uso de técnicas com o objetivo de selecionar o sexo ou qualquer característica biológica do futuro filho. Não estabelecia limites de idade e definia a transferência de até quatro embriões. Previa a doação gratuita e temporária de útero até a segunda geração.

Substituída pela Resolução n.º 1.957/10, manteve parte das regras anteriores e acrescentou uma progressão para a transferência de embriões, começando com dois para mulheres com até 35 anos, chegando até quatro para aquelas com mais de 40 anos. Afirmava que toda pessoa podia ser receptora das técnicas de reprodução assistida e permitia a fertilização *post mortem*, desde que tivesse havido a autorização do *de cujus*.

Em que pese uma resolução não poder inovar a ordem jurídica, as técnicas de Reprodução Assistida são uma realidade, e a evolução da medicina vem impactando o Direito, obrigando-o a repensar acerca da abrangência e dos limites das novas estruturas familiares. Permite a gestação por substituição, intitulando-a “doação temporária do útero”, em situações que se façam necessárias, isto é, “desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.” (Capítulo VII, caput). Inovou, portanto, a Resolução CFM n.º 2013/2013 quanto à doação temporária do útero para casal homoafetivo, tema não tratado pela Resolução CFM n.º 1957/2010.

### **3. RESOLUÇÃO N.º 2121/2015 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

Além de acrescentar a questão registral, a Resolução CFM n.º 2121/2015 conferiu ao órgão de classe um poder discricionário fora do comum, pois atribuiu aos Conselhos Regionais de Medicina a faculdade de, nos casos de homossexuais masculinos, que necessitam de útero de substituição, autorizar ou não o procedimento, segundo critérios de foro íntimo.

Enquanto o Poder Legislativo estagnado, se nega a apreciar os Projetos de Lei que contemplem a população LGBTI, o Conselho Federal de Medicina, a passos largos, ao editar a Resolução n.º 2121/2015, levou em conta o posicionamento adotado pelo STF, no Julgamento Histórico de 05 de maio de 2011, dispondo expressamente:

#### II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

.....

É permitido o uso de técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito à objeção de concordância por parte do médico.

É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não existe a fertilidade.

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida 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.

.....

- Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez.

.....”

A Lei deve acompanhar o fato social e não o contrário, e assim foi editada, em 21 de setembro de 2017, a Resolução CFM N.º 2168/2017, que revogou a 2121/2015. Autorizou expressamente o uso das técnicas de Reprodução Assistida por pessoa solteira. Permitiu, também, a gestação compartilhada na união homoafetiva feminina, mesmo não existindo a infertilidade. Enfim, a nova resolução estendeu a cessão de útero para filhas e irmãs.

A Resolução CFM N.º 2.168/2017 não faz rodeios e nem faz uso de meias palavras, ela é clara e ostenta uma simplicidade incomum. Com naturalidade ela acompanha a evolução social, a realidade. Comportamento que deveria ser adotado pelo nosso Legislador.

Curioso observar como um órgão de classe, no caso o Conselho Federal de Medicina, se tornou forte e empoderado, e vem editando normas relativas a temas ora repudiados pelo Congresso Nacional.

*Em face do silêncio do legislador, a Resolução equivale a lei, uma vez que complementa o sistema legal* (CHAVES, 2011, p. 251). E, como qualquer família, as uniões homoafetivas também têm o direito de consolidar seus vínculos de afeto por meio de filhos. Todos têm direito ao planejamento familiar e à filiação.

Nos casos de casais femininos há a doação do esperma por terceiro, uma das parceiras cede o óvulo, enquanto a outra cede o útero, ou não. A escolha fica a critério delas. Já nas hipóteses de casais masculinos, há a doação do óvulo por uma terceira pessoa, e a cessão do esperma por um dos parceiros. Saliente-se que a técnica a ser aplicada deverá ser sempre a fertilização *in vitro* (reprodução humana assistida heteróloga), e com isso sempre haverá a necessidade da presença de um terceiro, que se coloque como o doador.

A realização da gestação por substituição denomina-se popularmente “barriga de aluguel”, na qual uma terceira pessoa, estranha à relação homoafetiva, oferece seu útero para o desenvolvimento da gravidez, devendo ser observados os requisitos estabelecidos na atual Resolução n.º 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

## 4. A QUESTÃO REGISTRAL

Não podemos ignorar a existência da inseminação caseira, a autoinseminação. *Ao invés de fazer uso de técnica reprodutiva em clínica especializada – inclusive face aos altos preços do procedimento – muitas vezes as companheiras se autoinseminam, com sêmen de um amigo ou parente.* (DIAS, 2014, p. 221/222).

Não havendo discussão acerca da paternidade/maternidade, e havendo consenso tanto no sentido de não incluir a terceira pessoa, nos casos de dupla maternidade, ou então, há consenso também nos casos de incluir aquela pessoa que colaborou na realização do projeto parental, nos casos de multiparentalidade, mas não há litígio. Desnecessário, portanto, ajuizar Ação Declaratória de Paternidade, uma vez que não existe controvérsia neste sentido.

Este método de concepção é mais comum do que se imagina, mas encontra óbice na questão registral, haja vista que as mães não detêm a posse dos documentos exigidos pelo provimento n.º 52/2016, do CNJ, fornecidos pela Clínica de Reprodução Humana.

Da inseminação caseira (ou autoinseminação), praticada pelos casais femininos, outras situações vêm à baila: a multiparentalidade, a socioafetividade e, por analogia, a presunção *pater is est*.

Alves (2009, p. 2) assim define a multiparentalidade:

Multiparentalidade é um fenômeno social-familiar, inicial e ordinariamente de consenso, entre todos os protagonistas do afeto, por opção comum que dignifica a cada um. Nesse ponto, as ações serão de jurisdição voluntária, não litigiosas, no estrito âmbito de direito registral, não implicando maiores questionamentos.

As palavras do ilustre advogado e jurista, Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente Nacional do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, claramente traduzem o significado do termo que ora se discute:

Multiparentalidade – É o parentesco constituído por múltiplos pais, isto é, quando um filho estabelece uma relação de paternidade/maternidade com mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Os casos mais comuns são os padrastos e as madrastas que também se tornam pais e mães pelo exercício das funções paternas e maternas, ou em substituição a eles. A multiparentalidade é comum, também, nas produções medicamente assistidas, que contam com a participação de mais de duas pessoas no processo reprodutivo, como por exemplo, quando o material genético de um homem e de uma mulher é gestado no útero de uma outra mulher. A multiparentalidade, ou seja, a dupla maternidade/paternidade tornou-se uma realidade jurídica, impulsionada pela dinâmica da vida e pela compreensão de

que paternidade e maternidade são funções exercidas. É a força dos fatos e dos costumes como uma das mais importantes fontes do Direito, que autoriza esta nova categoria jurídica. Daí o desenvolvimento da teoria da paternidade socioafetiva que, se não coincide com a paternidade biológica e registral, pode-se somar a ela. O Registro Civil, que tem função de registrar a realidade civil das pessoas, tem se adaptado a esta realidade (PEREIRA, 2015, p. 470/471a).

Dando seguimento ao raciocínio, também encontramos na obra de Pereira o significado de Filiação Socioafetiva:

É a filiação decorrente do afeto, ou seja, aquela que não resulta necessariamente, do vínculo genético, mas principalmente de um forte vínculo afetivo. Pai é quem cria e não necessariamente quem procria. A filiação socioafetiva tem raízes na antiga expressão jurídica 'posse de estado de filho' (PEREIRA, 2015, p. 337/338b).

Ainda é da obra de Pereira que extraímos o significado de paternidade presumida:

É a paternidade pressuposta, isto é, aquela que é aceita como verdadeira por disposição legal até que se prove o contrário. É a presunção *juris tantum* ou relativa. O marido é o pai do filho advindo do casamento, por presunção legal (Arts. 1523, II e 1597, CCB). Se houver dúvida desta paternidade, ela pode ser questionada em Ação Negatória de Paternidade (PEREIRA, 2015, p. 518c).

A presunção da paternidade sempre foi pautada na verdade biológica. *Tratando-se de inseminação artificial heteróloga, a presunção de paternidade passa a ser exclusivamente baseada na verdade afetiva* (DIAS, 2015, p.395).

(...) reputo que ambas as requerentes, mulheres oficialmente casadas, são genitoras do nascituro, não se cogitando de que uma delas o seja pela relação socioafetiva. Ambas são mães desde a concepção! (trecho destacado da sentença – Proc. 1007915-96.2016.8.26.0562).

É cediço que a família formada por duas pessoas do mesmo sexo foi reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, o que implica garantir todos os direitos previstos no artigo 226, da Constituição Federal, incluindo o § 7º que estabelece a liberdade do casal quanto ao planejamento familiar, disposição atinente não só aos casais heterossexuais como também aos homossexuais solteiros. É fato, também, que a Decisão Histórica do Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, deu ao artigo 1723 do Código Civil, interpretação conforme a Constituição Federal. A Resolução n.º 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça, teve o propósito de garantir aos casais homossexuais o casamento, bem como a conversão da união estável em casamento.

No caso de homossexuais, casais e solteiros, a procriação assistida é sempre heteróloga, tem-se a participação de terceiros e sempre a título gratuito e, por isso, a necessidade da autorização de todos os participantes para a realização do procedimento. Segundo afirma Farias (2015, p. 263):

O médico trabalhará com sêmen (e/ou óvulo) de terceira pessoa, realizando a fecundação em laboratório para, em seguida, implantar o embrião no corpo da mulher. Por isso, exige-se a autorização expressa do marido ou do companheiro, de modo a viabilizar a procriação assistida na forma heteróloga. Esta autorização – que tem que ser expressa e escrita. Assim, a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro, é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato.

O Artigo 1597 do Código Civil, que ora se reproduz, em parte, configura presunção de paternidade absoluta:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - .....

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A propósito, esta é a única hipótese de presunção absoluta de paternidade inserida no art. 1597, não comportando contraprova. Isto decorre, inclusive, do resguardo do anonimato do doador de sêmen, motivo pelo qual, se não fosse caso de presunção absoluta, poderia o filho ter obstada a determinação de seu estado filiatório. Nesse diapasão, o Enunciado 258 da Jornada de Direito Civil assevera não caber ‘a ação prevista no art. 1601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do art. 1597, cuja paternidade configura presunção absoluta (FARIAS, 2015, p. 266/267).

Traçando um paralelo, a mesma situação é vivenciada pelos casais homossexuais. Tal qual os casais heterossexuais, vige a presunção *pater is est*. Assim, o registro deve ser imediato, sem a necessidade de ajuizar uma ação declaratória de paternidade/maternidade.

O Estado não pode fechar os olhos para a evolução da sociedade e suas mudanças, tem o dever de proteger a criança assegurando-lhe o direito fundamental à identidade e segurança. Acrescente-se, ainda, que está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo, além daqueles decorrentes dos direitos sucessórios e previdenciários. O pedido de registro de multiparentalidade é juridicamente possível, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio, inexistente qualquer proibição à constituição familiar com esta configuração. Ademais, a sim-

ples ausência de lei reconhecendo o direito não significa que o pedido seja impossível, tendo em vista que é expresso o dever do juiz de julgar.

Da obra de Dias (2014) destacamos:

*Multi ou Pluriparentalidade*

Com o avanço da engenharia genética, é cristalina a necessidade de revisão de antigos conceitos, dogmas religiosos e valores inerentes à vida humana. Todas as novas possibilidades de concepção geneticamente assistida contam com a participação de mais pessoas no processo reprodutivo. Quer doadores de material genético, quer quem gesta em substituição e acaba por dar à luz, todos têm vínculos com a criança que nasce com ou sem a participação de quem quer ter um filho. Assim, não mais cabe dizer que alguém só pode ter um pai ou uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Não conceder a todos que participam do processo procriativo o direito de serem reconhecidos como pais representa grave retrocesso de ordem jurídica e social. Uma afronta tanto a quem quer se tornar pai ou mãe como ao filho que tem o direito de ter mais do que dois pais. Os homossexuais, como quaisquer outras pessoas, têm o direito de se tornarem pais e mães, de realizar o sonho de ter filhos, de exercer, com autonomia e liberdade, o direito de deliberarem sobre seu corpo e sobre seu projeto parental, pois a dignidade da pessoa humana é da pessoa, em qualquer dos gêneros.

Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Para o reconhecimento da filiação multiparental, basta flagrar o estabelecimento do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. As hipóteses já se apresentam na sociedade, e vem sendo reconhecidos pela justiça, que começa a ver essa realidade.

Ao invés de fazer uso de técnica reprodutiva em clínica especializada - inclusive face aos altos preços do processo - muitas vezes as companheiras se autoinseminam, com sêmen de um amigo ou parente (DIAS, 2014, p. 221/222).

O Poder Judiciário tem sido sensível às mudanças sociais, tendo o Supremo Tribunal Federal explicitado o tratamento constitucional da instituição da família, ressaltando pouco importar “se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos”, proclamando, portanto, a isonomia entre casais heteroafetivos ou homoafetivos que, na conformidade do entendimento da Suprema Corte, “somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família” (ADI 4277/DF, DJ 14/10/2011, Relator Ministro Ayres Brito).

Desta forma, adequar o assento de nascimento à realidade, seja ela dupla maternidade/paternidade, seja ela multiparentalidade, é apenas uma consequência lógica, uma continuidade, enfim, uma finalização do ato que não pode ser interrompido com o nascimento, haja vista que violará direitos humanos fundamentais.

Em quaisquer das hipóteses levantadas, o filho tem, antes mesmo do seu nascimento, o direito de ser registrado em nome dos seus genitores. Trata-se do direito à identidade pessoal e familiar, que é assegurado desde a concepção. Daí, o uso da via administrativa, ao invés da judicial, se justifica por não haver litígio, dúvidas, ou direitos a serem requeridos. Cada um dos atores conhece e aceita a sua participação.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina versando acerca da reprodução assistida, além de disciplinarem a conduta ética do profissional da Medicina, são as únicas normas no Brasil a tratarem diretamente do tema.

Em que pese tramitarem alguns projetos de lei sobre a matéria no Congresso Nacional, nenhuma proposição legislativa foi aprovada até o momento. E diante da omissão legislativa acaba o judiciário tendo que decidir as questões que são submetidas a ele.

## **5. PROVIMENTO N.º 52/2016 - CNJ**

Tal como aconteceu com o casamento homoafetivo, sucedeu também com o assento de nascimento dos filhos de homossexuais. Nenhuma lei há em sentido formal, e mais uma vez o Judiciário supre a lacuna que deveria ter sido preenchida pelo Legislativo.

A Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e as mais de duzentas Comissões existentes, junto às Seccionais e às Subseções da OAB espalhadas pelo Brasil, em ofício encaminhado à Corregedoria Nacional de Justiça, solicitaram a expedição de norma regulamentadora, com o objetivo de instruir os Cartórios de Registro Civil para que procedam ao registro de nascimento dos filhos oriundos das relações homoparentais. O pleito foi fundamentado nas normas já existentes nos Estados do Mato Grosso (Provimento 54/2014 da CGJ do TJMT), Bahia (Provimento Conjunto CGJ/CCI 008/2014 CGJ da BA), Pernambuco (Provimento 21/2015 CGJ do TJ/PE) e na cidade de Santos-SP (Portaria 01 do Juiz Corregedor Permanente dos Cartórios de Registro Civil de Santos - TJSP).

O Provimento n.º 52/2016, da Corregedoria Nacional de Justiça, dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida: “A medida dá proteção legal a uma parcela da população que não tinha assegurado o direito

mais básico de um cidadão, que é a certidão de nascimento”, afirmou a corregedora nacional de Justiça, ministra Nancy Andrighi.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que a Resolução n.º 2168/20157 do CFM e o Provimento n.º 52/2016 do CNJ tenham ampliado o universo dos beneficiados do uso das técnicas de Reprodução Assistida, alguns questionamentos buscam solução: E os filhos havidos por inseminação caseira, cujas genitoras não dispõem da documentação fornecida pelos médicos e exigidas pelo referido provimento, não terão direito ao registro de nascimento? A presunção *pater is est* não se justifica neste caso? Ainda deverão buscar no Judiciário o direito de filiação? Estes filhos havidos de inseminação caseira formam laços de parentesco multiparental. Neste caso, prepondera a presunção *pater is est* para a multiparentalidade?

Conforme previsão constitucional é do Congresso Nacional a competência de legislar a respeito da reprodução assistida. Questiona-se, ainda: A inexistência de lei sobre o tema constitui fundamento jurídico apto a transferir para os conselhos de fiscalização profissional incumbência de natureza política, ou seja, de atividade legislativa?

Atualmente, médicos seguem a Resolução 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM), mas a reprodução assistida não é prevista em nenhuma lei. Contudo, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara analisa o PL 115/15, que “instituiu o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais”. Entretanto, a referida proposição legislativa não prevê, como também beneficiários do uso das referidas técnicas, os homossexuais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. As demandas de multiparentalidade no direito de família pós-moderno. A realidade transcendente dos fatos da vida em protagonismo da doutrina e da jurisprudência. In: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, n.º 7, jul/ago 2015.

ARPEN. SP. 2016.CNJ. **Provimento CNJ N.º 52/2016** – Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Mzc4NzE=>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

CFM. 2015. **Mulheres com mais de 50 anos poderão utilizar técnicas de reprodução assistida desde que assumam riscos juntamente com o médico**. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3)>. Acesso em: 08 jul. 2016.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito** – proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade: um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** – estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Edson Bini, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: RT, 6ª Ed. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 10ª ed., 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 11ª ed., 2016.

EBC, RÁDIOS. 2015. Projeto de Lei propõe regras para reprodução assistida. In: **Revista Brasil- Rádio Nacional de Brasília**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2015/12/projeto-de-lei-propoe-regras-para-reproducao-assistida>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves. **A família parental**. Tratado de Direito das Famílias. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira, BH: IBDFAM, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Homossexualidade** – uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões** – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões** – Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida**. Curitiba: Juruá, 2009.





Charles dos Santos Brasil  
*Organizador*

