



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO
RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS**

OTHONIEL PINHEIRO NETO

**O DIREITO DOS HOMOSSEXUAIS BIOLOGICAMENTE FÉRTEIS, MAS
PSICOLÓGICAMENTE INFÉRTEIS, HABILITA-OS COMO BENEFICIÁRIOS DA POLÍTICA
NACIONAL DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

**Salvador
2016**

OTHONIEL PINHEIRO NETO

**O DIREITO DOS HOMOSSEXUAIS BIOLOGICAMENTE FÉRTEIS, MAS
PSICOLÓGICAMENTE INFÉRTEIS, HABILITA-OS COMO BENEFICIÁRIOS DA POLÍTICA
NACIONAL DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Mônica Neves Aguiar da Silva.

**Salvador
2016**

OTHONIEL PINHEIRO NETO

**O DIREITO DOS HOMOSSEXUAIS BIOLÓGICAMENTE FÉRTES, MAS
PSICOLÓGICAMENTE INFÉRTES, HABILITA-OS COMO BENEFICIÁRIOS DA POLÍTICA
NACIONAL DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Doutor em Direito, pela seguinte
banca examinadora:

Mônica Neves Aguiar da Silva - Orientadora _____
Doutora em Direito, PUC de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Maria Auxiliadora Minahim _____
Doutora em Direito, UFPR.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges _____
Doutora em Direito, PUC de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Paulo Roberto Barbosa Ramos _____
Doutor em Direito, PUC de São Paulo.
Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

Anna Amélia de Faria _____
Doutora em Letras e Linguística, UFBA.
Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública.

Salvador, 19 de fevereiro de 2016.

Aos homossexuais, vulnerados nas mais diversas vertentes.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a minha esposa Dalila e a minha filha Júlia Zenaide pelo incentivo diário e pela paciência diante dos meus inúmeros dias de ausência em virtude da grande dedicação aos fichamentos, elaboração de artigos, construção da presente tese e demais trabalhos que envolveram o curso do Doutorado na Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Deixo meu agradecimento especial a minha orientadora, Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva, pelo direcionamento e pelas luzes concedidas na elaboração deste trabalho.

Aos Professores do curso de Pós-graduação em Direito da UFBA, que muito contribuíram para o amadurecimento profissional e pessoal.

Ao meu querido pai, Nilo Sérgio Belo Pinheiro e a minha saudosa mãe, Zenaide Cavalcante Belo Pinheiro.

Registre-se especial destaque ao nascimento de meu segundo filho, Pedro Bernardo, que estará vindo ao mundo nos dias da apresentação final perante a Banca Examinadora.

RESUMO

As práticas capitaneadas pela metrópole portuguesa e pela Igreja Católica no Brasil-colônia foram decisivas na formação da cultura brasileira, especialmente para impor modelos de família e de planejamento familiar que se alinhavam a seus interesses. Nas últimas décadas, a evolução constitucional vem ajudando no reconhecimento da diversidade de modelos de família e ideias únicas de planejamento familiar para dar ênfase à autonomia individual, especialmente com a consagração da dignidade da pessoa humana que, com a Constituição Federal de 1988, passou a estar expressamente vinculada ao planejamento familiar (art. 226, § 7º). Nesse prisma, surge o direito a ter filhos naturais com base no direito fundamental ao planejamento familiar, que concede aos casais inférteis a possibilidade de exercer um direito de cunho prestacional em face do Estado. Esse novo panorama vai exigir posturas ativas do Estado na atenção à vertente procriativa do planejamento familiar, que serve de fundamento para o direito a ter filhos. Além disso, os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, também possuem o direito a ter filhos com base no direito à diferença, extraído do princípio da igualdade no contexto do exercício da dignidade da pessoa humana. Não é sem razão que o Estado brasileiro instituiu a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida no sentido de oportunizar acesso gratuito às técnicas de reprodução humana assistida para beneficiar casais inférteis que não disponham de recursos econômicos para custear o tratamento na rede privada. Todavia, o problema crucial que envolve a execução dessa política é a não inclusão dos homossexuais no rol de beneficiários dessa política, evidenciando que o Estado brasileiro fulminou o próprio fundamento que deu origem ao Estado prestacional e à criação das políticas públicas: o princípio da igualdade. Nesse cenário, ao buscar uma justificativa ética para a inclusão, observamos que a bioética da proteção constitui-se em um fundamento adequado a fim de justificar a inclusão desse grupo, uma vez que essa vertente da bioética presta ênfase a categorias vulneradas pelas diversas situações sociais, bem como pela exigência de medidas estatais de inclusão. Dessa forma, ao traçar um panorama do Estado Social de Direito, e investigar as diferenças entre os direitos de defesa e os direitos a prestação, encontramos a categoria dos direitos originários a prestações, que é o fundamento jurídico adequado para a solução da hipótese aventada.

Palavras-chave: Planejamento familiar; Bioética da proteção; Homossexuais; Reprodução humana assistida.

ABSTRACT

ABSTRACT - The captained practices of both Portuguese metropole and the Catholic Church in the colonial Brazil were decisive in the basis of the formation of Brazilian culture, especially in order to build models of Family and Family planning which adjusted towards their interest. Over the last decades, the constitutional evolution has been supportive in terms of recognizing the diversity of Family models and single ideas of Family planning to give emphasis to individual autonomy, especially with the consagracion of the human being in which, after 1988 Federal Constitution, connects directly to Family planning (art.226, § 7º). From such perspective, it arouses the right of having natural born children based on the fundamental right to Family planning, which conceives to infertile couples the possibility of having rights assured from other nature, but service from the State. Such new prospect will demand active postures from the State itself concerning Family planning, which has been the basis to the right of having children. Even further, biologically fertile homosexuals, though psychologically infertile, also have the right to have children based on the right to the difference, extracted from the principle of equality in the context of the human being dignity. It is not pointless that the Brazilian State has established the assisted human reproduction national policy in order to give opportunity, at no cost at all, to infertile couples and of low income to have access to techniques of human reproduction and treatment in the private health system. However, there is a crucial matter regarding the execution of the up mention politics which is the exclusion of the homosexuals, which demonstrates that the Brazilian State destroyed its own law assumption in the creation of the public politics - the principle of equality. In that scenery, in search for an ethical justification for inclusion, we therefore observe that the bioethics of protection means an adequate fundament in order to justify such inclusion, once this aspect of bioethics should emphasize in vulnerable categories by diverse social situations, as well as, by the demand of state measurement of inclusion. That way, as we try to establish a view of the social state of law, and investigate the differences between the defence rights and the service rights, we find the originary right to services, which is the adequate law fundament basis to the up mentioned hypothesis.

Key-words: Family planning; Bioethics of protection; Homossexuals; Assisted human reproduction.

RÉSUMÉ

Les pratiques conduites par la métropole portugaise et par l'église catholique dans le Brésil colonial ont été décisives dans la formation de la culture brésilienne, tout particulièrement dans l'imposition des modèles de famille et de planning familial alignés sur leurs intérêts. Ces dernières décennies, l'évolution constitutionnelle s'est attachée à reconnaître la diversité des modèles de famille et des idées uniques de planning familial afin de souligner l'autonomie individuelle, se vouant spécialement à la promotion de la dignité de la personne humaine qui, depuis la Constitution Fédérale de 1988, est désormais expressément liée au planning familial (article 226, §7). Sous cet angle, apparaît le droit d'avoir des enfants naturels, ayant pour base le droit fondamental au planning familial, reconnaissant aux couples infertiles la possibilité d'exercer un droit chargé d'une empreinte prestataire vis-à-vis de l'Etat. Ce nouveau panorama exige donc des prises de position actives de la part de l'Etat relatives à l'attention que requiert l'aspect procréatif du planning familial servant de fondement au droit d'avoir des enfants. En outre, les homosexuels biologiquement fertiles, mais psychologiquement infertiles, ont également le droit d'avoir des enfants, ceci sur la base du droit à la différence, extrait du principe d'égalité dans le contexte de l'exercice de la dignité de la personne humaine. Ce n'est pas sans raison que l'Etat brésilien a institué la Politique Nationale de Reproduction Humaine Assistée, afin de promouvoir l'accès gratuit des techniques de reproduction humaine assistée au bénéfice des couples infertiles ne disposant pas de ressources économiques pour se payer un traitement dans le réseau de santé privé. Toutefois, le problème crucial concernant l'exécution de cette politique est bien la non inclusion des homosexuels dans le registre des bénéficiaires de cette politique, ce qui rend explicite le sabotage, par l'Etat brésilien, du fondement même à l'origine de l'Etat prestataire et de la création des politiques publiques: le principe d'égalité. Dans ce cadre, si l'on cherche une justification éthique à l'inclusion, nous constatons que la bio-éthique de la protection constitue un fondement adéquat justifiant l'inclusion de ce groupe, puisque cet aspect de la bio-éthique souligne les catégories se trouvant en vulnérabilité devant certaines situations sociales, ainsi que l'exigence de mesures d'inclusion au niveau des Etats. De la sorte, si l'on trace le panorama de l'Etat Social de Droit et si l'on procède à la recherche des différences entre les droits de défense et ceux concernant les prestations, nous nous trouvons en présence de la catégorie des droits originaires aux prestations, constituant ainsi le fondement juridique adéquat à la résolution de l'hypothèse soulevée.

Mots-clés: Planning Familial; Bio-éthique de la Protection; Homosexuels; Reproduction Humaine Assistée.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. VERTENTE PROCRIATIVA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR: FUNDAMENTO DO DIREITO A TER FILHOS NATURAIS	18
2.1 A História da Família no Brasil: ênfase na procriação.....	18
2.2 Progressiva dignidade da mulher e a consideração da afetividade no casamento.....	29
2.3 Perspectiva controlista do planejamento familiar.....	33
2.4 A constitucionalização do direito ao planejamento familiar.....	37
3. PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	46
3.1 Vinculação constitucional expressa entre o planejamento familiar e a dignidade da pessoa humana.....	46
3.2 Família homossexual na sociedade e o planejamento familiar.....	54
3.3 Homossexuais biologicamente férteis e psicologicamente inférteis: direito à diferença como fundamento do direito a ter filhos naturais.....	65
3.4 Por que não utilizar a adoção?	69
4. A CONFLUÊNCIA DO SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL PRESTACIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	71
4.1 Direitos dos homossexuais de acesso aos serviços públicos de reprodução humana assistida: a busca por uma fundamentação adequada na classificação dos direitos fundamentais.....	71
4.1.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa.....	74
4.1.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações.....	75
4.2 A problematização da proposta no Estado constitucional prestacional.....	76
4.3 As políticas públicas no Estado Social.....	81
4.4 Grave contradição: violação do princípio da isonomia no Estado Social.....	84
5. BIOÉTICA DA PROTEÇÃO: BASE BIOÉTICA ADEQUADA PARA A INCLUSÃO DO CASAL HOMOSSEXUAL	90
5.1 O abandono do princípio bioético da justiça na fundamentação do direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida para os homossexuais biologicamente férteis.....	90
5.2 Realidade latino-americana e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005: novos paradigmas da bioética.....	95
5.3 A polêmica relação entre bioética e direito.....	97

5.4 A bioética da proteção no debate da exclusão dos homossexuais da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida.....	101
5.5 Homossexuais sem recursos financeiros: vulnerabilidade acrescida.....	104
6. A POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO INTEGRAL EM REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A CATEGORIA DOS DIREITOS DERIVADOS A PRESTAÇÕES.....	108
6.1 Vertente procriativa do planejamento familiar na legislação infraconstitucional brasileira: a assistência à concepção por parte do Estado (Lei nº 9.263/96)	108
6.2 A instituição da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida.....	110
6.3 Falhas na formulação da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida.....	115
6.4 Universalidade e o acesso igualitário aos serviços do SUS.....	119
6.5 Os direitos derivados a prestações.....	121
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS	128
ANEXOS	139

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida revela novas conjunturas capazes de ampliar o leque de oportunidades libertárias em favor dos homossexuais, em especial, dos economicamente carentes, removendo barreiras que impedem a busca da realização pessoal. Nesse contexto, é reivindicada a legitimidade da relação sexual sem procriação, bem como a da procriação sem relação sexual, rompendo barreiras construídas ao longo dos séculos a respeito do conceito de família, de planejamento familiar e de procriação.

O desejo de ter filhos naturais tem levado muitos casais, incluindo os homossexuais, a procurar centros privados de saúde que disponibilizam acesso às técnicas de reprodução humana assistida com o objetivo de alcançar a realização desse sonho. Nesse mister, nota-se que os casais homossexuais que não possuem recursos econômicos para custear o tratamento encontram-se vulnerados sob múltiplos aspectos, em que se destacam a própria homossexualidade, a hipossuficiência econômica, a situação da infertilidade psicológica (encontrada em pessoas biologicamente férteis, mas que, por alguma razão, não queiram manter relações sexuais com o sexo oposto) e a impossibilidade de acesso aos serviços de reprodução humana assistida pelo SUS em igualdade de condições com os casais heterossexuais.

Todo esse cenário de exclusão decorre da própria formação de uma cultura que é, em grande parte, resultado de imposição de modelos de família e de sufocamento da autonomia de indivíduos pertencentes a grupos minoritários, especialmente, mulheres, homossexuais, índios e negros. No Brasil, esse adestramento foi capitaneado, significativamente, pela metrópole portuguesa e pela Igreja Católica, surtindo efeitos até os dias atuais por meio de formação de normas e de políticas públicas carregadas dessas ideologias fomentadas desde o Brasil-colônia. Assim, não é de se estranhar que, durante muito tempo, negou-se a ideia de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que não atendiam aos modelos exigidos de família, sendo também apontadas a impossibilidade de procriação como óbice à formação do casal homossexual.

Até nos dias atuais, a impossibilidade de procriação consistente na infertilidade natural é também problema de grande parte da população heterossexual, fazendo despertar preocupações médicas que alavancam técnicas de reprodução humana assistida. Em paralelo, evoluções nos conceitos sociais, na política, no direito e nas demais áreas da ciência têm resultado em criações de políticas públicas tendentes a atender essa parcela da população. À vista disso, desde 2005, foi criada, no Brasil, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, que visa buscar a efetividade do disposto na Lei nº 9.263, de

12 de janeiro de 1996, que regulou o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar.

Nesse caminhar, devido a imposições patriarcais reproduzidas ao longo dos séculos, os homossexuais foram colocados à margem da sociedade, situação notada até mesmo nos programas oferecidos pelo Estado, como é o caso da política pública acima referida, que não abriu oportunidade de atendimento para os casais homossexuais que, por ventura, queiram buscar a oportunidade de ter filhos naturais e não disponham de recursos suficientes para custear os tratamentos pela rede privada. Importante destacar que um dos pontos centrais que resultou na arbitrariedade dessa distribuição de serviços diz respeito ao próprio conceito restringido de infertilidade, uma vez que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida tomou como base o conceito preconizado pela Organização Mundial de Saúde e pela American Society for Reproductive Medicine, que consideram infertilidade a ausência de gravidez após 1 (um) ano de tentativas por meio de relações heterossexuais, desprezando, assim, outras formas pelas quais a infertilidade pode se apresentar.

É diante desse panorama, que se constrói a proposta desta tese, que pretende apontar justificativas éticas e jurídicas na defesa do acesso dos casais homossexuais carentes de recursos econômicos aos serviços de reprodução humana assistida já disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Para tanto, inicialmente, baseia-se no direito fundamental ao planejamento familiar em sua vertente procriativa, com o objetivo de fundamentar o direito a ter filhos naturais e, em consequência, o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro, sem considerar a orientação sexual, ou seja, investiga-se se existe no ordenamento jurídico brasileiro um autêntico direito a ter filhos naturais. Em seguida, aborda-se o direito a ter filhos por parte dos homossexuais fundando-se no direito à diferença para, em seguida, demonstrar que tais categorias não podem ficar de fora das prestações de serviços de reprodução humana assistida já ofertados pelo SUS. Toda essa argumentação, vem oxigenada pelas premissas da bioética da proteção, que é a mais adequada para fundamentar eticamente o acesso, especialmente por se tratar de vulnerabilidade da categoria e de uma discussão que ultrapassa o âmbito da saúde.

À vista disso, o capítulo primeiro procura desconstruir a visão estreita do planejamento familiar, bem como os modelos de família impostos pela moralidade dominante. Para tanto, relata-se dados da história do Brasil, que atestam, desde a colonização, que as orientações acerca da construção das famílias incentivaram a natalidade como meio de fomentar o rápido povoamento do território brasileiro ou, numa fase seguinte, como meio de garantir a

transmissão das heranças das famílias mais ricas. Foi para atingir tais objetivos que as mulheres passaram a servir como instrumentos de procriação, sendo violentadas em sua autonomia e dignidade humana. Nesse mesmo panorama, destaca-se a imposição da família heterossexual, patriarcal e hierarquizada como modelo que atendia aos interesses de preservação do poder da metrópole portuguesa. Nesse cenário, a homossexualidade jamais poderia ter espaço, visto que não conseguiria suprir os objetivos da sociedade da época: a procriação. Aliás, em meio ao próprio imaginário da época, não se cogitava em considerar a individualidade e dignidade das pessoas como vertentes para a tomada de decisões políticas.

Entretanto, o viés natalista da formação familiar sofre grande abalo a partir da década de 60, época em que o mundo passa a vislumbrar um decréscimo no aumento populacional, num cenário em que o Estado começa a preocupar-se com a redução do número de filhos por casal, por meio de um instituto que vai denominar de *planejamento familiar*.

Com o advento da Constituição de 1988, o planejamento familiar foi alçado à condição de norma constitucional, passando a fazer parte de uma hermenêutica própria, que privilegia a força normativa da constituição em um âmbito harmônico de interpretação constitucional, que elevou os princípios à categoria de norma constitucional, com influxos importantes em todo o ordenamento jurídico. É nessa oportunidade, que se abandona o conceito unívoco de planejamento familiar relacionado ao controle do número de filhos, para abrir espaço para a assistência à concepção (art. 3º, I da Lei nº 9.263/96), ou seja, o viés procriativo do planejamento familiar.

É nessa mesma época que a Constituição de 1988 faz uma verdadeira transformação no direito das famílias, direcionando a problemática familiar para questões pessoais e deixando as patrimoniais em segundo plano, de forma que a valorização da pessoa como integrante da entidade familiar passa a ser a principal função da família. Além disso, de grande importância é a nova hermenêutica constitucional, que vai atribuir aos princípios constitucionais eficácia normativa, superando o efeito simbólico da doutrina tradicional do direito de família, que frustrava as intenções de constitucionalização das relações familiares ao visar ao individualismo e ao liberalismo jurídico, pugnando pela ausência de intervenção dos poderes públicos nas relações privadas. Nesse panorama, é válido frisar que a vertente procriativa do planejamento familiar foca a possibilidade do casal ter quantos filhos desejar e de forma responsável, o que vai superar a visão arcaica do instituto, que somente visava ao controle do número de filhos. Com efeito, defende-se o direito a ter filhos naturais tendo por base a vertente procriativa do planejamento familiar, visão raramente apontada na doutrina brasileira, apoiando-se também na dignidade da pessoa humana, que está expressa e constitucionalmente vinculada ao

planejamento familiar (art. 226, § 7º). Nesse caminho, o planejamento familiar deve visar à realização da autonomia da pessoa, que não pode ter seus sentimentos desprezados.

É importante pontuar que o capítulo primeiro ainda não trata do direito a ter filhos naturais por parte dos homossexuais, uma vez que procura apenas apontar a existência de um direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida no ordenamento jurídico brasileiro, o que vai dar origem a atitudes positivas por parte do Estado para o exercício desse direito.

O capítulo segundo aborda o tema específico da dignidade humana para defender o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, agora sim, por parte dos casais homossexuais. Em verdade, o hermenêuta não pode desconsiderar os efeitos da vinculação expressa do planejamento familiar à dignidade da pessoa humana, situação que vai prestar ênfase à autonomia do indivíduo nas questões que envolvem a decisão de ter o número de filhos que desejar. Além de vários fundamentos que envolvem a dignidade humana, abordam-se os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, que subdivide a dignidade humana em 4 (quatro) subprincípios: a liberdade, a integridade psico-física, a solidariedade e a igualdade. Seguindo essa linha, a pesquisa apoia-se no entendimento de Mônica Aguiar, para o qual do subprincípio da igualdade pode-se extrair o direito à diferença, que vai justificar o direito a ter filhos naturais por parte dos casais homossexuais.

Nesse contexto, a pessoa humana começa a ocupar papel central na sociedade em meio à elevação da dignidade humana, que ensina que o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo, e não um instrumento para o alcance de determinados objetivos. Portanto, a perspectiva do planejamento familiar mais adequada para a sociedade deve dar lugar a autonomia individual, visando aos objetivos de realização pessoal de cada um.

O capítulo terceiro vai tratar da construção do Estado Social em meio ao surgimento do neoconstitucionalismo, que alavancou os direitos fundamentais a uma posição central no ordenamento constitucional. Essa confluência de fatores vai oportunizar o surgimento de prestações positivas por parte do Estado justamente para atender a determinados direitos fundamentais da pessoa humana. Deveras, a própria criação das políticas públicas, que é resultado do Estado Social de Direito que, por sua vez, surgiu para buscar a equalização das diferenças na sociedade, jamais poderá agredir o princípio da igualdade, destoando das próprias bases que fundamentam a existência das políticas públicas.

Diante disso, faz-se necessário o esclarecimento da diferença entre os direitos fundamentais como direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações, justamente para entender uma categoria pouco explorada pela doutrina brasileira: os direitos

derivados a prestações. É essa categoria de direitos o foco central da presente tese, visando demonstrar que os homossexuais possuem igual direito de acesso a uma política pública já criada pelo Estado brasileiro e que atende aos casais heterossexuais que não podem ter filhos pelas vias naturais.

No capítulo quarto, a fim de encontrar caminhos éticos para esse problema, busca-se respostas na bioética da proteção, que oferece caminhos para uma justificação da inclusão emancipatória desse grupo de vulnerados. A bioética da proteção é uma vertente da bioética que surgiu em meio a preocupação de proteger pessoas vulneradas, que não conseguem, por si só, libertarem-se desse estado. Ela convoca o Poder Público a participar ativamente na busca por possibilidades libertárias de grupo vulnerados, especialmente em países periféricos como os da América Latina. É nesse ponto da vulnerabilidade, que se encaixam os homossexuais biologicamente férteis, que não foram contemplados com a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida e não possuem recursos suficientes para o tratamento no setor privado, o que exige atenção da bioética da proteção em virtude do múltiplo grau de vulnerabilidade a que estão expostas tais pessoas, uma vez que não conseguem sozinhas realizar seus projetos devido às condições desfavoráveis em que vivem, no caso, a infertilidade psicológica, a homossexualidade, a hipossuficiência econômica e o precário acesso às técnicas de reprodução humana assistida.

Importante pontuar que se fazem necessárias construções de pontes entre a bioética e o direito, com o objetivo de sintonizar as discussões entre os profissionais da área médica, especialmente os gerenciadores da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida e os profissionais do ramo da ciência jurídica. Nesse prisma, a própria Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, da UNESCO, fornece aparato necessário para essa interface, uma vez que relaciona princípios aplicáveis aos dois ramos da ciência, como a dignidade humana, respeito pela vulnerabilidade, não discriminação, respeito pela diversidade cultural e do pluralismo, igualdade, justiça e equidade. É nesse aspecto, que a bioética da proteção vai aparecer para apontar caminhos éticos para discutir possíveis meios que amparem as pessoas vulneradas (e não as simplesmente vulneráveis) que, por si só, não conseguem sair dessa situação sozinhas e que carecem de ajuda estatal para realizarem seus projetos de vida. Nesse sentido, considera-se vulneradas aquelas pessoas que já estão em estado desfavorável na sociedade devido a determinadas circunstâncias, como a pobreza, a homossexualidade, a exposição a doenças. Por outro lado, como mortais, todas as pessoas são consideradas vulneráveis, uma vez que precisam ser amparadas em algumas fases de suas vidas. Todavia, a bioética da proteção preocupa-se com as pessoas vulneradas, que vão além da condição de

exposição à vulnerabilidade e se enquadram em determinadas situações em que as pessoas já estão num determinado grau de afetação que não conseguem sozinhas conseguir autonomia plena. Ou seja, a bioética da proteção oferece aparato suficiente para justificar eticamente o ingresso dos homossexuais como beneficiários do programa em discussão, para que se libertem das amarras da infertilidade psicológica que os impedem de ter filhos naturais.

No capítulo quinto, aborda-se a criação, pelo Estado brasileiro, da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, em meio à evolução do Estado Social de Direito, que nasceu sob o fundamento da busca da igualdade, exigindo posturas ativas por meio de prestações estatais positivas direcionadas à população. A enorme contradição que se encontra nessa política está em justamente renegar o próprio fundamento pelo qual foi construído o Estado Social e que, igualmente, fundamenta a existência das políticas públicas: o princípio da igualdade. Essa violação apresenta-se à medida que a política instituída não oportuniza igual acesso aos homossexuais. Dessa forma, as tratativas são, aqui, abordadas não mais sob a vertente da dignidade humana, que fundamenta o próprio direito dos homossexuais a terem filhos naturais, mas sim, com base nos direitos derivados a prestações, a fim de fundamentar a exigência de tratamento igual no acesso às prestações dos serviços já ofertados pelo Estado.

Importante pontuar que o direito derivado à prestação é um direito de natureza defensiva, que surge quando o Poder Público exclui, arbitrariamente, um determinado grupo de uma prestação estatal já existente. É o que ocorre na presente hipótese, o que renderá ensejo ao surgimento de um direito subjetivo por parte dos homossexuais a terem igual acesso aos serviços disponibilizados pela Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

Por tudo isso, a presente tese defende a inclusão dos casais homossexuais como beneficiários da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, para provocar discussões e reflexões, inclusive sob o ponto de vista bioético, a fim de promover o acesso dessa categoria em igualdade de oportunidade aos casais heterossexuais.

2. VERTENTE PROCRIATIVA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR: FUNDAMENTO DO DIREITO A TER FILHOS NATURAIS

2.1 A história da família no Brasil: ênfase na procriação

Ao analisar a história da formação familiar no Brasil, é perceptível que a origem do povo brasileiro deu-se em meio à pluralidade das famílias, com características mutantes acerca da planificação familiar e dos relacionamentos entre os indivíduos, não se podendo aferir modelos constantes ou naturalmente seguidos sem a existência de poderes simbólicos determinantes na formação da sociedade brasileira.

Nesse contexto, a cultura da constituição familiar e do planejamento do número de filhos no Brasil recebeu fortes influências da metrópole portuguesa, seja estimulando o impulso sexual poligâmico com o interesse no rápido povoamento do novo território, seja, posteriormente, incentivando a constituição da família heterossexual hierarquizada, a fim de garantir o poder da metrópole sobre a colônia. No decorrer do tempo, essa sistemática intencionalmente plantada vai afetar outros sistemas nos séculos seguintes, especialmente a ciência jurídica, que vai ajudar a solidificar determinadas culturas impostas pelo poder.

Ao longo de uma história pouco contada pelos juristas brasileiros, percebe-se que várias características da nossa sociedade atual deitam raízes nas relações pessoais e familiares do Brasil-colônia, sendo que para uma melhor compreensão dos institutos jurídicos da atualidade, é salutar conhecer alguns influxos históricos daquilo que se pretende estudar.

Assim, ao analisar o contexto da história política, social e familiar no Brasil, nota-se que a configuração de modelos familiares, a ideia da sexualidade e a adoção de uma orientação acerca da quantidade de filhos não seguiram uma linha única. Com efeito, resta verosímil afirmar que não se pode eleger modelos de família ou de planejamento familiar mais adequados à sociedade ou à natureza humana.

Não obstante, a história do Brasil mostra que as políticas de natalidade estiveram entrelaçadas, na expressão de Pierre Bourdieu¹, com poderes simbólicos, que ora primaram pelo viés natalista, ora primaram pelo viés controlista, mas sempre insistindo e tentando anular a autonomia pessoal de cada colono. Nesse cenário, toda a formação das relações familiares brasileiras terminou sendo guiada por cartilhas que albergavam interesses políticos e

¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 13 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 7-15.

econômicos, com claro desprezo por formações familiares que não se enquadravam nos modelos impostos.

Nesse caminhar, percebe-se que jamais se realizou, no Brasil, a dignidade humana dos índios, dos negros, das mulheres e de outras categorias que, em verdade, sempre serviram como instrumentos para determinados objetivos, como o de gerar filhos, o de garantir a manutenção do patrimônio por meio da herança ou o de trabalhar. Percebe-se, então, que vislumbrar dignidade ou direitos para algumas categorias ou considerar a noção de vulnerabilidade, foi, e é pauta que passa longe do imaginário da sociedade brasileira. E, por longo tempo na história, quem não se enquadrava na normalização exigida pelos influxos do poder ou não era capaz de gerar filhos, como as mulheres inférteis (ao homem não era atribuída a infertilidade²) e os homossexuais, era alvo, e ainda é, das mais diversas sanções sociais.

De toda forma, em meio à ausência da ideia do instituto do planejamento familiar nos primórdios da colonização portuguesa no Brasil, predominava, entre os nativos, a pluralidade familiar e, especialmente, após a chegada dos portugueses, a ênfase na procriação. Em verdade, a história do indígena brasileiro no período pré-cabralino é muito ignorada por boa parte dos livros de história, que insistem em destacar o “nascimento” do Brasil somente com a chegada do colonizador português. Tal situação contribui para obscurecer o entendimento acerca de nossa própria cultura e de nossas relações sociais e familiares atuais, que trazem muita carga da cultura indígena, como o hábito de tomar banhos diários, a ênfase na afetividade, a adoção da pluralidade na constituição familiar, o trato com a própria sexualidade etc. Assim, considerar essas características da formação social e familiar da história do Brasil vai contribuir para uma melhor interpretação das normas constitucionais atuais, especialmente para alavancar direitos do casal homossexual.

Importante pontuar que, entre os indígenas brasileiros, já havia um sentimento de união entre homem e mulher. Todavia, a poligamia, que era sinal de prestígio, foi amplamente difundida entre guerreiros e caciques, que viviam com várias mulheres que os serviam, sem

² Pode-se perceber que, desde a antiguidade, a figura da mulher fecunda e grávida era dada como símbolo divino e como puro exercício da feminilidade, uma vez que essa era sua principal função na sociedade. Sob outro viés, a incapacidade de reproduzir era vista, especialmente pelos judeus, como um castigo de Deus. A ideia da infertilidade masculina somente veio a ser cogitada após a invenção do microscópio, por volta de 1590. Invenção que possibilitou a constatação, em 1677, pelo cientista Johann Ham de que o problema da infertilidade também poderia ser decorrência da escassez de espermatozóides. MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2008, p. 22.

ciúmes ou disputas ente si³. Havia também relatos de luxúria dos índios, que transavam com irmãs e tias⁴.

Na linha dos ensinamentos de Darcy Ribeiro, a instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o *cunhadismo*, que era o laço gerado entre um estrangeiro (índio, português ou qualquer outro forasteiro) e os índios de um determinado grupo que ofereciam uma índia como esposa. Interessante destacar passagem da obra do autor:

Assim é que, aceitando a moça, o estrangeiro passava a ter nela sua *temericó* e, em todos os seus parentes da geração dos pais, outros tantos pais ou sogros. O mesmo ocorria em sua própria geração, em que todos passavam a ser seus irmãos ou cunhados. Na geração inferior eram todos seus filhos ou genros. Nesse caso, esses termos de consangüinidade ou de afinidade passavam a classificar todo o grupo como pessoas transáveis ou incestuosas. Com os primeiros devia ter relações evitativas, como convém no trato com sogros, por exemplo. Relações sexualmente abertas, gozosas, no caso dos chamados cunhados; quanto à geração de genros e noras ocorria o mesmo⁵.

Acrescenta Darcy Ribeiro que, sem o exercício do cunhadismo, era impraticável a ocupação territorial do Brasil, o que se fez por meio de gente mestiça filha dos europeus com as índias⁶.

A mestiçagem entre europeus e índias decorreu, especialmente, da ausência de mulheres brancas no início da colonização do Brasil, bem como pelo interesse da metrópole em povoar o novo território com sangue europeu. No entanto, o problema era que tais relações não tinham a possibilidade de resultar em casamentos formais nos moldes exigidos pela moralidade europeia dominante, uma vez que as mulheres nativas eram consideradas inferiores. Assim, a consequência instada por esses regramentos não poderia ser outra senão o surgimento de relações que não seguiam padrões familiares religiosos e patriarcais⁷.

³ RAMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: PRIORE, Mary Del (org.) **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 19.

⁴ Ibidem, p. 27.

⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 1 ed. 14ª reimpressão. São Paulo: Companhia da Letras, 2006, p. 72.

⁶ A prática do cunhadismo atraía os índios devido as utilidades que os europeus traziam para a terra nativa, como ferramentas, espelhos e adornos, sendo de extrema valia para as mais diversas funções. Darcy Ribeiro relata que a documentação espanhola revela que, em Assunção, havia europeus com mais de oitenta *temericós*. Ibidem, p. 72-73.

⁷ Muitos portugueses viam-se em missão divina, cumprindo uma destinação cristã para construir e alargar o Reino de Deus nas terras pagãs e entre os povos infiéis servos do demônio, o que justificava o discurso e atribuía “alguma dignidade formal à guerra de extermínio que se levava adiante, à brutalidade da conquista, à perversidade da eliminação de tantos povos”. Ibidem, p. 53. Os portugueses, com hábitos “corretos” que faziam parte das leis criadas por Deus viam os costumes indígenas como sinal de presença do diabo. O imaginário impunha a ideia de que, caso existisse hábitos dos indígenas coincidentes com os dos europeus, era apenas uma prova da passagem de São Tomé pela América, que, no passado, tinha percorrido o continente para propagar a palavra cristã. RAMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: PRIORE, Mary Del (org.) **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 11-12.

Essa situação é bem retratada em sugestão do Padre Nóbrega:

(...) se el-rei determina povoar mais esta terra, é necessário que venham muitas órfãs e de toda a qualidade até meretrizes, porque há aqui várias qualidades de homens; e os bons e os ricos casarão com as órfãs; e deste modo se evitarão pecados e aumentará a população no serviço de Deus⁸.

Nesse contexto, pelos filhos resultantes de relacionamentos entre índia e português, já se pode começar a traçar a psicologia do brasileiro. Conforme, destaca Emmanoel Câmara, o filho não obtinha do pai o reconhecimento ou a admissão à sua cultura e, mesmo sendo reconhecido pela índia mãe, não se integrava totalmente à cultura indígena. É nesse vácuo de natureza psíquica e cultural, que seu psiquismo humano irá se apresentar⁹. Adiciona o autor que o brasileiro parece ter herdado do português a função sentimento, enquanto que dos índios e dos negros, a intuição, trazendo em seu caráter um autêntico cuidado com o próximo, além da gentileza e uma forte religiosidade¹⁰. Essa característica aproxima-se daquilo que Sérgio Buarque de Holanda denominou de homem cordial: hospitaleiro, generoso, socializável e avesso a ritualismos sociais¹¹.

Paralelamente a esse processo, e de forma tímida, foram formando-se famílias sob os influxos da moralidade europeia e da Igreja Católica, que rapidamente agia sob os novos fieis para catequizá-los e civilizá-los ao adestramento à nova cultura dominadora. Consoante afirma Maria Del Priore, a Igreja Católica desembarca no Brasil com forte projeto de cristianizar a colônia, com práticas patriarcais e machistas, reforçando, no contexto, uma mentalidade vinculada a uma profunda desigualdade entre os sexos. Acrescenta a autora que esse projeto resultou numa coexistência de dois tipos de condutas sexuais dos homens, que se desdobravam no relacionamento conjugal, cuja finalidade era a procriação, e no relacionamento extraconjugal, onde o homem buscava uma paixão amorosa na busca pelo prazer. Nesse cenário, a mulher era duramente tratada pelo homem, que a via como um ser fraco e inferior¹².

⁸ NÓBREGA, Manuel. **Cartas do Brasil e mais escritos do padre Manuel da Nóbrega**. Ed. Serafim Leite. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955, p. 79-80 e 102.

⁹ Ressalta o autor que “os reconhecimentos parciais e defeituosos, tanto por parte do pai como da mãe, vão gerar complexos paterno e materno, positivos e negativos, cujas realidades se perpetuarão pelo tempo e se farão sentir ao longo de nossa história, até os dias atuais. Como denominador comum de ambos os complexos defensivos, temos o sentimento de inferioridade e menos valia”. Porém, que se deixe bem claro que a tipologia psicológica do brasileiro é extremamente complexa e deriva dos diferentes grupos étnicos que formaram o Brasil ao longo de sua história. CÂMARA, Emmanoel Felon Saraiva. **Dom Pedro II e a Psicologia da Identidade Brasileira**. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013, p. 17.

¹⁰ Ibidem, p. 18.

¹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146-147.

¹² PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 107.

A vinda da Igreja Católica para terras brasileiras também trouxe consigo um currículo repressivo que já durava 14 (quatorze) séculos, época em que qualquer pessoa que ousasse apresentar ideias destoantes das impostas por ela sofria acusações de heresia, podendo ser condenada à pena de morte¹³.

Não é sem razão que a forte pressão no adestramento da sexualidade feminina vinha especialmente da toda-poderosa Igreja, apoiada na superioridade do homem. A figura pecadora de Eva sempre perseguia a imagem da mulher na sociedade, atribuindo-lhe uma estigma que predispunha à transgressão¹⁴.

Mesmo com a descoberta dos espermatozoides por Antoine van Leeuwenhoek em 1667, cientista neerlandês, que muito contribuiu para o melhoramento do microscópio, em nada alteraram a crença da medicina portuguesa, com forte viés religioso e propagador da crença de que o corpo da mulher era assunto divino, assim como sua natureza procriativa¹⁵.

Já a cultura indígena recebe uma verdadeira cruzada espiritual vinda da Europa que, no intuito de alcançar a completa dominação, utiliza a orientação ética, educacional e religiosa, inclusive por meio da vigilância travestida na “confissão” aos padres, tendo a Igreja Católica cumprido papel essencial no adestramento das relações entre os sexos, na disciplina dos corpos e na autonomia individual. Assim, ao procurar controlar corpos e almas, a Igreja Católica, tentava “coadunar o aparentemente incompatível domínio da sexualidade terrena com a salvação eterna. Três elementos – continência, casamento e fornicção – deviam arranjar-se em um sistema binário, cujos elementos eram o bem e o mal¹⁶”.

Nota-se, então, que as características dos portugueses aliadas a características da civilização indígena são elementos importantes na narrativa histórica da construção da cultura brasileira. Nesse cenário, a cultura dos índios das terras brasileiras possuía dominância matriarcal, com destaque para a sensualidade e a libido, ao passo que o português, além da dominância matriarcal também possuía dominância patriarcal, sendo que tal encontro de culturas foi combustível necessário para a forte miscigenação logo no início da colonização. É nesse aspecto, que se destaca a consciência de alteridade presente na cultura do português, que deflagrou relações de convivência com outros povos¹⁷.

¹³ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008, p. 270.

¹⁴ ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 45-46.

¹⁵ PRIORE, Mary Del. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 79.

¹⁶ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 31.

¹⁷ CÂMARA, Emmanuel Fenelon Saraiva. **Dom Pedro II e a Psicologia da Identidade Brasileira**. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013, p. 20.

No entendimento da relação entre mito, arquétipo e história, proposta pela psicologia simbólica junguiana, é preciso traçar a diferença entre o Mito Cristão e o Cristianismo Institucionalizado, que possuem aspectos diversos e antagônicos¹⁸. A primeira diferença básica diz respeito aos próprios valores da democracia, de fácil identificação com o Mito Cristão e desprezados pelo Cristianismo, que acolheu, por contingências históricas, religiosas e políticas oportunistas, um sistema hierarquizado, polarizado e patriarcal, organizando padres, bispos e cardeais sob as ordens de um Papa. Aliado a essa conjuntura, “a legislação sob a forma de bulas papais e a patriarcalização progressiva dos comandos com votos de obediência, pobreza e castidade, consolidou um exército eclesiástico mais coeso que qualquer organização militar”. No Cristianismo Institucionalizado, a posição da mulher é inferior a do homem, diferente do Mito Cristão, que deixou a mensagem de igualdade entre os seres humanos. Nesse contexto, para manter o poder, a Igreja Católica conduzia seus fiéis ao patriarcalismo, afastando-os da vivência dialética por meio de pedagogias, como ameaça de condenação ao inferno e repressão da sexualidade. A patriarcalização do Mito deformou sua natureza inerente à alteridade. Diante desse contexto, o choque entre a ciência e a religião traduziu o antagonismo entre o Arquétipo da Alteridade e o Arquétipo Patriarcal¹⁹.

Em meio a esse panorama, como lembra Maria Berenice Dias, a infertilidade dos vínculos homossexuais foi que levou a Igreja a repudiá-los e a marginalizá-los, o que contribuiu na sua condenação à invisibilidade diante da maioria conservadora²⁰. Entre as situações de perseguição, durante a inquisição, destacam-se acusações de traição, revelando a Igreja como uma poderosa força na punição e regulação de comportamentos sexuais²¹.

A caça às sexualidades periféricas acarretou especificações dos indivíduos. Na sodomia do direito canônico, aquele que tinha preferência por parceiros do mesmo sexo era um sujeito jurídico e, no século XIX, torna-se um personagem: o homossexual. A conjuntura da época atribui a esse sujeito peculiaridades próprias, com “um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa a sua sexualidade²²”.

¹⁸ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008, p. 267.

¹⁹ Ibidem, p. 267-268.

²⁰ Ademais, como lembra bem a autora que, em nome da moral e dos bons costumes, muita injustiça se fez no âmbito do direito das famílias ao longo da história, como é o exemplo da recusa no reconhecimento da legitimidade do filho havido fora dos “sagrados laços do matrimônio”, situação que beneficiava o transgressor em detrimento do filho, que era quem sofria a punição. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

²¹ MASTERS, William H., JOHNSON, Virginia E., KOLODNY Robert C. **O relacionamento amoroso: segredos do amor e da intimidade sexual**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 349.

²² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 48.

É também nesse período que a homossexualidade, que era associada a distúrbios hereditários, vai se tornar objeto de estudos médicos, sendo tratada, não só como pecado, mas também como uma doença que precisava ser tratada²³.

Formam-se, assim, os primeiros focos de dominação tendentes a forçar o brasileiro a adotar determinados padrões de comportamento estranhos a sua cultura ou a sua vontade pessoal, especialmente dentro do campo do domínio dos impulsos sexuais e da constituição da família “certa” e “lícita”, sufocando condutas sexuais e formações familiares “erradas” e “ilícitas”.

É nesse cenário que Michel Foucault vislumbra um discurso da sexualidade humana envolvido num regime de poder-saber-prazer²⁴, que consegue penetrar nos seios das famílias, nos comportamentos individuais, nas mais particulares condutas, no mais íntimo dos pensamentos, penetrando e controlando os prazeres. Todo esse panorama é invadido por diversos meios, cujo conjunto é denominado por Michel Foucault de “técnicas polimorfas do poder”²⁵. Ainda segundo o filósofo francês, o século XVII, na Europa, é o início de uma era repressiva da sexualidade (característica da sociedade burguesa) cujos efeitos são até hoje sentidos. Mas é somente no século XVIII, que o sexo torna-se questão de polícia, não por meio de repressão da desordem, mas por meio de regulações que envolvem discursos úteis e públicos²⁶. Os governos deixaram de preocupar-se com os indivíduos e passaram a focar na população como um conjunto e com suas peculiaridades, como taxa de natalidade, morbidade, saúde, fecundidade, habitação etc²⁷.

Portanto, nota-se que, no Brasil, a política da metrópole e da Igreja Católica sempre foi a de incentivar o aumento populacional por meio do relacionamento heterossexual e remover os obstáculos que dificultavam o casamento, que surgia com rigorosas regras civis e religiosas, pois “ao ordenar as práticas sexuais pelos campos do certo e do errado, do lícito e do ilícito, a Igreja procurava controlar justamente o desejo. E a luta pela extinção ou domesticação do amor-paixão vem na rabeira dessa onda²⁸”.

²³ Mary Del Priore destacou passagens dos estudos do médico Ferraz de Macedo, que identificava os homossexuais com caracteres e vocábulos próprios, determinados gestos com as mãos e elegância, destacava-se também o costume de ficar à tona em lugares públicos, de se vestir bem e de se perfumar. PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 212.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 16.

²⁵ Ibidem, p. 17.

²⁶ Ibidem, p. 27-28.

²⁷ Ibidem, p. 28.

²⁸ PRIORE, Mary Del. Op. Cit., p. 23.

É importante repisar que, nessa época, ainda não existiam políticas oficiais no sentido de orientar as pessoas acerca do planejamento familiar, uma vez que essa concepção é vinculada à ideia do Estado prestacional, instituição inexistente à época.

Nesse período, em meio a elite colonial, também não havia valorização do afeto ou do amor para o início de uma sociedade conjugal, uma vez que os casamentos realizados visavam à procriação, à preservação da propriedade e ao bom nome da família. Não se podia dizer que filhos eram frutos do amor, aliás, essa ideia passava longe da cabeça das famílias da elite da época. Nos pensamentos dos padres da Igreja Católica, “não era por amor que os cônjuges deviam se unir, mas sim por dever; para pagar o débito conjugal, procriar e, finalmente, lutar contra a tentação do adultério²⁹”.

As moças, especialmente as integrantes de grupos aristocráticos, casavam muito cedo, em torno dos 12 (doze) aos 14 (quatorze) anos de idade, e com homens bem mais velhos que contavam com 60 (sessenta), 70 (setenta) e até 80 (oitenta) anos de idade. As garotas, que passavam a vida inteira em situação de reclusão na casa dos pais, somente mantendo contato com parentes próximos e escravas, eram prometidas por seus pais em acordos vantajosos que visavam à preservação da propriedade da família, sem qualquer possibilidade de exercício de sua autonomia. Nessa forma de vida, a mulher saía da submissão do poder do pai para a do marido, que somente iria a conhecer no dia do casamento.

Assim, os sonhos e os sentimentos das meninas e mulheres eram domesticados, vigiados e abafados por uma extensa rede na qual se destacava o papel da Igreja Católica por meio de seus confessionários. Nesse caminhar, é importante destacar que essa vigilância estendia-se, inclusive, para dentro do casamento, no qual a vida sexual feminina era apenas destinada à procriação. Destaca-se também o papel dos médicos, que estudavam a personalidade da mulher, a menstruação, o aleitamento, o útero, entre outras particularidades do sexo feminino, com vistas ao adestramento.

Extrai-se das palavras de Emanuel Araújo que uma das maneiras de as mulheres escaparem do regramento sexual era a prática da transgressão, refugiando-se no amor de outra mulher³⁰. A sodomia (como era denominada a homossexualidade na época) era severamente condenada pela legislação civil, que preceituava que quem o “pecado da sodomia por qualquer

²⁹ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 28.

³⁰ ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 65.

maneira cometer, seja queimado e feito fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos os seus bens sejam confiscados pela Coroa³¹”.

É nesse panorama que se pode vislumbrar os arcabouços hermeticamente desenhados visando à proteção da família heterossexual e do papel da mulher na geração de herdeiros, cujo número deveria ser o maior possível para mais seguramente assegurar a transmissão da herança. Assim, não é de se estranhar que a família passou a ser a extensão da grande propriedade rural, com seus graus de hierarquia rigorosamente estabelecidos, bem como a extensão da própria Igreja Católica. Havia, inclusive, formação de relações incestuosas com o objetivo de assegurar a continuação da propriedade, por meio de casamentos entre tios e sobrinhas e, até mesmo, entre irmãos.

Ao elaborar explanação a respeito dos padrões arquetípicos de consciência, Emmanoel Câmara relaciona a consciência de dominância matriarcal com “elevado grau de indiscriminação e indiferenciação, com predomínio do *desejo* e da *fertilidade*”, caracterizada por “nutrição, satisfação, sensualidade, prazer, transe ou possessão ritualística, e simbiose”, sendo “caracteristicamente passiva e receptiva”³². Já a consciência de dominância patriarcal releva-se polarizada (bem/mal, certo/errado), altamente discriminatória, seletiva e classificatória, caracterizada por “competição, coerência, tradição, palavra dada, organização, hierarquia, autoridade, justiça, ordem e dever”. Acrescente-se que as sociedades patriarcais organizam-se em Estado obedientes às leis.

Quando ocorre uma integração dinâmica entre as dominâncias matriarcal e patriarcal vai se abrir espaço para o surgimento da consciência de dominância de alteridade, que se caracteriza pela percepção da consciência pelo ego através do outro, conseguindo ver o outro como a si mesmo e com ele criando empatia. Nos dizeres de Emmanoel Câmara, o indivíduo “desapega-se de seu amor narcísico, e consegue amar ao próximo como a si mesmo. A importância do outro para a vivência da totalidade é finalmente compreendida”³³. É justamente no Brasil, que a miscigenação e a integração de várias culturas e de grupos étnicos é campo fértil para o florescimento da cultura da alteridade.

Michel Foucault salienta que nos espaços e nos ritos sociais do século XIX, na Europa, predominavam dispositivos de saturação sexual, que tentavam reduzir as manifestações dos

³¹ BRASIL. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Biblioteca Digital do Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 05 out. 2015.

³² CÂMARA, Emmanoel Fenelon Saraiva. **Dom Pedro II e a Psicologia da Identidade Brasileira**. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013, p. 21.

³³ *Ibidem*, p. 22.

casais à heterossexualidade, distribuir pontos de poder hierarquizados ou nivelados, regular sexualidade, adotar procedimentos de vigilância³⁴. Nesse contexto, adiciona o autor que a família:

(...) é uma rede de prazeres-poderes articulados segundo múltiplos pontos e com relações transformáveis. A separação entre adultos e crianças, a polaridade estabelecida entre o quarto dos pais e o das crianças (que passou a ser canônica no decorrer do século, quando começaram a ser construídas habitações populares), a segregação relativa entre meninos e meninas, as regras estritas sobre cuidados com os bebês (amamentação materna, higiene), a atenção concentrada na sexualidade infantil, os supostos perigos da masturbação, a importância atribuída à puberdade, os métodos de vigilância sugeridos aos pais, as exortações, os segredos, os medos e a presença ao mesmo tempo valorizada e temida dos serviçais, tudo faz da família, mesmo reduzida às suas menores dimensões, uma rede complexa, saturada de sexualidades múltiplas, fragmentárias e móveis³⁵.

Diante desse quadro, é preciso distinguir os costumes, pois uma coisa era o adestramento da menina e da mulher de família rica, e outra coisa bem diferente, eram as vidas das muitas mulheres que, sozinhas, respondiam pela manutenção de seus lares, bem como a vida das escravas, que possuíam costumes e formas de adestramento diferenciadas.

Nesse cenário, o modelo familiar patriarcal não foi facilmente absorvido pela população da colônia, pois, apesar da maciça miscigenação entre europeus e índios, houve conservação de tradições indígenas e, posteriormente, africanas, que mantiveram seus modelos paralelos de vida privada insistentemente ignorados pelo sistema de poder ao longo dos séculos.

É nesse contexto, que se nota, durante boa parte da história do Brasil, que não existiu um modelo único de família na realidade brasileira. As elites visavam a uma família patriarcal, com ênfase no patrimônio, na herança, na inferioridade da mulher e nos demais moldes da Igreja Católica, enquanto que nas demais camadas populares, vislumbrava-se a constituição de famílias paralelas a tais imposições, uma vez que o patriarcalismo dos grandes proprietários rurais não foi suficiente para a imposição de um modelo familiar com o objetivo de disciplinar

³⁴ A dimensão política do poder sobre o planejamento familiar, que pode interferir no direito de nascer e de morrer, é refletida nas palavras de Foucault: “Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi, e o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico”. (...) “E eu creio que, justamente, uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania - fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer. O direito de soberania e, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito e que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer”. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no collège de France. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285-287.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 51-52.

os colonos. Por isso, foram necessárias medidas mais consistentes por parte da Igreja e do Estado em sua política familiar. Nesse contexto, nos primeiros vinte anos do século XVIII, há uma grande preocupação com políticas sistemáticas de estabilização e disciplina da população mineira por parte da metrópole, especialmente, após as revoltas de Vila Rica e Pitangui, que ameaçaram a dominação de Portugal³⁶. É bem significativa a Carta do Rei de Portugal ao governador de Minas Gerais, Conde de Assumar:

Procurai com toda a diligência possível, para que as pessoas principais, e ainda quaisquer outras **tomem o estado de casados**, e se estabeleçam com suas famílias reguladas na parte que elegeram para sua vocação, por que por este modo ficarão tendo mais amor à terra, e maior conveniência do sossego dela, e **consequentemente ficarão mais obedientes às minhas reais ordens**, e os filhos que tiverem do matrimônio os farão ainda mais obedientes³⁷. (Grifo nosso)

Esses dados são de importância superlativa para os estudos das ciências, especialmente a jurídica, que deita raízes profundas nessas práticas do Brasil-Colônia, que representavam violências profundas às individualidades. Nesse cenário, a preocupação para que as pessoas tomassem o estado de casadas estava diretamente relacionada à manutenção do poder, uma vez que o casamento, nos moldes exigidos pela metrópole e pela Igreja Católica, era importante para um maior amor à terra e, conseqüentemente, para a obediência ao poder estatal. Nesse sentido, adequadas são as palavras de Francisco de Oliveira:

A formação da sociedade brasileira, se a reconstituirmos pela interpretação de seus intelectuais “demiúrgicos”, a partir de Gilberto Freyre, Caio Prado Jr., Sérgio Buarque de Hollanda, Machado de Assis, Celso Furtado e Florestan Fernandes, é um processo complexo de violência, proibição da fala, mais modernamente privatização do público, interpretado por alguns com a categoria de patrimonialismo, revolução pelo alto, e incompatibilidade radical entre dominação burguesa e democracia: em resumo, de anulação da política, do dissenso, do desentendimento, na interpretação de Rancière³⁸.

Nessa trajetória, é possível vislumbrar o biopoder descrito por Foucault, quando o Estado, de alguma forma, deixou de regular a disciplina do planejamento familiar, ou, até mesmo, quando o fez ativamente³⁹.

³⁶ FIGUEIREDO, Luciano. Mulheres nas Minas Gerais. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 168.

³⁷ Ibidem, p. 168.

³⁸ OLIVEIRA, Francisco de. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 59.

³⁹ A noção de poder analisada por Michel Foucault não se dirige, especificamente, aquele exercido pelas instituições em nome do poder soberano do Estado e nem se confunde com o exercício de algum tipo de violência. Essas podem ser suas formas terminais. Em sua visão, o poder é a multiplicidade da correlação de forças que, por

Portanto, percebe-se que a adoção de um modelo de família pré-determinado como o mais correto e a adoção de políticas orientadoras da procriação estão mergulhadas em determinados círculos de poder que terminaram por fulminar a autonomia do indivíduo, sendo relevante considerar essa situação para desconstruir modelos impostos na atualidade e melhor entender a importância da dignidade humana como fundamento central de determinado ordenamento jurídico, uma vez que impede a instrumentalização da pessoa humana⁴⁰.

Percebe-se, então, que, durante séculos e até os dias atuais, o direito adotou esses modelos de comportamento convenientes para a manutenção da estrutura de poder das classes dominantes, que sempre possuíram inúmeras formas de manipulação para reprimir e até mesmo ridicularizar indivíduos que não correspondem ao tipo exigido.

2.2 Progressiva dignidade da mulher e a consideração da afetividade no casamento

É somente no século XIX que as situações começam a mudar e, mesmo assim, de forma bastante lenta. Vagarosamente, o amor, que vivia fora do casamento, começa a entrar no imaginário dos cônjuges letrados, impulsionado pela literatura vinda da Europa, que narrava o erotismo conjugal, a paixão e o amor únicos. Todavia, consoante destaca Mary Del Priore, o cristianismo ainda possuía enorme influência no combate as visões eróticas, que deveria dar lugar ao amor à Deus⁴¹. Mas a essa altura, em terras brasileiras, já estava consolidada a sociedade patriarcal, hierarquizada e, principalmente, excludente.

No Brasil, durante o auge do individualismo, jamais se cogitaria que escravos, trabalhadores e demais desprivilegiados pudessem ter parte na vida social e jurídica. Segundo o Recenseamento realizado no Brasil em 1872, o país tinha 9.930.478 habitantes, sendo 1,5 milhão de escravos, 1 milhão de índios isolados e 5 milhões de agregados em fazendas e

meio de lutas incessantes, as transforma, reforça e inverte. Assim, “o poder está em toda parte; não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares. E o poder, no que tem de permanente, de repetitivo, de inerte, de auto-reprodutor, é apenas feito de conjunto, esboçado a partir de todas essas mobilidades, encadeamento que se apóia em cada uma delas e, em troca, procura fixá-las. Sem dúvida, devemos ser nominalistas: o poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada”. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 101.

⁴⁰ A política de higienização surge com a preocupação na disciplina dos indivíduos, evidenciando a família patriarcal como um instrumento de disciplina hierarquizada dos corpos do homem e da mulher adestrados. Esse adestramento tem raízes no começo do século XIX com a chegada dos cursos de medicina no Brasil. Já nessa época, começam-se a levantar discursos contra casamentos com enormes diferenças de idade e casamentos em idades muito baixas com o objetivo de incentivar casamentos na mesma faixa de idade com o fim de preservar a duração da família e do próprio interesse do Estado.

⁴¹ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 108.

engenhos⁴² (todos esses não eram contabilizados no povo como realidade viva). Só nesse conjunto, contabilizava-se 75% da população sem qualquer direito, inclusive de participação social ou política.

Paulo Lôbo identifica a crítica situação jurídica construída na época, a ponto de identificar a construção de um *darwinismo jurídico*, que somente selecionava as classes sociais mais fortes. Nesses termos, são as palavras do autor:

Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social⁴³.

Em meio a esse cenário, as decisões públicas eram pautadas com base nos pensamentos e valores apregoados pelas elites do país, que defendiam o casamento indissolúvel, a inferioridade da mulher e o tratamento da questão homossexual como uma doença.

Assim, consagrando a ideia do bom e do mal comportamento sexual, a sexualidade feminina no século XIX era um tema de considerável importância para a medicina da época, sendo tratada como algo perigoso e de exigível controle. Os médicos exerciam constantes vigilâncias em mulheres cujo comportamento sexual distanciava-se das regras impostas pela moralidade burguesa da época, chegando a capitular certas condutas como doença, rendendo, até mesmo, a criação de uma cadeira de clínica psiquiátrica na Faculdade de Medicina desde 1879⁴⁴.

Analisando o perfil feminino, como o ciclo menstrual, a livre linguagem e a vivacidade precoce, os médicos começam a delinear o perfil da mulher histérica. As mulheres que não se enquadravam no perfil da doçura, da agradabilidade, da boa mãe, da submissão e da sexualmente controlada eram consideradas seres antinaturais. Chegava-se ao ponto de haver médicos, como o Dr. William Acton, que defendiam a anestesia sexual feminina⁴⁵.

⁴² ESTADOS UNIDOS. **Recenseamento do Brasil em 1872**. Internet Archive. São Francisco. Disponível em: <<https://ia802702.us.archive.org/25/items/recenseamento1872bras/ImperioDoBrasil1872.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

⁴³ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

⁴⁴ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 208.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 208-209.

A valorização da mãe conduzia para uma atenção à sexualidade feminina, especificamente no viés disciplinador, uma vez que a função reprodutora lançava a mulher em uma cadeia de enfermidades que incluíam melancolia, loucura, ninfomania, entre outras⁴⁶.

Todos esses desconhecimentos e as fantasias criadas acerca do corpo da mulher produziam um cenário profundamente machista com profundas diferenças médicas entre homens e mulheres. Assim, controladas por seus pais, maridos e médicos, os remédios para os achaques femininos eram a gravidez, aliada a centralização do homem como um caminho essencial para a saúde da mulher⁴⁷. Sobre sua fertilidade, “a mulher menstruada era comparada à terra morta. Morta porque estéril durante esse período, porque habitada por seres invisíveis durante essa morte passageira⁴⁸”. Outrossim, também se acreditava na influência cósmica ligadas aos mistérios da natureza sobre os corpos das mulheres.

Todavia, no final do século XIX no Brasil, observam-se diversas mudanças no comportamento dos indivíduos na sociedade em decorrência das inúmeras transformações sociais e econômicas carreadas pela libertação da sociedade das influências da religião. Nesse novo panorama, os modelos impostos são questionados em meio a diferentes formas de viver e pensar. Começam a surgir manifestações que pugnam pela autonomia individual das mulheres e os casamentos, agora, são fundados no sentimento e no amor recíproco. O dinamismo da economia internacional também veio para abalar as estruturas das hierarquias sociais, as noções de tempo e de espaço, as percepções, os hábitos, as convicções e os relacionamentos entre os indivíduos⁴⁹.

A proclamação da República, a libertação dos escravos, a Revolução Industrial, a reestruturação das relações de trabalho, a crescente urbanização, entre outros fatores, traçam, de acordo com as expectativas das classes dominantes, novas estratégias de disciplina e repressão de corpos e mentes.

A separação do Estado e da Igreja foi um duro golpe para a sociedade patriarcal e para a família tradicional, que ainda resistirá durante décadas, mas que já não contava com a benção divina para sua oficialização. Porém, mesmo diante do enfraquecimento da Igreja Católica, uma sólida casta formada por juristas, literários, médicos e jornalistas foi formada para proteger a família patriarcal, o casamento tradicional e a inferioridade da mulher.

⁴⁶ PRIORE, Mary Del. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 83.

⁴⁷ Ibidem, p. 84.

⁴⁸ Ibidem, p. 104.

⁴⁹ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 231-232.

As feministas eram objeto de ridicularização e revolta por parte da sociedade, lembra Mary Del Priore que “as *sufrajettes*, que lutavam pelo direito ao voto feminino, foram alvo de todos os ataques, até do modernista Oswald de Andrade que as odiava⁵⁰”. A autora ainda destaca que as mulheres eram convencidas de que não contrair casamento era um insucesso, ser solteirona significava ficar conhecida como retraída, formal ou deselegante, de forma que “ficar para titia” significava desascensão social⁵¹.

Deveras, a razão da época ainda conduzia para o casamento entre homem e mulher regido pelas leis da Igreja Católica, sendo este o único caminho para a felicidade possível. Enfim, tudo ainda convergia para o controle dos sentimentos sexuais visando à procriação legítima. Por sinal, a ênfase na procriação ainda era a principal função da família, que passou a ter normas jurídicas específicas que regulavam o casamento, o patrimônio, a herança etc.

Nesse panorama, o Estado nada mais foi (e ainda é) do que um instrumento de execução desses interesses, à medida que atua como agente opressor, não oportunizando, de forma adequada, o livre desenvolvimento da personalidade de indivíduos “diferentes” na justa medida da preservação de suas próprias personalidades.

Não é de se estranhar que o Código Civil de 1916 fosse construído com o objetivo de atender a determinados interesses, reproduzindo em seus artigos um modelo ideal para as classes dominantes da sociedade brasileira: patriarcal, com desigualdade de direitos entre homem e mulher, com limitações de idade para casamento, com a incapacidade civil da mulher casada e com proteções do testador, do proprietário e do contratante.

A essa altura, ainda não havia orientações nos códigos acerca do planejamento familiar. Aliás, essa ideia ainda não havia surgido na época.

Um dos primeiros interesses estatais na planificação da família a aparecer nas Constituições brasileiras, surge com a Constituição de 1934, que vem a apregoar, em seu art. 138, b, que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, estimular a *educação eugênica*.

Em 1960, em meio a preponderância do casamento heterossexual, ainda permaneciam invisíveis outras espécies de relações afetivas. Nesse prisma, adestramentos ainda hermeticamente desenhados conduziam para uma única formação familiar. O CENSO daquele ano constatou que 60,5% da população dizia-se casada.

O viés conservador do Código Civil brasileiro de 1916 ainda veio a arrastar-se por décadas, até os primeiros sinais de surgimento de um conjunto de microssistemas jurídicos que

⁵⁰ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 253.

⁵¹ *Ibidem*, p. 254.

começaram a retirar a centralidade do Código. É nesse contexto, que surge o Estatuto da Mulher Casada em 1962 e a Lei do Divórcio em 1977.

Por outro lado, a guerra do Vietnã na década de 60, aliada a inúmeros outros fatores, que representavam as forças da polarização do Arquétipo Patriarcal, promoveu uma espécie de contra-cultura em variadas manifestações de rebeldia e de extrema independência pessoal, destacando-se a liberação do Arquétipo Matriarcal reprimido⁵².

A liberdade sexual, o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a possibilidade do divórcio modificaram, substancialmente, a estrutura familiar e o seu planejamento.

Entre os anos 1960-1970, eclode uma revolução na cultura entre os jovens. A rebeldia diante da autoridade do mundo adulto eclodia com o *rock and roll*, o movimento hippie, os relacionamentos passageiros, as boates e clubes noturnos. É nesse contexto, que surge a pílula anticoncepcional, a flexibilização da moral sexual etc.

O modelo de família patriarcal e do casamento indissolúvel imposto ao longo dos séculos no Brasil veio a sofrer os mais duros golpes no âmbito jurídico, com o reconhecimento do fim do casamento indissolúvel por meio da lei do divórcio em 1977 e com o amplo espaço conquistado pela mulher em meio a nova cultura brasileira.

Esse panorama vai abrir espaço para as mulheres vislumbrarem uma igualdade com os homens, situação que vai deflagrar profundas mudanças no âmbito da família, do planejamento familiar e até mesmo nos direitos sexuais e reprodutivos.

Como se percebe, durante toda a fase da colonização, passando pelo Brasil Império e até meados da década de sessenta do século XX, não houve uma política pública oficial específica para o planejamento familiar, observando-se apenas atitudes estatais difusas no intuito de favorecer a natalidade.

2.3 Perspectiva controlista do planejamento familiar

Como vimos nos itens antecedentes, a perspectiva procriativa da família teve ampla predominância durante séculos no Brasil, com o incentivo à natalidade.

À medida que a mulher vai ganhando autonomia, o seu papel instrumental de reprodução vai, paulatinamente, desaparecendo em um contexto no qual a função procriacional vai ser fortemente enfraquecida, situação constatada com o aumento crescente do número de

⁵² BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação**. São Paulo: Linear B, 2008, p. 282.

casais sem filhos, apontando-se como motivos, a maior dedicação à vida profissional, o adiamento do projeto parental e a alta taxa de infertilidade.

Mas é somente na década de sessenta, que aparece a ideia de redução da natalidade em meio ao surgimento da pílula anticoncepcional, resultando na sensível desaceleração da taxa de crescimento populacional entre os anos de 1960 e 1970.

No Brasil, o número de filhos por casal diminuiu ao longo das décadas. Em 1960, a média era de 6,3 nascimentos por mulher e, em 2008, esse número caiu para 1,89. E para agravar a situação atual, notou-se que a taxa de infertilidade no Brasil estava variando, entre os casais heterossexuais, entre 10% a 15%, número que aumenta para 40% na faixa etária entre 25 e 35 anos de idade⁵³.

Conforme destaca Ana Lúcia Tiziano Sequeira, as primeiras medidas visando controlar a natalidade deram-se, no Brasil, a partir de meados dos anos 60, propagando-se por meio de prefeituras do interior e entidades beneficentes em convênios com Universidades ligadas aos estudos de ginecologia e obstetrícia. Por outro lado, em que pese a visão particular favorável ao crescimento demográfico por parte do regime militar, não houve um planejamento estatal voltado para tais objetivos no Brasil, o que rendeu espaço para o crescimento de ações controlistas⁵⁴.

Foi nesse contexto, que surgiu o BEMFAM (Bem-Estar Familiar no Brasil), fundado em 1965 como uma organização não-governamental de ação social, sem fins lucrativos, que passou a pugnar por um planejamento controlador do número de filhos por casal. Na mesma linha, foi fundado, em 1975, o Centro de Pesquisas de Assistência Integrada à Mulher e à Criança (CPAIMC), instituição privada de assistência à saúde da mulher, que operou entre as décadas de 70 e 90, fomentada por órgãos internacionais, que tinha por objetivo difundir métodos contraceptivos e de esterilização cirúrgica das mulheres.

Em meio a esse contexto, começa-se a associar a pobreza ao aumento da população, fazendo com que a possibilidade de procriação seja vista como um problema social a ser controlado pelo Poder Público, que passa a pautar suas políticas públicas visando exclusivamente a evitar filhos. Com efeito, o senso comum passa a relacionar o planejamento familiar às técnicas de controle populacional e aos métodos contraceptivos.

É diante desse cenário, que Lisa Cahill lembra que o movimento feminista vem

⁵³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁵⁴ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 38.

clamando, desde o início do século XX, por um entendimento do controle de natalidade como um domínio da própria capacidade reprodutiva das mulheres, adicionando que, quando a medicina lembra das mulheres pobres, está mais interessada em evitar filhos do que concebê-los⁵⁵.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, ocorreram diversas conferências para debater as questões referentes à população mundial. Pode-se apontar como exemplos, as conferências de Roma (1954), Belgrado (1965), Bucareste (1974) e México (1984). Nesses encontros, países da Ásia e do Ocidente defenderam a tese de que o aumento da população mundial era fator importante na manutenção e propagação da miséria, razão pela qual defendiam e incentivavam o uso de métodos contraceptivos. Na outra linha, os países do bloco socialista não viam ligações do aumento da população com o aumento da pobreza, apregoando que o problema da miséria mundial tinha como causa principal a má distribuição de riquezas⁵⁶.

Como destaca Maria Cláudia Crespo Brauner, nos anos 60, países ricos promoveram campanhas de esterilização em massa, com a distribuição de contraceptivos pouco testados e desprezando as necessidades das mulheres⁵⁷.

Maria Helena Diniz, ao contestar a tese de que a superpopulação conduz à pobreza, mostra que os países mais pobres têm menor quantidade de habitantes por quilômetro quadrado do que os países mais desenvolvidos, “como Japão, com 840 hab./Km², e as nações europeias, com 213 hab./Km², enquanto os em desenvolvimento, como os da América Latina e os da África, têm, respectivamente, 55 e 80 hab./Km²”⁵⁸.

Atualmente, já se admite que a má distribuição de riqueza, pode ser a causadora dos inúmeros problemas sociais⁵⁹, situação que provocou mudanças no discurso dos Estados Unidos, que passaram a concordar com o posicionamento de que o aumento populacional não era fator gerador da pobreza. Sobre o tema, em 1974, a Terceira Conferência Mundial sobre População, em Bucareste, foi palco de dissensões entre posições "controlistas" e "natalistas". Os Estados Unidos da América, nessa oportunidade, estavam entre os “controlistas”, defendendo a redução da natalidade no mundo como forma de diminuir a pobreza. No outro lado, os países socialistas defendiam que o critério de aumento populacional era um “fator

⁵⁵ CAHILL, Lisa Sowle. Paternidade/maternidade em perspectiva. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. (Orgs). **Bioética: poder e injustiça**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 384.

⁵⁶ ALVES, J. A. Lindgren. **A Conferência do Cairo sobre população**. DHNet. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/alves.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁵⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 04-05.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

⁵⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. Cit., p. 05.

neutro”, alegando que os problemas eram decorrentes de injustiças atribuídas ao sistema econômico capitalista e a distribuição desigual em meio aos sistemas de produção. Todavia, passados 10 anos, na Conferência do México sobre População e Desenvolvimento de 1984, os Estados Unidos inverteram totalmente sua posição, sendo, inclusive, o primeiro a advogar que o aumento populacional era um fator irrelevante nos problemas sociais mundiais. Vale destacar trecho do discurso do senador James Buckley, chefe da delegação norte-americana na ocasião: “(...) o crescimento populacional não é bom nem mau. Torna-se um ativo ou um problema em conjunção com outros fatores, tais como a política econômica, as dificuldades sociais, e a habilidade para colocar os homens e mulheres adicionais em trabalhos produtivos”⁶⁰.

Com efeito, começa a perder espaço a ideia controlista do planejamento familiar, justamente na época em que começam a ganhar força as reivindicações pela autonomia da mulher, que visam dar ênfase a sua livre decisão.

Na década de 80, ganhou mais força o movimento feminista em meio a discussões de redemocratização do Brasil e à convocação da Assembleia Nacional Constituinte. No campo da saúde, as pautas envolviam temas referentes ao aborto, ao planejamento familiar e à reforma sanitária. Ganha especial destaque a instituição da noção de que a questão reprodutiva deve ser vista como um direito social e uma questão ética individual⁶¹.

Márcia Chagas e Mariana Lemos defendem que o aspecto do planejamento familiar referente à possibilidade de conceber foi amplamente ignorado, incentivando o imaginário coletivo a associar o planejamento familiar às noções de contracepção, controle populacional e métodos de esterilização. Pontua as autoras que “essa visão se dá, eminentemente, por causa dos precedentes históricos de seu discurso que exprimiu, por longo tempo, uma ideologia que visava ao controle de natalidade como forma de controle social”⁶².

A concepção controlista de planejamento familiar ainda possui um viés machista, ao despejar somente no corpo da mulher as técnicas esterilizantes, sem que se cogite também a esterilização dos homens, o que demonstra uma cultura equivocada plantada ao longo de décadas. Adicione-se que a esterilização feminina é feita mediante procedimento cirúrgico

⁶⁰ ALVES, J. A. Lindgren. **A Conferência do Cairo sobre população**. DHNet. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/alves.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

⁶¹ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 87.

⁶² CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira Lemos. **O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto?** Anais do XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Belo Horizonte - MG, 2011.

irreversível, com necessidade de internação, ao passo que a vasectomia possui possibilidade de reversão.

Portanto, como será visto no item seguinte, atualmente, o planejamento familiar não pode ser visto somente na aplicação de métodos contraceptivos, com a intenção de controlar o número de filhos, mas também em tê-los em quantidade responsável, alargando o conjunto de direitos e garantias, aí incluindo o uso de técnicas conceptíveis disponíveis para o pleno e máximo exercício da liberdade familiar. Assim sendo, o instituto também engloba o número de descendentes naturais desejados e a época do nascimento de cada um deles, assegurando às pessoas inférteis recursos médicos e científicos necessários à concepção.

2.4 A constitucionalização do direito ao planejamento familiar

As inúmeras mudanças trazidas com a Constituição Federal de 1988 decorreram de uma sequência de fatores sociais, históricos e culturais que se refletiram na movimentação gerada em torno da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), que trouxe uma série de pautas reivindicatórias dos mais diversos setores da sociedade. Os reflexos da ditadura militar, a autonomia conquistada pelo sujeito na sociedade em meio a progressiva libertação das amarras da família patriarcal, o desenvolvimento das tecnologias e a luta pelas igualdades materiais contribuíram para a construção de um texto constitucional aberto e emancipador, com forte carga principiológica, que permite a constante interatividade entre o texto e o desenvolvimento da sociedade.

É nesse contexto, que a busca pelo reconhecimento de novas modalidades de família vai impor uma nova análise da agenda do Estado Social, que passa a ampliar políticas públicas e rever suas próprias prioridades acerca de políticas de planejamento familiar.

Surge também uma rediscussão acerca do papel das Constituições, com o surgimento da força normativa da Constituição, com os novos métodos de interpretação, com a reaproximação entre o direito e a moral, além da constitucionalização da política e das relações sociais, com o sensível deslocamento do centro de decisão para o Poder Judiciário.

É nesse sentido, que o princípio da solidariedade e a dignidade da pessoa humana mostram a superação da concepção arcaica do planejamento familiar, que visava unicamente ao controle do número de filhos.

Nesse caminho, considerando sua extrema importância para a sociedade e para o ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 abriu um inédito espaço para o planejamento familiar no Brasil, que agora passa a ser um direito constitucional subjetivo com

ênfase expressa na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, ao preconizar, em seu art. 227, § 7º, que “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 ou privadas”⁶³ (Grifo nosso).

Ao tratar o planejamento familiar como um direito e elevá-lo à categoria de norma constitucional, o legislador constituinte originário reposicionou o instituto acima das normas do direito de família relativas ao tema, tornando o planejamento familiar passível de concretização judicial e irradiando seus efeitos para as leis e atos tomados pelo Poder Público referentes à temática.

Com efeito, o planejamento familiar passou a fazer parte de toda a dogmática dos direitos fundamentais, ganhando força diante da legislação infraconstitucional e até mesmo diante da erosão corrosiva do legislador constitucional derivado. Ademais, ele vai ingressar no conjunto das normas que possuem um regime constitucional reforçado, tendo, inclusive, aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

Böckenförde alertou para a existência, em todas as modernas teorias constitucionais, de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, teoria que avançou com a Lei Fundamental de Bonn de 1949⁶⁴. O caso Lüth (decisão do tribunal constitucional alemão em 1958)⁶⁵ tem sido muito citado como marco referencial da teoria, que defende que a função dos direitos fundamentais não se limita a tratar de direitos subjetivos do indivíduo, mas também de um conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva e que irradia seus efeitos em todo o ordenamento jurídico como fins diretivos de ação positiva, englobando, inclusive, as relações privadas. É a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, servindo também de diretriz para aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional, bem como para a criação de instituições estatais e para o procedimento (organização e procedimento)⁶⁶.

⁶³ O texto completo do art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 reza que “fundado nos princípios 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 ou privadas”.

⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Afi-Baden-Baden: Nomos Verl.Fes., 1993, p. 106-116.

⁶⁵ O caso Lüth derivou-se de um boicote ao filme “Amada Imortal” produzido pelo produtor de cinema Veit Harlan. A motivação do boicote, idealizado e propagado pelo judeu Eric Lüth, deu-se em razão do cineasta ter sido produtor de filmes de ideias nazista contra os judeus na época do auge do nazismo. O filme foi um fracasso de público. Diante disso, Veit Harlan ingressou com ação judicial contra Lüth, sendo vitorioso em todas as instâncias ordinárias. No entanto, com base na liberdade constitucional de manifestação de pensamento, que também traria efeitos nas relações privadas, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido vitorioso em sua tese.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 143.

Dessa forma, com a constitucionalização do direito ao planejamento familiar houve uma irradiação significativa do instituto não somente em todo o direito de família, mas também na vida social, política e até privada.

Agora, o Estado é convocado para atuar positivamente criando políticas públicas para atender ao direito fundamental ao planejamento familiar. Nesse contexto, pode haver a criação de programas para atender às pessoas no exercício desse direito, seja no sentido de controlar ou de gerar filhos, obedecendo, à livre decisão da pessoa.

Gomes Canotilho ressalta a importância de um direito para a sociedade para galgá-lo a posição de fundamental para a Constituição, realçando a sua vinculação ao projeto de realização dos ditames constitucionais, não bastando, logicamente, a mera constitucionalização, mas sim, o estabelecimento de meios para garantir sua efetividade⁶⁷.

Assim, mesmo não estando expressamente elencados no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, é possível verificar a existência de outros direitos fundamentais elencados fora do Título II e até mesmo fora do texto constitucional. Nesse prisma, Ingo Sarlet identifica alguns direitos fundamentais fora do catálogo e com status formal e material de norma constitucional, como o direito à saúde (art. 196) e à educação (art. 205), o direito de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, I), os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (arts. 37, VI e VII), o direito à estabilidade do servidor público (art. 41), a legitimidade ativa para iniciativa popular de lei (art. 61, § 2), a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, incisos I a VI), ***o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado*** (art. 226, § 7), à proteção à entidade familiar (art. 226), a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5), o direito dos filhos a tratamento igualitário (art. 227, § 6), o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para os maiores de 65 anos (art. 230, § 3), direitos à previdência social e à aposentadoria (arts. 201 e 202) etc⁶⁸.

Na procura por um critério material de identificação dos direitos fundamentais, Mônica Aguiar entende que a busca por um direito materialmente fundamental deve observar se sua vigência “tem um grau de necessidade que, sem ele, não se poderia desenvolver determinada concepção do Estado e da sociedade”, adicionando que “todo critério material, entretanto, se

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 56.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 117-118.

sustenta em uma determinada ideologia do Estado e da Constituição e conduz a uma teoria dos direitos fundamentais ideologicamente revelada”⁶⁹.

Em verdade, a Constituição Federal trouxe, em sua mensagem geral, um foco na pessoa humana, para colocá-la como objeto central de valoração acima das instituições coletivas como Estado e família. Assim, as relações familiares abandonam o foco no patrimônio com vistas à preservação da herança fundadas na filiação puramente genética, para dar lugar à família voltada para o ser humano e mais sintonizada com a realidade plural da sociedade e do planejamento familiar. Nesse contexto, é de suma importância contextualizar o planejamento familiar com os mandamentos da Constituição Federal e com as novas realidades da família contemporânea, que deve ser vislumbrada sem qualquer visão imposta por modelos pré-determinados.

Para nós, o planejamento familiar pode ser entendido como um direito fundamental de gerar, não gerar e de ter a quantidade de filhos que desejar, pautando-se pelos imperativos da autonomia e da dignidade da pessoa humana com o objetivo primordial de preencher o sentimento afetivo de maternidade e paternidade, seja pela vertente natural ou artificial.

Nesse mister, o evidente alargamento que o Poder Público pretende conceder ao planejamento familiar faz-se notar em várias medidas legislativas e administrativas tomadas após a promulgação da Constituição de 1988. O próprio Ministério da Saúde, com a intenção de expedir políticas públicas para fomentar o planejamento familiar, já expõe conceito sobre a matéria que pode ser extraída de seu site:

Planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter o direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência⁷⁰.

Maria Cláudia Brauner relata o fortalecimento significativo que os direitos sexuais e reprodutivos receberam após a previsão constitucional do planejamento familiar, concedendo direitos para o casal planejar o número de filhos e a diferença de idade entre eles, além de receber informações necessárias para o desempenho da liberdade, face às interferências externas prejudiciais à autonomia⁷¹.

⁶⁹ SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=285>. Acesso em: 10 jan. 2014.

⁷¹ BRAUNER, Maria C. C. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-16.

A questão do planejamento familiar ganhou força significativa com sua ascensão constitucional, sendo que a qualidade de vida do casal, o intervalo entre os partos e a quantidade do número de filhos passaram a ser pauta inadiável de discussão do Estado, que somente em 2007, elaborou a Política Nacional do Planejamento Familiar, que ainda presta muita ênfase a esterilização e ao aspecto controlador da prole.

De fato, uma das transformações sociais que vai causar grande impacto na estrutura tradicional da família trata-se dos avanços biogenéticos que oportunizam procriações sem a necessidade de relações sexuais. Com efeito, o planejamento familiar vai ser também vislumbrado e interpretado à luz dessa realidade e de todos os valores incorporados à cultura brasileira, o que resulta na liberdade de ter filhos, independente do modelo de formação familiar. Portanto, todos esses avanços possibilitam evoluções substanciais na concepção do planejamento familiar, que possam abranger interesses na reprodução humana independente da relação homem-mulher.

No âmbito da legislação, lembra Maria Berenice Dias que, em um passado recente, a Constituição era tratada como uma moldura em que apenas as leis e os códigos podiam preenchê-las, sendo que os destinatários das normas constitucionais eram os legisladores ordinários, o que deixava os civilistas reféns da legislação infraconstitucional, sem poder trabalhar com as normas constitucionais⁷².

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surge no Brasil o direito de constituição e planejamento familiar com um desenho normativo mais consistente e impregnado pelos novos institutos de hermenêutica constitucional, que amarram os postulados do planejamento familiar a toda uma lógica sistemática tendente à valorização da dignidade e da autonomia individual.

Nesse contexto, o instituto jurídico da família ganhou novos ares, inclusive com a elevação do planejamento familiar à categoria de direito subjetivo constitucional, fundado no princípio da paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana, competindo ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para seu exercício (art. 226, §7º da CF).

Gomes Canotilho elabora o ponto de raciocínio fundamental para a compreensão dogmática do direito constitucional: *o sistema jurídico do Estado de Direito Democrático só pode ser compreendido como um sistema normativo aberto de regras e princípios*. O mestre português aponta algumas características desse panorama que estão envolvidas com o viés da descodificação: (1) é um sistema dinâmico de normas e, conseqüentemente, é um sistema

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 61.

jurídico; (2) possui uma estrutura dialógica para captar as diversas mudanças sociais e para estarem sempre abertas às compreensões mutantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, uma vez que as esperanças referentes a valores, programas, funções e pessoas são estruturadas através de normas constitucionais; (4) é um sistema de regras e princípios, uma vez que as normas constitucionais tanto podem apresentar-se por meio de princípios ou regras constitucionais⁷³.

Dessa forma, a elevação do planejamento familiar à categoria de norma constitucional posiciona o instituto no sistema aberto de princípios e regras da constituição, sujeito aos influxos das mutações cambiantes da sociedade e a uma hermenêutica concretizadora, que parte de uma pré-compreensão do sentido da norma por meio do intérprete, para concretizá-la em meio a uma determinada situação histórica concreta, ou seja, a nova leitura do planejamento familiar, concretizada de forma prévia pelo intérprete, vai encontrar uma realidade social com pluralidade de famílias e avanços tecnológicos que ajudam pessoas inférteis a terem seus filhos naturais, oportunizando o surgimento de leis e de políticas públicas que busquem a efetividade dos preceitos constitucionais em harmonia com os avanços sociais.

Segundo Maria Berenice Dias, é no direito das famílias que se sente a forte influência da normatividade dos princípios constitucionais como valores sociais fundamentais⁷⁴. Nesse patamar, o intérprete adquire uma função criativa para obter o sentido dos enunciados constitucionais, construindo um círculo hermenêutico no processo de mediação entre o enunciado, sua interpretação criativa e o problema real. À vista disso, leciona Konrad Hesse, que a “interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada”. Nesse sentido, possui viés concretizador a interpretação jurídica, uma vez que o conteúdo da norma interpretada deve ser construído primeiro na interpretação⁷⁵. Hesse entende que a Constituição é mantida por um substrato espiritual que lhe concede estabilidade diante de fatores sociais e históricos, que lhes são determinantes e determinados por ela, através de um processo de interação que mantém a força normativa da constituição. É nesse contexto, que vai surgir a vontade da Constituição, que representa a pretensão de sua eficácia diante da realidade social. Diz-se que as normas constitucionais contêm um ser e um dever ser. Na visão de Hesse, é decisiva a linha que diz:

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 64.

⁷⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988, p. 61.

(...) a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associada a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem sua pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas e confundidas⁷⁶.

Portanto, na linha do autor, “a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)⁷⁷”.

O pensamento de Hesse pode ajudar numa melhor compreensão acerca da interpretação da norma constitucional do planejamento familiar, na medida em que, ao fazer o enfoque na força normativa, os institutos constitucionais de família passam a ser determinados pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinantes em relação a essa, em constante processo de aprimoramento e interação. Nesse contexto, as diversas mutações sociais no conceito de família, na autonomia individual e na antiga visão controlista do planejamento familiar vão estar em constante processo de diálogo com as diversas normas constitucionais que irão imprimir novos rumos nas próprias medidas estatais.

Assim, o avanço da tecnologia, que possibilita pessoas inférteis terem seus filhos, insere uma nova visão cultural e constitucional acerca da procriação, fomentando esperanças de muitas pessoas e inserindo novas perspectivas na sociedade acerca do tema. Com efeito, o planejamento familiar será visto sob um enfoque plural, a fim de abrigar diversas possibilidades encontradas na realidade social, alavancando a autonomia individual nas mais diferentes formas de realização pessoal. E mais: convida o Estado a executar sua função prestacional para atender aos reclamos do direito ao planejamento familiar.

Outrossim, lembrando a linha de Peter Häberle, como a Constituição aborda aspectos da vida privada familiar, é natural que seus integrantes façam parte da realidade ativa desse processo interpretativo, para se levar em consideração suas esperanças, expectativas e anseios, alavancando o pluralismo como essência da interpretação dos preceitos inerentes ao planejamento familiar.

⁷⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 15.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 24.

Nesse panorama de mutação social, evolução constitucional e, especialmente, valorização da dignidade humana, os institutos do direito de família irão sofrer profundas modificações em suas estruturas. Por isso, a família deve ser vista, não como um fim, mas sim, como um meio de promoção individual, visando à autonomia, à dignidade humana e à promoção da solidariedade entre os indivíduos. Nesse prisma, fácil constatar que a família atual não mais gira em torno da propriedade, da herança, da filiação natural ou de todas as premissas que carregam o paternalismo. Hoje, o que justifica a família é a dignidade humana e o sentimento afetivo, concedendo importância ao sujeito e à pluralidade social na formação da família. Nessa esteira, ao democratizar o planejamento familiar, a Constituição vincula todos os poderes estatais no sentido de promover um planejamento inclusivo, que abarque as mais diversas autonomias presentes na sociedade e que preste ênfase à vontade individual de procurar escolher a quantidade de filhos naturais que, de forma responsável, deseja ter, em harmonia com um conceito plural de família.

Portanto, é preciso prestar mais ênfase à vertente positiva do planejamento familiar, que consiste em permitir que o casal tenha o número de filhos que quiser, respeitando o princípio da paternidade responsável, de forma que o instituto ganhará nova roupagem, restando verossímil afirmar que o direito a ter filhos naturais constitui uma das facetas de tal direito. Nesse ponto, importa acrescentar que o princípio da paternidade responsável, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira, objetiva proteger a pessoa do filho “impondo limites à liberdade dos pais, quais sejam aqueles decorrentes da responsabilidade com a criação e o sustento da prole⁷⁸”.

Nesse ensejo, Maria Helena Diniz defende o direito à concepção e à descendência com base nos arts. 5º, L, 7º, XVIII, XIX e XXV, 208, IV, e 226 § 7º, ambos da Constituição Federal, bem como na Lei n. 9.263/96, abrindo oportunidade para o casal exercer, em caso de infertilidade, o direito à filiação por meio de reprodução assistida, desde que isso não venha a arriscar a saúde da paciente e do possível descendente⁷⁹.

Dessa forma, o serviço de técnicas de reprodução humana assistida deve ser prestado pelo Poder Público em razão da nova conjuntura constitucional pós-positivista, que reposiciona a dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação e orientação na aplicação do direito, especialmente na ponderação constitucional de conflitos entre os agentes públicos e privados.

⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2122.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

Esse arranjo normativo coincide justamente com uma preocupante, mas ainda obscura realidade brasileira: a infertilidade clínica relacionada ao campo da saúde atinge cerca de 10% a 15% dos casais heterossexuais, número que não apresenta razoável exatidão devido a situação de exposição pela qual a infertilidade pode trazer para o casal. Vale lembrar que a Organização Mundial de Saúde e a American Society for Reproductive Medicine consideram infertilidade a ausência de gravidez após 1 (um) ano de tentativas por meio de relações heterossexuais. Todavia, a realidade social também mostra que os avanços das técnicas de reprodução humana assistida estão facilmente disponíveis para os que têm condições de pagar por elas. Então, é plausível que o Estado conceda acesso (gratuita e cuidadosamente) aos casais que não têm condições de arcar com os custos de um procedimento privado.

Nessa conjuntura, Olga Krell vê na constitucionalização do direito de família uma contribuição para que as técnicas de reprodução humana assistida sejam analisadas à luz dos princípios constitucionais⁸⁰. Defende a autora que as técnicas de reprodução humana assistida devem ser fomentadas pelo Estado para assegurar o direito fundamental à reprodução assistida com o objetivo de assegurar o exercício da autonomia⁸¹.

⁸⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 152.

⁸¹ *Ibidem*, p. 199.

3. PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Vinculação constitucional expressa entre o planejamento familiar e a dignidade da pessoa humana

Além de ser insculpada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana aparece em outras normas da Constituição Federal de 1988, tais como a existência digna, que deve ser assegurada pela ordem econômica (art. 170, *caput*) e a defesa da dignidade das pessoas idosas (art. 230).

Sobre o planejamento familiar, assim dispõe o art. 226, § 7º, da Constituição Federal:

Fundado nos princípios 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 ou privadas. (Grifos nossos)

Como se pode perceber, o legislador constituinte originário fez questão de vincular, expressamente, a dignidade da pessoa humana ao planejamento familiar, atitude que não tomou com inúmeros outros direitos constitucionalmente consagrados. Nesse mister, fácil perceber que não são todas as normas constitucionais que aparecem expressamente entrelaçadas com a dignidade da pessoa humana. De certo, apesar de o preceito ser aplicável a todo o ordenamento jurídico, a vinculação expressa da dignidade da pessoa humana a determinadas normas constitucionais não pode ser desprezada pela análise científica, pois, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, “a Constituição não é um simples ideário. (...) É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos⁸²”.

Então, a pergunta que se faz é: por que o legislador constituinte originário intencionalmente vinculou o planejamento familiar à dignidade da pessoa humana? É verossímil afirmar que a intenção do legislador constituinte originário ao vincular a dignidade humana ao planejamento familiar não foi simplesmente dar ao instituto algo meramente decorativo ou sem possibilidade de concretização específica. A dignidade humana chegou para evidenciar que o planejamento familiar deve ter por foco a pessoa como um fim em si mesma,

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11.

visando amparar as diversas possibilidades de autonomia em detrimento do viés coletivista que foi dado ao instituto do planejamento familiar e à própria família em outros tempos.

Nesse diapasão, é de se notar, no texto constitucional, que a dignidade da pessoa humana pouco aparece vinculada a outros direitos, inclusive aos direitos sociais. Assim, não é por simples capricho que a dignidade da pessoa humana aparece vinculada ao planejamento familiar. Em verdade, promove a autonomia da pessoa, que deve ser concretizada e protegida por meio das normas constitucionais e infraconstitucionais inerentes às famílias. A inserção da dignidade da pessoa humana no âmbito do planejamento familiar, portanto, revela a intenção do legislador constituinte originário de conceder atenção especial aos direitos individuais no bojo do planejamento familiar. Por isso, a realização do desejo de ter filhos naturais faz parte do âmbito de realização da própria norma constitucional do planejamento familiar, dando ênfase à autonomia de cada integrante para a realização de seus desejos pessoais, seja no sentido de ter ou de não ter filhos. Assim, o planejamento familiar pode alavancar, além de deveres de paternidade responsável, verdadeiros direitos individuais, sintonizando o instituto com a função social da família, que busca o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal de cada integrante.

Nesse sentido, de acordo com Roxana Borges, os direitos da personalidade, que são uma categoria especial de direitos, sofrem forte influência da dignidade da pessoa humana, que vem surgir como valor unificador das normas e categorias jurídicas⁸³. A autora ainda defende que a personalidade é um valor jurídico em nosso ordenamento, sendo essencial à pessoa humana, na intenção de proteger sua dignidade com efeitos não apenas no direito privado, mas também no direito público⁸⁴. Dessa forma, os direitos da personalidade são direitos em expansão, sendo voltados para a realização da dignidade da pessoa humana⁸⁵.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona a eficácia dos direitos fundamentais deve ter incidência direta e imediata nas relações de família para reconhecer os direitos da personalidade de cada um de seus membros⁸⁶. Os autores ainda destacam a função social da família, no sentido de realizar os projetos de vida de cada um de seus membros, em harmonia com a dignidade humana, para posicionar a pessoa (e não mais a família) como a destinatária principal das normas de direito de família⁸⁷. Diante disso, é imperioso extrair consequências desse panorama,

⁸³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 07 e 20.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 16 e 25.

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 63.

especialmente para valorizar a autonomia da pessoa, pois a entidade familiar está, agora, a perseguir a dignidade humana de cada um.

Ademais, a dignidade da pessoa humana⁸⁸ surge da própria experiência axiológica da cultura da humanidade, submetida às influências do tempo e do espaço, de forma que seu conteúdo sempre vem se adaptando às tendências da sociedade de uma determinada época e lugar, devendo ser analisado levando-se em conta a dimensão histórico-cultural. Nesse mister, entende-se por cultura todas as elaborações humanas diante de um sistema de valores, com o intuito de atender a interesses e finalidades, sendo que o princípio da dignidade humana insere-se nesse contexto, porque vem dotado de um conteúdo valorativo pertencente a natureza humana e, conseqüentemente, à cultura humana⁸⁹.

Na antiguidade clássica, a dignidade era reconhecida pela posição social do indivíduo. Já no período medieval, o cristianismo institucionalizado influenciou diretamente no conceito de dignidade humana ao apregoar que todo homem era a imagem e a semelhança de Deus. Nessa fase, Tomás de Aquino referiu-se à divindade da *dignitas humana*, apregoando que a racionalidade era inerente ao ser humano, que o possibilitava construir sua vida e seu destino.

Decorre das lições de Jorge Miranda, que é com o cristianismo que os seres humanos vão adquirir eminente valor pelo fato de estarem enquadrados na espécie humana, uma vez que “criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir⁹⁰”.

Ao aduzir os ensinamentos de Jellinek, Jorge Miranda recorda que o autor chegou mesmo a apregoar que a ideia de consagrar, nas leis escritas, os direitos naturais do indivíduo, não era uma ideia de origem política, mas antes, uma ideia de origem religiosa. Nesse contexto, “o que se julgava ser obra da Revolução, não teria sido, na realidade, senão um produto da Reforma e das lutas por ela engendradas⁹¹”.

É nesse cenário, que com o enfraquecimento do poder da Igreja dentro do Estado, a filosofia moderna vê um espaço que pouco a pouco vai ocupar na sociedade europeia.

⁸⁸ Ingo Sarlet destaca que não há como delimitar um conceito claro de dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de conceito com contornos vagos e imprecisos. Por outro lado, não restam dúvidas de que ela é algo real, sendo possível identificar os casos em que ela é espezinhada e agredida. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p 100.

⁸⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 21-22.

⁹¹ Ibidem, p. 25.

Giovanni Pico della Mirandola publica, em 1486, a obra *De hominis dignitate oratio*, em que, pela primeira vez na história humana, a criatura foi desvinculada do criador⁹².

Com o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, permanecendo a ideia de liberdade e igualdade.

No século XVIII, por meio do imperativo categórico, Kant apregoa um dever universal e válido para toda a ação moral. O autor elabora postulados éticos, entre os quais, há o que defende que somente o ser racional possui a faculdade de agir, bem como a vontade de acordo com representação de leis e princípios, sendo que, somente o ser humano, possui essa razão prática. Em sua clássica citação, Kant afirma: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio⁹³”.

Já no século XX, após as trágicas experiências da Segunda Guerra Mundial, a busca pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana ganhou força, especialmente, com a internacionalização dos direitos humanos e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O cenário do pós-guerra provocou uma rediscussão entre os países vencedores a respeito da importância do direito como um instrumento de valorização da dignidade da pessoa humana, postulado até então somente estudado dentro da filosofia. Por isso, para tentar superar essas dificuldades, passou-se a acreditar que o reconhecimento da supremacia material e axiológica da constituição, contendo expressamente os direitos da pessoa humana, poderia levar a um redirecionamento do papel dos Estados na proteção do indivíduo.

Nesse cenário, como consequência da reaproximação entre o direito e a moral kantiana, preparou-se o espaço necessário para o reconhecimento da força normativa dos princípios, situação que foi importante para a aquisição da própria força normativa da constituição.

Diante de todos os fatos históricos, pode-se perceber que a consolidação dos direitos humanos é resultado de uma radical inversão de perspectiva na relação Estado/Cidadão e Soberano/Súdito no início da era moderna. A nova e irreversível visão presta ênfase ao cidadão (que não é mais súdito) em detrimento do Estado, contrapondo-se a concepção orgânica tradicional, que apregoava que a sociedade vinha antes do indivíduo⁹⁴.

⁹² PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

⁹³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 4.

Destarte, apesar das inúmeras críticas que o uso da dignidade humana vem recebendo, em virtude de seu caráter aberto, deve-se salientar que a elevação desse valor à fundamentação da República deve-se a diversos fatores filosóficos e históricos, sem os quais a pessoa humana não iria se sobrepôr ao Estado e a instituição familiar. Não custa nada lembrar que, no Brasil, a dignidade da pessoa humana somente tornou-se fundamento da República com a Constituição de 1988, sendo desprezada pelas constituições anteriores.

Assim, a dignidade da pessoa humana adquiriu posição importante com o advento da Constituição de 1988, em que foi inscrita como um dos fundamentos da República, significando que a pessoa humana tem posição central nas decisões políticas do Estado. Isso imprime efeitos significativos nos institutos do direito de família, que passam a ter a pessoa humana como foco central das preocupações, retirando a centralidade, por consequência, de institutos como o patrimônio, a herança e a própria família.

Nesse sentido, segundo Ricardo Maurício, entre os diversos princípios éticos-jurídicos que adquiriram status constitucional, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a própria razão essencial de um direito justo concentra-se no próprio homem, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético impede sua coisificação. Assim, conforme o autor, “uma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana pode ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de justiça”⁹⁵.

Atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado como princípio basilar da Constituição Federal, que orienta a compreensão de todos os direitos fundamentais, funcionando como guia na interpretação e ponderação constitucional. Assim, a ideia de supremacia do Estado ou da comunidade restou superada não somente pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana logo no art. 1º, III, mas também pela construção topográfica da Constituição de 1988, que, ao contrário das constituições anteriores, passou a elencar os direitos e garantias fundamentais logo no início do texto, dotando-os também de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

É interessante destacar que, até nos ensinamentos do positivista Hans Kelsen, encontra-se claros fundamentos para a defesa da aplicabilidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. O mestre de Viena não deixou de apreciar a questão dos princípios e das normas suprapositivas, pois admitiu que se tais postulados vierem positivados

⁹⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

na Constituição seriam autênticas normas jurídicas, podendo ser utilizadas até mesmo como parâmetro no controle de constitucionalidade⁹⁶.

Na visão de J. J. Gomes Canotilho, o ser humano passou a ser o fundamento da República, servindo como limite aos poderes da representação política, reconhecendo o *homo noumenon* (o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República).

Jorge Miranda chega a posicionar a dignidade da pessoa humana como um metaprincípio e como um limite transcendente do poder constituinte originário⁹⁷.

Ingo Sarlet, ao defender a dignidade humana como o fundamento de todos os direitos fundamentais, anuncia que, pela atual conjuntura, a previsão da dignidade humana no texto constitucional e nos tratados internacionais torna-se indispensável na busca de uma maior concretização dos direitos perante os órgãos do Estado, especialmente o Judiciário⁹⁸. Advirta-se que, para o autor, a dignidade humana existe independentemente de os Estados a reconhecerem, sendo dado prévio e anterior ao próprio Estado. Todavia, não se pode desprezar a força das normas estatais positivas na busca de sua promoção⁹⁹.

Com efeito, após sua ascensão como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana reposiciona o ser humano para o centro de todo o sistema jurídico brasileiro e, da mesma forma, como centro do sistema familiar, buscando o desenvolvimento da personalidade pessoal como um objetivo primordial da família, o que envolve a participação da sociedade e do Poder Público. Isso também não é diferente no instituto do planejamento familiar, que também passa a sofrer influxos do novo contexto constitucional, que envolve a força normativa da constituição, a normatividade dos princípios e a valorização da dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias também vislumbrou o nascimento de um novo contexto da família, que, agora, terá todos os seus institutos interligados na busca pela realização da personalidade

⁹⁶ É necessário deixar frisado que a crítica que Kelsen constrói é sob uma perspectiva da política, pois, sob o ponto de vista jurídico-científico, não há problema algum quando normas de conteúdo aberto venham positivadas. KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição** (A justiça constitucional). Revista Direito Público. Instituto Brasiliense de Direito Público, v.1, nº.1, jul-ago-set, 2003, p. 118-119.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 222.

⁹⁸ Ingo Sarlet propõe um conceito mais próximo de uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 28;47.

individual. Decorre dos ensinamentos da autora, que a ordem constitucional tomou opção expressa pela pessoa, na medida em que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, sendo que “tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito¹⁰⁰”.

Na visão de Mônica Aguiar, a não tentativa de concretizar do princípio da dignidade humana pode abrir espaço para sua redução brutal por parte da doutrina do poder dominante, de forma que se chegue ao ponto de não mais trazer qualquer garantia efetiva ao indivíduo¹⁰¹.

Nesse caminhar, a objetivação da dignidade da pessoa humana implica que os direitos fundamentais passam a funcionar como guias interpretativos do direito infraconstitucional, devendo perseguir e defender os interesses da pessoa humana individualmente, razão pela qual as leis e as políticas públicas construídas para atender ao planejamento familiar devem visar à felicidade individual de cada indivíduo, não se justificando execução de programas que excluam determinados modelos de entidade familiar.

Adicione-se que, segundo Paulo Lôbo, a família sob a tutela da Constituição Federal, está voltada para o desenvolvimento das dignidades das pessoas humanas que a integram, de forma que a entidade familiar não é tutelada para si, mas como instrumento de realização existencial de seus indivíduos¹⁰². Além disso, acrescenta o autor que a dignidade da pessoa humana está vinculada ao planejamento familiar, “cuja observância confirmará o intérprete apenas em cada situação concreta, de acordo com a equidade, que leva em conta a ponderação de interesses legítimos e valores adotados pela comunidade geral¹⁰³”.

Assim, a dignidade da pessoa humana serve como fundamento para nortear todos os direitos decorrentes da proteção e promoção do planejamento familiar, devendo sua proteção ser exercida sob a ênfase do direito subjetivo de cada integrante da família.

O fato é que o importante fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) está a ocupar diversas facetas no pensamento filosófico, político e jurídico, o que significa sua extrema importância como valor fundamental, ao menos para os Estados que se apresentam como democráticos de direito¹⁰⁴. Assim, a dignidade da pessoa humana mostra que o Estado

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 65-66.

¹⁰¹ AGUIAR, Mônica. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre - RS: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 85.

¹⁰² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

¹⁰³ ibidem, p. 51

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 42-43.

tem o dever de amparar os indivíduos componentes das famílias no sentido de ajudá-los a superar barreiras que impeçam o livre desenvolvimento do planejamento familiar.

Nesse sentido, o conceito plural de planejamento familiar vai prestar ênfase as mais diversas individualidades presentes na sociedade, de forma a abarcar a dignidade dos integrantes da família a fim de promover suas realizações pessoais sem estar arraigado em concepções unitárias. Assim, os casais que não conseguem ter filhos pelas vias naturais encontram no instituto do planejamento familiar, um terreno propício para suas realizações pessoais, podendo utilizá-lo como fundamento básico para buscar a efetividade do direito a ter filhos naturais. Nessa linha, a reflexão sobre o número de filhos e o momento para tê-los faz parte da autonomia privada da pessoa humana, sendo que a própria redação do § 7º do art. 226 da Constituição Federal impede intervenções coercitivas públicas e privadas no planejamento familiar incluindo a proibição da coerção moral ou psicológica na esfera da autonomia da pessoa humana. Nesse cenário, como será visto nos itens seguintes, também podem exercer esse direito os integrantes da família homossexual, que com o exercício do direito a ter filhos naturais, terão oportunidade de constituir família com o mesmo leque de oportunidades do casal heterossexual.

Assim, o planejamento familiar jamais pode perder o foco da dignidade humana, representando um valor substancial na constitucionalização do direito de família, alavancando as oportunidades dos indivíduos de participarem de uma sociedade aberta constitucional, concedendo especial atenção a sua condição de vulnerabilidade, aliada à falta de recursos para custear os tratamentos que quiserem, em meio a políticas públicas de planejamento familiar, rendendo ensejo à atenção adequada do Poder Público para o desenvolvimento da dignidade inserida no âmbito da família, e é por isso que, na visão de Ricardo Maurício, no contexto do pós-positivismo, a dignidade da pessoa humana representa uma verdadeira fórmula da justiça substancial¹⁰⁵.

E se pode ser constatado que a família homossexual possui status de entidade familiar sob influxos de preceitos constitucionais, é inegável que o homossexual deve ter seus potenciais valorizados dentro do planejamento familiar, não havendo razão para haver distinção em virtude de orientação sexual.

Dessa forma, todas as regras do planejamento familiar devem atender igualmente a todas as espécies de família, de forma que os casais homossexuais que queiram formar uma família nos termos do art. 226, § 4º da Constituição Federal, além do direito à adoção, também possuem

¹⁰⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

o direito de ter filhos naturais diante da vertente procriativa do planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana.

3.2 A família homossexual na sociedade e o planejamento familiar

As relações afetivas entre os seres humanos na história da humanidade não tiveram um caráter uniforme de modo que fosse possível dizer que a família constituída pelo homem e pela mulher sempre foi a regra em todos os lugares e em todas as ocasiões. Leciona Mônica Aguiar ser irrefutável a tese de que a homossexualidade parece ter sempre existido, chegando a ser considerada, entre os gregos, uma relação mais nobre do que a heterossexual¹⁰⁶.

Todavia, na Idade Média, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino defendiam a prática de atos sexuais somente destinados à procriação, o que contribuiu, juntamente com as ideias da Igreja, para tornar a prática da homossexualidade um pecado comparável ao do homicídio. Destarte, parece ter sentido que a impossibilidade de procriação está na raiz da exclusão dos homossexuais.

As Ordenações Manuelinas dos século XVI fixaram pena de morte para o pecado da sodomia por meio da fogueira “para que de seu corpo não haja memória”, aliado ao confisco de bens e a inabilitação de filhos e netos, instituindo, inclusive, recompensa para os delatores¹⁰⁷.

Ainda em tempos não muito distantes, procuravam-se encontrar razões de ordem psicológica ou genética para buscar a raiz da homossexualidade, o que justificava, de certo modo, algumas condutas discriminatórias, sendo que, até hoje, não se encontraram evidências racionais a respeito de diferenças biológicas e comportamentais entre heterossexuais e homossexuais.

Destarte, nenhuma das tentativas de se procurar diferenças biológicas ou psicológicas apresentou resultado conclusivo, sendo a atitude de segmentar os homossexuais em determinadas doenças está mais relacionada a uma tentativa de legitimar a exclusão social dos homossexuais¹⁰⁸. Nesse panorama, pode-se dizer que, apesar das múltiplas facetas que a

¹⁰⁶ AGUIAR, Mônica. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre - RS: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 88.

¹⁰⁷ VAINFAS, Ronaldo. Homoerotismo feminino e o santo ofício. In: PRIORE, Mary Del (org.) **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 118.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **O direito à autonomia ético-existencial da pessoa homossexual na constituição da família como decorrência dos princípios da igualdade e da liberdade** (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009, p. 18.

sexualidade humana pode apresentar, a homossexualidade foi a que mais ganhou visibilidade pejorativa.

Pelo menos até os anos 60, os homossexuais tiveram que viver abaixo de sombras intensas, devido a enormes perseguições e preconceitos. Sob à luz da religião, inúmeros tratamentos médicos eram direcionados a esse grupo, incluindo o transplante de testículos, a injeção de insulina para a cura de comportamentos esquizofrênicos e a internação em hospitais psiquiátricos¹⁰⁹.

No âmbito mundial, o direito tardiamente passou a conceder status jurídicos às uniões homossexuais, sendo a Dinamarca o primeiro país a reconhecê-las em 1989, seguida da Noruega em 1993 e da Suécia em 1995¹¹⁰. Mas, o primeiro país a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi a Holanda em 2001¹¹¹, seguido de muitos outros¹¹².

O legislador brasileiro não foi no mesmo caminho, uma vez que estaria com receio de desagradar seu eleitorado de maioria conservadora, contribuindo para a exclusão da homossexualidade do sistema jurídico dentro do Brasil¹¹³. Nesse cenário, mesmo diante de todo o avanço no direito estrangeiro a respeito das relações homossexuais, o legislador brasileiro ainda não regulou sequer a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Um aspecto deveras interessante a ser destacado, é que não se defende que a intolerância encerrou-se nos últimos anos. O que se quer dizer, é que houve significativo avanço no âmbito do direito e das políticas públicas, não havendo, ainda, igual correspondência evolutiva em toda a sociedade brasileira. Não é sem razão, que Anna Amélia de Faria adverte que a rebeldia da sexualidade ainda continua a atormentar, gerando, inclusive, ódio, que é ocultado por meio de dispositivos excludentes, como a seriação, a classificação e a massificação. Nesse contexto, afirma a autora que:

A vontade de apagamento das alteridades em nome de um Ideal, universal, metafísico, descarnado, retira toda possibilidade de gentileza e simpatia transitivas e relacionais, pois sempre há necessidade de outro(s) para existir, se se é simpático e/ou gentil com alguém, não se firma sendo em si¹¹⁴.

¹⁰⁹ PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 296.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 43-44.

¹¹¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 06, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 485.

¹¹² Atualmente, os países que admitem o casamento homossexual são Bélgica, Canadá, África do Sul, Espanha, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina, além da Cidade do México e alguns Estados dos Estados Unidos, a exemplo de Vermont, New Hampshire, Massachusetts, Connecticut e Washington D. C. *ibidem*, p. 486.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205-206.

¹¹⁴ FARIA, Anna Amélia de. **Leia na minha camisa**. Cógito. Vol.13. Salvador, nov. 2012, p. 66.

De fato, mesmo diante de discursos que continuam a estimular a violência e o ódio contra a sexualidade plural, ainda observa-se avanços pontuais. Atualmente, os novos valores trazidos com a evolução da sociedade mostram um panorama mais aberto, plural e tolerante, culminando com a retirada da homossexualidade da lista de doenças da Organização Mundial de Saúde (OMS), resultado de manifestações de amplos movimentos sociais, que, posteriormente, passaram a buscar a liberdade de orientação sexual e a igualdade¹¹⁵.

Assim, a família homossexual vem sendo reconhecida em diversos ordenamentos jurídicos no mundo, mostrando um novo cenário produzido por constantes mudanças sociais, privilegiando-se a autonomia da pessoa humana, que está inserida em círculos de liberdade nos quais os indivíduos podem exercer suas opções desde que não venham a causar prejuízos a terceiros.

Essas transformações nas relações pessoais dos últimos anos na sociedade mundial trouxeram reflexos no âmbito do direito de vários países, especialmente no direito das famílias, que experimentou mudanças por meio da elaboração de várias leis para atender às novas formas de convivência afetiva entre os seres humanos.

Nessa mesma época, também se observa um maior influxo de postulados constitucionais no âmbito do direito civil, o que vai ocasionar modificações profundas até mesmo no próprio conceito de família e de planejamento familiar, que passa a ficar mais alargado com o intuito de buscar a realização pessoal de seus membros, tendo por base, especialmente, a afetividade e a dignidade da pessoa humana.

É nesse panorama que a sociedade avança no sentido da tolerância e na construção de um multiculturalismo que, de acordo com Mônica Aguiar, está presente “quando determinada sociedade admite o pluralismo de indivíduos e não segrega aqueles que se distanciam do padrão social¹¹⁶”.

Não é sem razão que a nova constituição reconheceu outros modelos de família, além do tipo tradicional, prestigiando diversos outros paradigmas, como a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, além de deixar claro que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal seriam exercidos igualmente pelo homem e

¹¹⁵ OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **O direito à autonomia ético-existencial da pessoa homossexual na constituição da família como decorrência dos princípios da igualdade e da liberdade** (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009, p. 26.

¹¹⁶ AGUIAR, Mônica Neves. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 106.

pela mulher. Também pautou-se pela humanização das relações familiares, privilegiando o interesse do indivíduo como pessoa e abandonado o caráter exclusivamente patrimonial de outrora.

Outrossim, o novo papel conferido à subjetividade no âmbito das famílias irá mudar de forma sensível o mundo jurídico, especialmente pelas reduções das funções religiosas, sociais e econômicas das famílias, de forma que se vai perceber peculiar alteração nas exigências sobre o direito de família. Nesse novo panorama, a centralidade vai da família, como instituição, para o sujeito, como pessoa¹¹⁷.

A investigação acerca do reconhecimento da família homossexual é essencial para o deslinde da presente proposta, uma vez que se fundamenta no planejamento familiar para constatar a existência de um direito a ter filhos naturais. Assim, ao exercer o direito ao planejamento familiar, a família homossexual possui amplas possibilidades de decisão frente à nova realidade médica. Nesse prisma, não se pode desprezar a existência desse tipo de família, que não difere do tipo heterossexual.

Mas em verdade, trata-se apenas da forma como se vê a família. A família pré-existe aos códigos e as constituições, ela é, antes de tudo, uma manifestação sociológica, psicológica e cultural, que é posteriormente captada pelo direito para estabelecer seus conceitos e suas normas. Nesse prisma, destaque-se posicionamento de Luiz Edson Fachin a respeito da relação entre família e direito:

Família: os signos da linguagem e em especial o discurso jurídico cooptam o conceito de família, exposto nos laços dos paradoxos sociais permeados pela cultura e pela economia, e o traduz, no transcurso histórico, em variadas interpretações que, no campo do Direito, tomam assento na Doutrina, na jurisprudência e na legislação. [...] O vínculo jurídico que dela surge não é elemento constituinte necessário, pois a família ocupa posição anterior ao Direito, a que lhe dá a forma e o conteúdo jurídico. [...] Portanto, a família – e sua leitura contemporânea – é baldrame social, derivada do afeto e não apenas da ordem jurídica constituída. A família, como fato cultural, está antes (e acima) do Direito e nas entrelinhas do fato jurídico. Trata de uma situação jurídica subjetiva, individual ou coletiva, e vislumbrá-la por meio do ordenamento é apenas enxergá-la sem vê-la em sua totalidade [...]¹¹⁸.

Assim, diante do reconhecimento das constantes mudanças nas relações entre as pessoas, aliado à consciência de que somente a face exterior da família é que pode ser assimilada para fins de apontar as categorias jurídico-familiares, Ricardo Calderon aponta que “não devem

¹¹⁷ CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Dissertação de mestrado. Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 17.

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Família. In: FACHIN, Luiz Edson. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006, p. 314-316.

ter a pretensão de finitude, não podem ser herméticas, estritamente formais, e nem mesmo devem evitar o saudável contato do Direito com a realidade¹¹⁹”.

De fato, a formatação encontrada nas mais diversas relações sociais constitui-se num permanente processo de mutação, situação que se dá igualmente com a família e seus institutos. Ademais, pode-se concluir que esse panorama que envolve a relação da família com o direito retrata uma quebra de paradigma da ciência. Nesse sentido, importante consideração é levantada por Thomas Kuhn de que a mudança de um modelo em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência, não é decorrente de um simples processo cumulativo resultado de uma articulação do velho paradigma, “é antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações¹²⁰”.

Conforme Maria Auxiliadora Minahim, hoje, restou constatado que todo conhecimento é transitório e superável, de forma que estabelecer parâmetros rígidos na sociedade parece ser uma coisa difícil. Nesse sentido, eis as palavras da autora:

Em um tempo marcado pela instabilidade e no qual os significados são constantemente restabelecidos, a possibilidade de existência de uma moldura axiológica rígida capaz de orientar uniformemente as ações parece difícil. Ao contrário, a flexibilidade e o respeito à diversidade firmam-se como qualidades fundamentais para a vida do homem pós-moderno¹²¹.

Mesmo sem estar positivada, a questão da afetividade nos relacionamentos familiares passa a ser ponto de extrema importância nas abordagens doutrinárias e jurisprudenciais. Nessa esteira, importante destacar ensinamentos de Paulo Lobo:

A socioafetividade como categoria do direito de família tem sistematização recente no Brasil. Esse fenômeno, que já era objeto de estudo das ciências sociais e humanas, migrou para o direito, como categoria própria, pelos estudos da doutrina jurídica especializada, a partir da segunda metade da década de 1990 [...]. Nenhum direito estrangeiro avançou nessa matéria tanto quanto o direito brasileiro, inicialmente na doutrina e, depois, na jurisprudência, especialmente a do STJ¹²².

¹¹⁹ CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo**: contexto e efeitos. Dissertação de mestrado. Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 26.

¹²⁰ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1978, 116.

¹²¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. Prefácio Luiz Regis Prado. Ciência do direito penal contemporânea. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 23-25.

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 644-645.

Na visão de Andrea Semprini, entre as controvérsias multiculturais há também aquelas que são denominadas reivindicações da minoria, que visam conquistar direitos dentro de um determinado Estado¹²³. É nesse sentido, que o autor reporta-se a um aspecto do multiculturalismo que diz respeito a grupos que não se enquadram em uma base étnica, em que estão inseridos os homossexuais¹²⁴.

Visando superar a visão única de família, Maria Berenice Dias destaca que a comunhão de afeto é incompatível com modelo único, sendo que a afetividade deve ser o princípio norteador do direito das famílias¹²⁵. Assim, “passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independente do sexo a que pertencem¹²⁶”.

Ainda na linha de Maria Berenice Dias, a homossexualidade é uma simples forma de viver, não sendo uma doença e nem um vício, não se justificando, de maneira alguma, a busca de suas causas, pois quando isso acontece, parece que está a se procurar um remédio para algum mal¹²⁷.

De acordo com os ensinamentos de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, a homossexualidade representa “um modo de ser, de interagir, mediante afeto e/ou contato sexual com um parceiro do mesmo sexo, não decorrente de uma mera orientação ou opção, mas, sim, derivado de um conhecimento cuja causa não se poderia apontar”¹²⁸.

É nesse cenário que Rodolfo Pamplona, Pablo Stolze¹²⁹ e Maria Berenice Dias defendem, nos dias atuais, que o conceito da família para a seara jurídica envolve, necessariamente, a questão da afetividade, que deve estar presente nas relações pessoais familiares para a identificação de uma entidade familiar.

¹²³ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 43.

¹²⁴ Ibidem, p. 58.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

¹²⁶ Ibidem, p. 207.

¹²⁷ Ibidem. p. 205.

¹²⁸ Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze não são simpáticos a expressão “homossexualismo”, que traz uma ideia de doença caracterizado pelo sufixo “ismo”, preferindo a expressão homoafetividade, que aponta a junção de pessoas do mesmo sexo e, ao mesmo tempo, indica a afetividade como parte essencial do direito de família. Os autores também evitam a expressão “opção sexual” já que, assim como o heterossexual, o homossexual também não escolhe esse modo de vida. PAMPLONA Filho, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. V. 06, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 482-484.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 482.

¹²⁹ PAMPLONA Filho, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. V. 06, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 484.

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 475.

Dessa maneira, a homossexualidade é uma situação que não pode ser mais desprezada pela sociedade e pelo direito, sendo que “as pessoas não podem ser obrigadas a abandonar o sonho de buscar a felicidade pelo fato de terem orientação sexual que não corresponde ao modelo majoritário de se relacionarem¹³⁰”.

De toda forma, a permissão do enquadramento do casal homossexual como entidade familiar é fruto de uma sociedade de tolerância e que não deve permitir que o preconceito aflore na ciência do direito, justamente a área que deve combater todas as formas de desigualdades na sociedade.

Em toda essa sistemática, resta verossímil que, para fazer uma análise jurídica mais adequada a respeito da relação das entidades familiares com o direito, é indispensável aplicar um rigor científico à observação que deve vir desprovida de concepções religiosas ou de orientações morais ou pessoais, que não estão sintonizadas com a realidade social. Dessa forma, para um melhor uso dos institutos jurídicos e constitucionais no direito de família, é salutar prestar ênfase ao fato social da família e não a dogmas religiosos ou morais de quem quer seja, haja vista que o direito deve se ater à realidade dos fatos sociais num exercício interdisciplinar tão essencial a todas as ciências da atualidade.

Nesse mister, não há como negar que os arranjos pessoais governados pelo afeto envolvendo pessoas do mesmo sexo que se uniram para realizar seus projetos pessoais de felicidade sejam autênticas famílias no sentido jurídico, lembrando que o sistema constitucional aberto do instituto das famílias não permite tratamentos discriminatórios, especialmente quando se nega realidades sociais tão evidentes como a questão da homossexualidade. Nessa esteira, o planejamento familiar também faz parte da esfera de liberdade do casal homossexual, que não pode ter seus direitos renegados por concepções desprovidas de bases científicas.

Consolidando entendimento acerca da existência da união homossexual, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF nº 132, em que ficou assentado que, para a união entre pessoas do mesmo sexo, deveria ser concedido tratamento e aplicação das mesmas regras e consequências da união heteroafetiva. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de uma famosa técnica denominada interpretação conforme à Constituição, excluindo qualquer interpretação da norma que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

entidade familiar, desde que seja contínua, pública e duradoura, reconhecendo, assim, a aplicabilidade das mesmas regras e idênticas consequências da união estável heteroafetiva¹³¹.

Importantes considerações foram tecidas na decisão. Entre elas, destaca-se a premissa de que a homossexualidade é uma orientação, e não uma opção sexual, constituindo-se uma característica da personalidade do indivíduo. Destacou-se, ainda, que o conceito da família evidenciado após a Constituição Federal de 1988, “despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos¹³²”.

Portanto, para nossa Suprema Corte, do ponto de vista ontológico, não há como distinguir uma união estável de héteros de uma união homossexual, merecendo, assim, o mesmo tratamento constitucional.

Interessante acrescentar que, nesse julgamento, o Ministro Luiz Fux elencou 3 (três) requisitos para a caracterização da família:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional¹³³.

Todavia, diante desse cenário, é válido lembrar que o *casamento* homossexual somente tem sido aceito no Brasil por força de decisão dos tribunais e devido a Resolução nº 175/2013 do CNJ, que veda às autoridades competentes negar a oficialização de casamentos e a conversão em união estável de pessoas do mesmo sexo.

Assim, evidenciada a convivência contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo deverá haver o reconhecimento jurídico do direito ao planejamento familiar, carreado dos efeitos jurídicos cabíveis.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 687.432/MG Relator(a): Min. Luiz Fux. Brasília, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 15 set. 2015.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 09 mai. 2015.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 09 mai. 2015.

Nesse contexto, surge a problemática do enfrentamento da questão do planejamento familiar frente a família homossexual, bem como questionamentos que buscam saber quais direitos surgem desse panorama.

Assim, uma vez reconhecida a família homossexual, necessário investigar quais os efeitos decorrentes nos mais diversos ramos do direito, que não mais podem conceder tratamento diferenciado em razão de orientação sexual de quem quer que seja. É diante disso, que a presente pesquisa busca analisar quais as consequências no âmbito do planejamento familiar considerando o novo contexto constitucional de direito de família.

É lícito também indagar quais medidas devem ser tomadas pelo Estado no âmbito da legislação ou na Administração Pública para entrar em sintonia com a conjuntura normativa que envolve a família homossexual e a dignidade da pessoa humana.

O cenário também muda com as possibilidades oferecidas diante do aumento da tecnologia, pois a impossibilidade de gerar filhos, que vinha servindo como justificção para negativa de reconhecimento do casal homossexual como entidade familiar¹³⁴, fica totalmente superada com as possibilidades oferecidas pelas técnicas de reprodução humana assistida.

Atualmente, percebe-se que o projeto de constituir família e a vontade de gerar filhos têm fomentado esperanças de muitas pessoas na sociedade que carecem da existência de prole natural para a realização pessoal. Por isso, muitos casais procuram os centros privados de reprodução humana assistida para realizar tratamentos contra a infertilidade e, em muitos casos, pagando caro por isso. Mas, para a grande maioria da população, o projeto de gerar filhos naturais é interrompido diante da impossibilidade de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, seja pela condição de pobreza, seja por outros motivos que envolvem o próprio conceito de infertilidade ou infecundidade.

A infertilidade é um assunto presente na sociedade mundial, ganhando contornos mais acentuados em países onde a maioria das pessoas que se encontra nessa situação não consegue ter filhos por não possuir recursos econômicos e conhecimentos suficientes para ter acesso aos tratamentos adequados.

Por outro lado, a infertilidade psicológica é também uma questão que não pode ser desprezada pela sociedade, uma vez que, igualmente, impede a procriação natural, ao menos que haja agressão à autonomia de quem, por algum motivo, não queira ter relações sexuais com o sexo oposto.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Família**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 207.

É nessa situação que se encontram os casais homossexuais que não queiram manter relações sexuais com o sexo oposto e não podem ter suas autonomias violadas no atual estágio do desenvolvimento social, político, ético e tecnológico, que pode garantir o acesso a tais técnicas em iguais condições aos casais heterossexuais.

No âmbito das clínicas privadas, ao final de 2008, uma decisão de 1ª instância no Rio Grande do Sul permitiu que duas mães que utilizaram da técnica de reprodução *in vitro* registrassem os filhos em seus nomes¹³⁵. Nessa mesma linha, a Justiça de São Paulo também reconheceu a dupla maternidade¹³⁶, no caso em que uma das mulheres gestou os óvulos da parceira em fertilização *in vitro*. O interessante é que, nesse caso, nasceram gêmeos, filhos gestacionais de uma das mães e filhos biológicos da outra. A Justiça de Pernambuco também permitiu, em fevereiro de 2012, o duplo registro do filho concebido por inseminação artificial¹³⁷.

Entretanto, infelizmente, o não reconhecimento, por meio da legislação, da existência jurídica da família homossexual tem efeitos negativos na formulação de políticas públicas na seara do planejamento familiar, uma vez que as ações tendem a não envolver as espécies de famílias não reconhecidas pela legislação.

Débora Diniz defende o acesso às técnicas por parte de casais de lésbicas, ressaltando, inclusive, que a procura também surge por parte daquelas que não possuem infertilidade natural¹³⁸. Nesse sentido, válido deixar consignado que a infertilidade não se confunde com esterilidade. A infertilidade apresenta-se como uma dificuldade de gerar filhos, que pode ser resolvida com a ajuda de técnicas médicas. Além disso, há a “infertilidade mental” em que homossexuais recusam-se a manter relações sexuais com parceiros do outro sexo, mas desejam ter filhos. Já a esterilidade, decorre da total impossibilidade de geração de filhos naturais, como a ausência de espermatozoide ou a ausência de ovário.

¹³⁵ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ação de declaração de união estável homoafetiva c/c alteração de registros de nascimento nº 10802177836 (8ª Vara de Família e Sucessões). Juiz de Direito Cairo Roberto Rodrigues Madruga. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 fev. 2015.

¹³⁶ Trata-se de caso em que os filhos foram concebidos por inseminação artificial, sendo que os óvulos de uma das mães foram fertilizados *in vitro* e implantado no útero da outra. A sentença julgou procedente o pedido determinando o registro dos filhos no nome de ambas as mães. SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação de reconhecimento da filiação homoparental nº 0203349-12.2009.8.26.0002. Juiz de Direito Fabio Eduardo Basso. São Paulo, 30 de dezembro de 2010. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 05 fev. 2015.

¹³⁷ PERNAMBUCO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Proc. nº indisponível, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clicério Bezerra e Silva. Recife, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 05 fev. 2015.

¹³⁸ DINIZ, Débora. Quem pode ter filhos? In: COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. **Ensaio**: bioética. 2 ed. São Paulo: brasiliense, 2006, p. 185-186.

É também a visão de Mônica Aguiar, para a qual os homossexuais podem socorrer-se a tais técnicas para ter seus filhos sem que se precise violar sua orientação sexual¹³⁹. Assim, a negatória de acesso dos casais homossexuais aos benefícios concedidos pelo Poder Público revela flagrante discriminação em razão da orientação sexual.

Além disso, não há razão para negar a existência do amor e do comprometimento familiar dos casais homossexuais com sua prole, sendo evidente seu comprometimento com a plena realização do projeto familiar que deve ser reconhecido e protegido pelo Poder Público e pela sociedade.

Em 2010, o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução nº 1.957, que mudou significativamente o processo de acesso às técnicas de reprodução humana assistida no setor privado. As novas diretrizes éticas apenas vieram a se adequar às novas exigências sociais, pois, agora, os procedimentos são voltados para todas as pessoas capazes, abandonando a antiga concepção que restringia os procedimentos apenas às mulheres casadas ou em união estável e com a necessária aprovação do cônjuge ou companheiro. Nesse diapasão, o Conselho Federal de Medicina autorizou, por meio da Resolução nº 2013/2013 (2, II), a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por parte dos casais homossexuais, sendo que essa norma ainda não foi suficiente para que o Poder Público elaborasse um programa adequado para atender aos casais homossexuais pelo SUS, ou seja, os homossexuais somente podem ter acesso às técnicas na iniciativa privada. Agora, é permitido eticamente a reprodução humana assistida em casais homossexuais e pessoas solteiras, sem a necessidade de aprovação de um terceiro. Ou seja, o acesso à reprodução humana assistida para os homossexuais já adentra, formalmente, no mundo ético.

É nesse panorama que a dignidade humana exerce papel central no planejamento familiar, contextualizando o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida à vertente procriativa do planejamento familiar, alavancando as realizações pessoais homossexuais biologicamente férteis e psicologicamente inférteis.

¹³⁹ AGUIAR, Mônica Neves. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 101.

3.3 Homossexuais biologicamente férteis e psicologicamente inférteis: direito à diferença como fundamento do direito a ter filhos naturais

A discussão a ser tratada neste item parte da proposta de Maria Celina Bodin de Moraes, que desdobra a dignidade humana em 4 (quatro) subprincípios: a liberdade, a integridade psicofísica, a solidariedade e a igualdade¹⁴⁰.

Nesse contexto, particular função possui o princípio da igualdade, que passa a albergar no direito à diferença, uma melhor forma de superar as injustiças pontuais existentes na sociedade. Foca também na preservação da identidade de cada pessoa, identificando o direito ao pluralismo como um importante caminho para o reconhecimento de muitas possibilidades libertárias em favor de categorias que buscam o reconhecimento.

De toda forma, para fins desta pesquisa, entende-se adequada, a linha do sub-princípio da igualdade, que abrange a garantia do direito à diferença que, segundo Mônica Aguiar, “está fundamentada no direito a serem todos tratados igualmente”, não permitindo “tratamento discriminatório em relação a pessoas que tenham orientação sexual diversa predominante na sociedade”¹⁴¹.

No que se refere à igualdade, Flávia Piovesan, indo além da doutrina tradicional, apresenta 3 (três) vertentes: a *igualdade formal*, direcionada apenas ao legislador na elaboração das leis; a *igualdade material* que persegue o ideário de justiça social e distributiva e a *igualdade material que visa à justiça como reconhecimento das identidades*, dirigida pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros¹⁴².

Ao tratar do direito à procriação medicamente assistida para os homossexuais biologicamente férteis, Mônica Aguiar apregoa “que o desejo de participar da concepção com material genético próprio encontra legitimação exatamente no direito à diferença que se pretende assegurar”. Assim, na linha dos ensinamentos da autora, não é preciso manter relações sexuais para o fim da procriação se aos casais heterossexuais e até mesmo às mulheres solteiras é permitida a utilização de tais técnicas¹⁴³.

¹⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116-143

¹⁴¹ AGUIAR, Mônica. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre - RS: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 88.

¹⁴² PIOVESAN, Flavia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

¹⁴³ AGUIAR, Mônica. Op. Cit., p. 102.

Ao prestar ênfase ao direito à diferença no âmbito da igualdade, Alain Touraine disserta que “é no extremo oposto de todo princípio universalista que é preciso procurar um princípio de igualdade, na vontade e no esforço de cada um para ser diferente de todos os outros e para criar sua própria vida particular¹⁴⁴”.

Nesse panorama, o pluralismo vai promover uma redefinição da igualdade, que deixa o seu conceito homogêneo para abraçar a heterogeneidade, outorgando a cada indivíduo autonomia para o desabrochar de sua própria concepção de vida individual e para a direção de seus destinos. Assim, o direito à diferença revela-se essencial para o sistema democrático, sendo que a eliminação das diferenças significaria o afastamento dos valores constitucionais do Estado Democrático de Direito, com nítidas injustiças diante de reais e evidentes diferenças existentes entre cada indivíduo.

De fato, o direito à diferença está dando outro enfoque aos debates sobre a igualdade material, despertando atenção para a necessidade de preservação das diferenças entre as pessoas, tendo em vista suas próprias identidades, à medida que se percebe que todos os indivíduos são desiguais nas mais diversas vertentes, sendo muito difícil identificar sujeitos perfeitamente iguais para as mesmas situações. Nesse caminhar, questões pontuais que só mesmo com a análise do caso concreto podem mostrar que situações da vida cotidiana ocasionam diferenças de oportunidade que não podem ser atribuídas à meritocracia de cada um.

Por isso, salutar abrir diversas hipóteses de compreensão acerca do princípio da isonomia material com foco no direito à diferença dentro do sistema constitucional.

Na busca pela coerência do princípio da igualdade com valores que fundamentam a ordem constitucional, percebe-se que um dos reflexos da expansão desse princípio é o crescimento de medidas estatais que visam a integração de grupos expostos a diversos tratamentos excludentes.

Assim, o princípio da igualdade deve possuir função transformadora no sentido de eliminar estratificações sociais impostas ao longo de séculos pela estrutura dominante de poder. E para isso, deve enfrentar problemas surgidos em virtude de traços identitários que não correspondem aos modelos impostos por grupos majoritários, uma vez que inúmeros indivíduos se veem impedidos de desenvolverem plenamente suas personalidades em meio a cenários sociais discriminatórios os quais, muitas vezes, possuem mecanismos sutis de repressão das diferenças. Foi o que ocorreu com a criação da Política Nacional de Reprodução Humana

¹⁴⁴ TOURAINE, Alain. **Igualdad y diversidad**: las nuevas tareas de la democracia. 2 ed. Trad. Ricardo González. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 61-62.

Assistida, que veio para ajudar pessoas biologicamente inférteis, desprezando, no entanto, os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis.

Nesse cenário, o direito ocupa um papel importante no panorama da repreensão social de grupos marginalizados, à medida que tenta impor a cartilha do padrão social da classe dominante ao não permitir o livre desenvolvimento da personalidade de diversos grupos, como homossexuais, mulheres, índios, praticantes de religiões afro etc.

Ao abordar os ensinamentos do sociólogo alemão Axel Honneth, Adilson Moreira destaca que esse autor desenvolveu uma noção de individualidade que envolve o mútuo reconhecimento na reprodução da vida em sociedade, onde o indivíduo somente desenvolve uma relação saudável com ele próprio, à medida que olha para si a partir de perspectivas de outras pessoas, o que ajuda na formação intersubjetiva da individualidade e na construção de caminhos para o reconhecimento mútuo. Adiciona que o autor alemão identificou que os problemas de não reconhecimento resultam em políticas públicas que desconsideram os indivíduos em seus aspectos essenciais de suas identidades pessoais. Nesse aspecto, a problemática ganha relevância “quando consideramos que o alcance do bem-estar dos indivíduos depende diretamente da proteção institucional de aspectos centrais da personalidade dos mesmos”¹⁴⁵.

Na visão de Charles Taylor, a questão da autenticidade está vinculada a identidade de cada pessoa e do contato com ela própria. Porém, esse contato pode ser abalado por pressões sociais que impõem determinados padrões, impedindo o indivíduo de descobrir sua própria originalidade. Mas vale dizer que descoberta da originalidade está ligada às relações sociais, por meio das quais as pessoas desenvolvem suas próprias identidades através de diálogos e constantes atritos¹⁴⁶.

Nesse panorama, a simbologia evidenciada na ausência de legislação que proteja a autonomia dos homossexuais é significativa e reveladora, pois mostra o consenso da intolerância que toma conta da sociedade brasileira, que insiste em desprezar as pautas de grupos minoritários sob alegações de tratamentos isonômicos, como se, na vida real, todos fossem iguais. Como consequência, o cenário em questão leva a um constante processo de silenciamento e cerceamento da autonomia individual.

¹⁴⁵ MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 192-193.

¹⁴⁶ TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: TAYLOR, Charles (ed.). **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 34-36.

Portanto, o direito de ter filhos naturais é uma forma de manifestação da personalidade de cada indivíduo, não se podendo falar em dignidade humana se houver qualquer prejuízo ao indivíduo em virtude de sua orientação sexual. Nesse prisma, a realização desse direito somente poderá ser alcançada por meio do uso de técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que não se pode obrigar o homossexual a violar sua orientação. Diante disso, resta saber até que ponto o Poder Público possui responsabilidade na efetivação desse direito tendo em vista os direitos prestacionais no Estado Social de Direito e as políticas públicas já existentes.

Nesse mister, ao tratar determinados grupos de forma diferenciada para uma dada hipótese em que outros grupos possuam iguais direitos, em verdade, está procurando-se eliminar autonomia.

Abordando acerca dos juízos de moralidade que envolvem o direito a ter filhos por parte de homossexuais, Mary Warnock afirma que não se pode ter a certeza e parâmetros seguros para afirmar que as crianças irão sofrer de alguma forma, sendo que não pode haver nenhuma restrição estatal para impedir que homossexuais tenham seus filhos¹⁴⁷.

Já a adoção por casais homossexuais tem causado alguma polêmica em virtude de efeitos psicológicos na criança ao longo dos anos, situação que não se concorda, uma vez que não há provas de um determinismo psicológico e sociológico que se permita chegar a tal conclusão.

Além disso, não há razão para negar a existência do amor e do comprometimento familiar dos casais homossexuais com sua prole, sendo evidente seu comprometimento com a plena realização do projeto familiar que deve ser reconhecido e protegido pelo Poder Público e pela sociedade.

Porém, o que infelizmente ocorre, é o preconceito social sofrido pela criança devido a orientação sexual dos pais.

Sobre a temática, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze defendem que é na análise cuidadosa do caso concreto que se verificará se a adoção é medida aconselhável e não simplesmente a ideia preconcebida de que o núcleo homossexual trará algum risco a criança¹⁴⁸.

Nesse diapasão, válido citar que já houve pesquisa, nos Estados Unidos, a respeito do comportamento das crianças filhas de casais homossexual em relação à orientação sexual, moral

¹⁴⁷ WARNOCK, Mary. **Fabricando bebês**: existe un derecho a tener hijos? Barcelona: Gedisa, 2004, p. 84.

¹⁴⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 06, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 508.

e social, sendo verificado que não houve diferença entre as crianças adotadas por casais homossexuais em relação aos heterossexuais¹⁴⁹.

Especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável homossexual, a justiça brasileira vem concedendo mais facilmente a adoção por casais homossexuais.

Nesse contexto, a tese da instrumentalização da criança para o alcance dos direitos ao planejamento familiar não deve ser aceita, uma vez que a consideração da pessoa humana como um meio deve ter por foco o desprezo aos seus direitos em detrimento de uma finalidade, situação que não ocorre na hipótese. Aliás, ao conceder vida a uma ser humano e trazê-lo para o contexto de uma família, respeitando o princípio da paternidade responsável, não se está a instrumentalizá-lo, mas sim, procedendo em harmonia plena com a dignidade humana.

3.4 Por que não utilizar a adoção?

Nesse polêmico tema, é salutar tecer considerações a respeito de uma opção levantada para tentar rechaçar o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida: *a adoção*. Pode-se alegar que não é eticamente adequado procurar os centros de reprodução humana assistida, especialmente os públicos, quando temos crianças desamparadas que precisam ser colocadas em famílias substitutas. Assim, a polêmica central consistiria em obrigar o casal a adotar uma criança, ao invés de oportunizar acesso às técnicas de reprodução humana assistida. Assim, a possibilidade da adoção poderia comprometer a justificativa ética da própria técnica da reprodução humana assistida (por que fazer procriação artificial, quando há milhares de crianças abandonadas?).

Nesse mister, é perceptível que a intenção de ter filhos, no sentido de criar, educar e participar na formação de um novo ser, não pode fazer parte, exclusivamente, do argumento a favor do direito à uma reprodução biológica, uma vez que tal intenção estaria acolhida com a adoção. Todavia, a defesa da alegação relacionada ao desejo de ter filhos biológicos tem argumentos que superam as razões da adoção, não se podendo olvidar a existência de poderosas razões do instinto evolutivo de cada pessoa¹⁵⁰. Ademais, a defesa do caminho da adoção, além de atribuir a resolução de um problema da sociedade e do Estado para a pessoa individualizada, não iria resolver a questão central da presente proposta, que é combater a diferença de

¹⁴⁹ UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 103.

¹⁵⁰ AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho**: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción assistida. Madri: Trotta, 1999, p. 298.

tratamento entre rico e pobre, homo e heterossexual, pois, ao se adotar essa excludente opção, somente estaríamos a privilegiar as pessoas que podem pagar pelos procedimentos na rede privada, excluindo essa parcela da população, que só ficaria com a opção pela adoção.

O próprio princípio da isonomia estaria sendo violado com a imposição de uma adoção de uma criança aos casais que procurarem os centros públicos de reprodução humana assistida. No âmbito do exercício do planejamento familiar deve haver medidas que promovam a igualdade entre pessoas férteis e inférteis, não sendo razoável impedir o pleno exercício da autonomia daquelas pessoas que, de forma injusta, encontram-se em situação de infertilidade.

Carlos Lema Añón também não concorda com a imposição da adoção nessas hipóteses, argumentando que, se criar é o que realmente importa, então, todas as tecnologias reprodutivas que intencionem dar filhos às pessoas restariam supérfluas¹⁵¹. Esse tema também foi abordado pelo “Warnock Report”, na passagem que aborda a constituição da família diante da impossibilidade de ter filhos pelas vias naturais:

Parents likewise feel their identity in society enhanced and confirmed by their role in the family unit. For those who long for children, the realisation that they are unable to found a family can be shattering. It can disrupt their picture of the whole of their future lives. They may feel that they will be unable to fulfil their own and other people's expectations: They may feel themselves excluded from a whole range of human activity and particularly the activities of their child-rearing contemporaries. In addition to social pressures to have children there is, for many, a powerful urge to perpetuate their genes through a new generation. This desire can not be assuaged by adoption¹⁵².

Assim, o direito à reprodução deverá ser entendido no intuito de amparar a reprodução biológica e rechaçar a imposição da adoção como forma alternativa de ter filhos, pois essa medida destoa da própria finalidade da reprodução assistida, mesmo que na esfera privada.

¹⁵¹ AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho**: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción assistida. Madri: Trotta, 1999, p. 300.

¹⁵² TRADUÇÃO: Os pais também vislumbram o seu papel na sociedade, reforçando e confirmando o seu papel na unidade familiar. Para aqueles que anseiam por crianças, a percepção de que eles são incapazes de constituir família pode significar ruptura. A situação pode atrapalhar a imagem de toda a sua vida futura. Eles podem sentir que não serão capazes de cumprir suas próprias expectativas e outra das pessoas: eles podem sentir-se excluídos de toda uma gama de atividades humanas e, particularmente, as atividades de seus contemporâneos. Além das pressões sociais para ter filhos, para muitos, existe um impulso poderoso para perpetuar seus genes através de uma nova geração. Este desejo não pode ser amenizado pela adoção. INGLATERRA. Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology. 1984. Londres: **Department of Health & Social Security**. Chairman - Dame Mary Warnock DBE. p. 8-9. Disponível em: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2014.

4. A CONFLUÊNCIA DO SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL PRESTACIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

4.1 Direitos dos homossexuais de acesso aos serviços públicos de reprodução humana assistida: a busca por uma fundamentação adequada na classificação dos direitos fundamentais

A busca por uma fundamentação adequada na classificação dos direitos fundamentais é essencial para posicionar o direito dos homossexuais de acessar, em igualdade de oportunidade, os serviços de reprodução humana assistida ofertados pelo SUS. É importante pontuar que a fundamentação que ampara o surgimento dessa política decorre de um direito prestacional (de segunda geração) de todos casais de buscar tratamentos pelo Estado para terem seus filhos naturais. É por isso que se faz necessária uma melhor explicação a respeito da importância dos direitos prestacionais nesse contexto, uma vez que o direito defendido por esta tese é um direito derivado dele, mas com características de direito de defesa (de primeira geração).

Assim, a compreensão da distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações vai ajudar a melhor entender o direito de acesso dos homossexuais aos serviços de reprodução humana assistida ofertados pelo SUS, que passa pela análise necessária de uma distinção entre os direitos prestacionais e os direitos derivados a prestações. Esse entendimento deve ser construído por meio do esclarecimento da fundamentação do direito à prestação no Estado Social de Direito, até porque, essa compreensão ajudará a justificar a própria existência da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

A teoria dos *status* construída por Georg Jellinek (1851 – 1911) possui grande relevância como fundamento dos direitos fundamentais e ajudará na compreensão do fundamento do acesso dos homossexuais aos serviços de reprodução humana assistida ofertados pelo SUS, à medida que aponta a diferença entre os direitos de defesa e os direitos a prestações¹⁵³.

¹⁵³ Diante da evolução do quadro jurídico-constitucional, que apresentou cenários que não mais correspondem ao ambiente e à época em que foi formulada a teoria de Jellinek, começaram a surgir críticas e propostas complementares à proposta apresentada com o objetivo de adaptar a teoria aos novos papéis atribuídos aos direitos fundamentais. Ingo Sarlet assinala algumas das observações que considera mais importantes, alertando para uma releitura do *status negativus (status libertatis)*, na medida em que não mais se concebe a sujeição das liberdades individuais à lei formal sem considerar os preceitos constitucionais, especialmente os de direitos fundamentais. É assim que surge o *status negativo* dos direitos fundamentais, “no qual a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais, em outras palavras, em que as liberdades e os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador¹⁵³”. O autor também aponta a releitura do *status activus*, que passa a albergar o *status activus processualis* de Peter Häberle, relacionado à dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, além do “reconhecimento de um *status positivus socialis*, expressão da consagração dos direitos

O ponto central da teoria de Jellinek é a relação do indivíduo com o Estado por meio de direitos e deveres, situação que vai gerar 4 (quatro) espécies de situações jurídicas ou *status*: o *status* passivo (*status subjectionis*); o *status negativus*; o *status positivus* (ou *status civitatis*) e o *status activus*. O *status* passivo (*status subjectionis*) revela o sujeito-súdito em razão de sua sujeição ao Estado, possuindo deveres (e não de direitos). Aqui, o Estado vai expedir normas veiculadoras de todos os indivíduos por meio de mandamentos e proibições. O *status negativus* é produto de avanços no sistema jurídico que vão conceder aos indivíduos direitos de liberdade perante o Estado, que deve atuar dentro da legalidade. Tais direitos somente se apresentam na órbita negativa, consistente em impedir que o Estado adentre na órbita de liberdade individual, que passa a ser o limite do poder estatal. Assim, o Estado, antes poderoso e absolutista, agora, somente pode obrigar o indivíduo a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Por sua vez, o *status positivus* (ou *status civitatis*) consiste em assegurar aos indivíduos a possibilidade de usufruírem e exigirem ações estatais positivas, a exemplo dos direitos sociais (saúde, educação, previdência etc) e da criação de meios jurídicos que lhe garantam suas inúmeras pretensões. Já o *status activus* consiste em atribuir ao cidadão possibilidades de participação na formação da vontade estatal, como é o exemplo do direito ao sufrágio¹⁵⁴.

À vista disso, para os objetivos perseguidos por esta pesquisa, importante focar em 2 (dois) *status* dessa teoria: o *status negativus* e o *status positivus*.

O *status negativus* consiste no exercício dos direitos clássicos que envolvem uma exigência de omissão do Estado no sentido de buscar a liberdade e a igualdade formal entre os cidadãos. Assim, exige-se remoções de entraves, um não-fazer, uma omissão estatal a fim de realizar a igualdade e a liberdade.

Já o *status positivus* consiste na função de prestação social, que é verificada quando o Estado fornece ao indivíduo serviços como saúde, educação, segurança e serviços de reprodução humana assistida, facultando ao indivíduo socorrer-se ao mercado privado caso tenha recursos suficientes para tanto. Canotilho ainda identifica 3 (três) núcleos problemáticos centrais associados a essa função: o problema dos direitos sociais originários, o problema dos direitos sociais derivados e o problema das políticas sociais ativas. A primeira problemática (dos direitos sociais originários) consiste em questionar se os indivíduos podem colher, diretamente das normas constitucionais, direitos imediatamente usufruíveis, como moradia e

sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional (...)" SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 158-159.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254-269.

educação. A segunda problemática (dos direitos sociais derivados) questiona a possibilidade de exigir do legislador a expedição de normas concretizadoras dos direitos sociais, bem como no direito de exigir igual participação nas prestações sociais já criadas. E a terceira problemática (das políticas sociais ativas) debate a possibilidade de os direitos fundamentais sociais vincularem os poderes públicos no sentido de criar políticas públicas e instituições promovedoras de direitos sociais¹⁵⁵.

De toda forma, encontram-se, na doutrina, diversas formas de classificar os direitos fundamentais. A maioria dessas classificações procura tomar por base a teoria dos quatro *status* de Jellinek e/ou a divisão retratada nas gerações de direitos fundamentais criada por Karel Vasak.

Tais divisões não são isentas de problemas metodológicos constatados em análises de situações pontuais que mostram que alguns direitos sociais assumem funções de verdadeiros direitos de defesa e vice-versa. Além disso, a classificação tecida em torno das gerações não concede visões diversificadas no que diz respeito às funções e à força jurídica dos direitos fundamentais de cada espécie.

De uma maneira geral, há um esforço dos doutrinadores brasileiros em resolver esses problemas, buscando classificações no intuito de melhor retratar os diversos direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira. Nesse panorama, a classificação elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁶ é, na visão desta pesquisa, a mais adequada para a busca de respostas mais adequadas cientificamente. O autor, que parte da teoria do status de Jellinek, classifica os direitos fundamentais partindo de 2 (duas) vertentes: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa, na proposta de Sarlet, desdobra-se em 4 (quatro) subdivisões: a) os direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição de 1988 no âmbito dos direitos de defesa; b) os direitos fundamentais sociais como direitos de defesa; c) os direitos de defesa e os direitos fundamentais da nacionalidade e da cidadania; d) as garantias fundamentais na Constituição de 1988 (os direitos-garantia e as garantias institucionais).

Já os direitos fundamentais como direitos a prestações possuem 2 (duas) subdivisões: a) direitos a prestações sem sentido amplo, que se desdobra em duas vertentes: direitos à proteção

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408-409.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167-207.

e direitos à participação na organização e procedimento; b) direitos a prestações em sentido estrito.

Essa classificação não impede que alguns direitos, pela sua própria natureza, possuam uma série de posições jurídicas que podem enquadrá-los em várias categorias, como é o exemplo do direito ao meio ambiente¹⁵⁷.

4.1.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa

Os direitos fundamentais como direitos de defesa são direitos que outorgam ao indivíduo inúmeros direitos subjetivos aptos a protegê-lo da ingerência estatal na esfera de sua liberdade e autonomia pessoal. De acordo com os ensinamentos de Gomes Canotilho, tais direitos fundamentais desempenham o papel de defender os direitos dos indivíduos sob um duplo aspecto: (1) compõem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para o Estado, proibindo ingerências na esfera jurídico-individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, no poder do cidadão de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva), podendo exigir omissões do Estado a fim de evitar invasões arbitrárias (liberdade negativa)¹⁵⁸.

Salutar advertir que o surgimento dos direitos fundamentais como direitos de defesa não ocorreu para pôr fim à ingerência estatal na vida dos indivíduos, mas sim, para regular essa intervenção, por meio da lei e da constituição, dando ênfase à liberdade. Eles são os clássicos direitos de primeira geração, consolidados no final do século XVIII e que se apresentam sob diversos aspectos, mas sempre tendo por ponto em comum a exigência de omissão estatal a fim de remover alguma arbitrariedade.

Na busca pelos direitos que integram essa vertente, não pairam dúvidas de que fazem parte de seu conjunto os clássicos direitos de liberdade e de igualdade de primeira geração, assim como o direito à vida, à liberdade, à manifestação do pensamento, os direitos que

¹⁵⁷ “Um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou ‘direito fundamental completo’. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática)”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 443.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

garantam a livre manifestação da personalidade etc. Esse conjunto vai bem mais além, abrangendo todas as situações jurídicas de proteção dos direitos fundamentais contra a ingerência provinda dos poderes públicos ou dos particulares. Interessante destacar que nessa categoria também se enquadram parte dos direitos sociais, como a liberdade de associação sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º).

Importante pontuar que essa classificação também alberga certos direitos que surgem diante de ações pontuais que, às vezes, podem ser confundidas com omissões. É o caso de o Poder Público excluir arbitrariamente determinadas categorias de prestações sociais já disponibilizadas.

4.1.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações

Após a conquista das liberdades decorrentes das revoluções constitucionalistas do final do século XVIII, percebeu-se a que manutenção da liberdade do indivíduo dependia muito de uma postura ativa do Estado, uma vez que direitos básicos dos indivíduos estavam sendo ceifados em meio às relações privadas tendentes a privilegiar aqueles que detinham maior poder econômico. Assim, conforme aponta Sarlet, surgem dos direitos sociais, que partem da “premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos¹⁵⁹”.

Assim, com a demonstração da insuficiência do Estado Liberal em resolver as demandas da sociedade como um todo, houve um reposicionamento do Estado em diversos ordenamentos constitucionais para a busca de uma efetiva igualdade material entre as partes na sociedade. Tal fenômeno acontece no início do século XX, época que vão aparecer, nas constituições, os chamados direitos prestacionais, que recomendam uma postura ativa do Estado.

Como direitos a prestações, pode-se enquadrar uma boa parte dos direitos sociais (direito à educação, à saúde, ao salário mínimo etc.), o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário, o acesso à Justiça, a assistência jurídica integral e gratuita etc¹⁶⁰.

Portanto, é aqui que se enquadram os direitos prestacionais que se instrumentalizam, em grande parte, por meio das políticas públicas¹⁶¹. De acordo com os ensinamentos de Robert

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 185.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ A dimensão prestacional dos direitos fundamentais não corresponde em totalidade aos direitos sociais, visto que existem muitos desses não necessitam de prestações positivas por parte do Estado, mais se enquadrando no *status negativus socialis*, como são os exemplos dos direitos de greve, de liberdade sindical e de outros que podem ser encaixados nos direitos de defesa.

Alexy, todo direito a uma ação positiva do Estado é um direito a prestação. Segundo o professor, os direitos a prestações abarcam tanto aquelas ações estatais que visam a proteger o indivíduo contra o arbítrio de terceiros por meio de normas de direito penal, por exemplo, como o estabelecimento de normas organizacionais ou procedimentais e até mesmo prestações em dinheiro¹⁶². São direitos vinculados ao Estado Social, à solidariedade e a ideia de redistribuição de riqueza, que visam a busca de uma efetiva igualdade material.

Destaque-se que os direitos a prestações estão, na maioria das vezes, associados a uma prestação que o sujeito poderia conseguir da iniciativa privada caso dispusesse de recursos financeiros para tanto (direitos a prestações em sentido estrito). Todavia, pode se estender essa categoria para albergar também os direitos a prestações normativas (proteção por meio de normas penais) e a criação de normas organizacionais e procedimentais.

Na linha do abordado na presente pesquisa, é justamente pelos direitos prestacionais que o Estado brasileiro colhe fundamento para a instituição da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, que vai prestar serviços às pessoas inférteis que não possuem dinheiro para custear os serviços na esfera privada, promovendo, assim, não somente o princípio da igualdade, mas também a dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional prestacional.

4.2 A problematização da proposta no Estado constitucional prestacional

Conforme foi visto no capítulo antecedente, o direito à diferença, contido no princípio da igualdade, serve de amparo para justificar o direito dos homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, a terem filhos naturais.

Neste capítulo, pretende-se analisar o contexto de políticas públicas que podem ajudar esses indivíduos a alcançar a realização desse direito dentro do panorama do Estado Social, que nasceu com o objetivo de realizar o próprio princípio da igualdade. Ademais, é justamente a proximidade do surgimento do Estado Social do surgimento do neoconstitucionalismo, que irá fazer surgir as políticas públicas voltadas para a promoção dos direitos fundamentais.

Com efeito, para melhor justificar o fundamento dessa evolução, necessário fazer uma breve análise da vinculação do Estado Social à igualdade material e às prestações positivas por meio de políticas públicas, uma vez que é justamente por esse caminho que irá se chegar à conclusão final da presente investigação, que problematiza a impossibilidade de acesso dos homossexuais a uma política pública já criada pelo Estado brasileiro. Por isso que, insiste-se

¹⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

que é necessário entender melhor o significado dos direitos de defesa, dos direitos a prestações e dos próprios direitos derivados a prestações no contexto do Estado Social.

O Estado Liberal de direito surgiu diante da necessidade da burguesia de conter as tradições jurídicas absolutistas do *ancien régime*, elevando o império da lei como uma maneira de contenção de abusos. É nessa época, que a Administração Pública e os juízes passaram a ser subordinados ao princípio da legalidade, ficando proibida quaisquer decisões contrárias à lei.

Sob a influência de doutrinas jusnaturalistas do século XVI, os processos revolucionários do século XVIII surgiram para limitar a atuação do Estado na esfera da liberdade das pessoas, conferindo aos indivíduos uma posição jurídica que lhes permitem utilizar meios processuais para a defesa de sua esfera de liberdade, constituindo os direitos de primeira geração. Surgidos no bojo da Revolução Francesa, os direitos de liberdade deram uma importante base ao surgimento do constitucionalismo moderno¹⁶³, marcando o reconhecimento do *status* constitucional material e formal dos direitos fundamentais¹⁶⁴.

Então, o Estado de Direito moderno nasce na forma de Estado Legislativo de Direito, onde o princípio da legalidade apresenta-se como critério exclusivo de identificação de um direito válido desprovido de critérios de justiça¹⁶⁵. É nessa época, que se instala o monopólio estatal da produção jurídica.

Assim, os direitos de primeira geração correspondem às liberdades públicas dos cidadãos franceses, proclamadas na Declaração Francesa de 1789¹⁶⁶, englobando o direito à vida, à segurança, à propriedade, à liberdade, os direitos políticos, bem como os direitos fundamentais constitucionais da Declaração de Direitos do Povo de Virgínia, de 1776¹⁶⁷, entre outros.

No decorrer do século XIX, uma série de fatores, como as desigualdades sociais no âmbito da crescente industrialização, o surgimento de doutrinas socialistas e a constatação de que o estabelecimento formal da liberdade e da igualdade não garantia a materialização dos

¹⁶³ Essa foi a época em que surgiram as Constituições nos moldes atuais, porém, vale destacar que a primeira vez em que se ouve falar em Constituição foi por volta dos anos 432 a 404 a.c. no discurso fúnebre de Péricles na guerra do Peloponeso, que homenageou os soldados atenienses mortos na guerra.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Neconstitucionalismos(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 16.

¹⁶⁶ As declarações de direitos eram de tradição inglesa, mas só passaram a ter conotação universal com o advento da Constituição francesa de 1789, proclamada numa época marcada pela transição dos direitos do homem sob um anterior prisma filosófico para um caráter jurídico.

¹⁶⁷ Válido frisar que a Constituição Americana de 1787 não trouxe declaração de direitos em seu texto, reportando-se somente à organização do Estado. A Carta de Declaração americana de direitos só veio a surgir quatro anos após, em 1791, com a promulgação das dez primeiras emendas à Constituição.

direitos, fez com que o Estado fosse convocado para atuar de modo positivo na realização da justiça social.

Dessa forma, o Estado omissivo de outrora, que tinha somente a obrigação de não invadir a esfera privada dos cidadãos, respeitando suas liberdades, vê-se num contexto bem diferente, em que é obrigado a agir em benefício do social. Em suma: os direitos sociais, econômicos e culturais surgiram em benefício dos desiguais, mais especificamente dos socialmente excluídos. Então, o Estado é convocado, desta feita, para intervir positivamente no sentido de combater as distorções e apregoar o valor da igualdade entre os homens. Surgem, então, os direitos sociais, que apareceram, de forma sistemática, em nível constitucional, primeiramente, na Constituição mexicana de 1917 e consagrando-se com a Constituição de Weimar de 1919.

Mônica Aguiar ressalta que a teoria dos direitos fundamentais do Estado Social possui origem na burguesia liberal, não concebendo o indivíduo como um sujeito isolado, mas sim, como um integrante ativo de uma sociedade plural. Nesse cenário, amplia-se o rol de direitos fundamentais para incluir os direitos de cunho econômico, social e cultural com ênfase na redistribuição de riquezas e na igualdade material¹⁶⁸.

Importante pontuar que os direitos surgidos nessa fase, que se convencionou chamar de direitos de segunda geração, não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as chamadas “liberdades sociais”, como as liberdades de sindicalização e de greve, bem como os direitos dos trabalhadores, como férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho etc¹⁶⁹.

Nessa época, no Brasil, sucessivos movimentos revolucionários culminaram na Revolução de 1930, que conduziram Getúlio Vargas ao poder em 03 de novembro de 1930. Essa Revolução foi um movimento armado formado pela *Aliança Liberal*, que envolvia os Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul¹⁷⁰. Diante disso, e devido a uma combinação de fatores, a Revolução de 1930 conseguiu retirar Washington Luís do poder, impedir a posse de Júlio Prestes e conduzir Getúlio Vargas à Presidência da República¹⁷¹.

¹⁶⁸ SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 86-87.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

¹⁷⁰ Importante destacar que a participação de Minas Gerais na Revolução deu-se especialmente pela quebra da “política do café-com-leite” por parte de São Paulo, que pretendia preterir a vez de Minas Gerais na indicação do Presidente da República ao querer indicar o paulista Júlio Prestes para a sucessão do também paulista Washington Luís.

¹⁷¹ É importante deixar frisado que, em seu panorama completo, essa Revolução é um movimento de oligarquias oposicionistas contra oligarquias dominantes, mas que teve o mérito de enfraquecer o poder dos coronéis por meio de inúmeras medidas que seriam tomadas posteriormente pelo Governo Federal. Tais medidas são de importância histórica superlativa, especialmente para o constitucionalismo brasileiro, uma vez que culminaram com a

Em consequência desse contexto, rompendo com a tradição liberal anterior, a Constituição de 1934 vai caracterizar-se por um perfil mais pluralista, com a introdução de inúmeros direitos sociais e econômicos, que visam atribuir ao Estado uma função mais pró-ativa com o objetivo de diminuir as desigualdades entre patrão e trabalhador, bem como atuar como agente regulador da saúde econômica do país.

À vista disso, a partir desse momento, o papel do Estado brasileiro começa a adquirir capilaridade no sentido de conceder prestações positivas aos cidadãos, especialmente para promover o princípio da igualdade material, profundamente desprezado pelo Estado Liberal. Nesse passo, o mundo começa a sentir mudanças significativas no constitucionalismo, que vai sofrer uma virada metodológica profunda, acarretando um reposicionamento das constituições nos ordenamentos jurídicos.

Em nível mundial, especialmente na Europa, a partir da década de 40, devido às barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial, houve uma rediscussão entre os países vencedores a respeito da importância do direito como um instrumento de valorização da dignidade da pessoa humana, postulado até então somente estudado dentro da filosofia. Nesse caminho, para tentar superar essas dificuldades, passou-se a acreditar que o reconhecimento da supremacia material e axiológica da constituição, contendo expressamente os direitos da pessoa humana, poderia levar a um redirecionamento do papel dos Estados na proteção da pessoa humana¹⁷².

Com efeito, diante da insuficiência do jusnaturalismo e do positivismo jurídico em trabalhar com as múltiplas dimensões da ciência jurídica (normativa, fática e valorativa), surgem propostas de reformulação de teorias jurídicas na busca da legitimidade do direito. Aparece então o pós-positivismo, que procura reconstruir os laços entre o direito e a moral, para

construção de um novo tipo de Estado no Brasil: o Estado Social. Ao retratar esse momento histórico, José Afonso da Silva relata que “essas mudanças estavam estabelecidas no programa da Aliança Liberal, que baseou sua campanha na necessidade de reformas políticas: instituição do voto secreto, anistia política, criação de leis trabalhistas para regulamentar a jornada de trabalho e outras voltadas para a assistência ao trabalhador”. Ademais, há outros fatores de enfraquecimento do coronelismo, como a crescente industrialização e urbanização, a destituição dos Presidentes dos Estados-membros e Executivos municipais (onde destacavam-se as influências dos coronéis), o fechamento dos Legislativos de todas as esferas federativas e a consequente centralização de poder nas mãos do Governo Federal. SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 351.

¹⁷² Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a humanidade vai conhecer a concepção contemporânea de direitos humanos, com ligações entre o direito e a dignidade da pessoa humana. Esse diploma oportunizou a elaboração de muitas outras declarações subsequentes, como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em 1979, ratificada pelo Brasil em 1984, possibilitando a incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro de muitas leis e políticas compensatórias que visam aliviar a distinção social e física entre homens e mulheres. A Convenção da mulher também deu importante contribuição ao assegurar, em seu art. 12, o acesso à saúde visando ao planejamento familiar, por meio de cuidados médicos.

aproximar o direito da realidade social e da justiça¹⁷³. Portanto, é o pós-positivismo jurídico que vai conceder relevância aos princípios, procurando uma aproximação entre os valores e as regras. Deveras, é de se concluir que esse panorama retrata uma quebra de paradigma da ciência.

Ao delimitar a contribuição do pós-positivismo, Ricardo Maurício aponta para os seguintes pontos: a) o delineamento de uma nova hermenêutica jurídica; b) a transição do pensamento sistemático para o pensamento tópico; c) a desformalização da lógica jurídica; e d) a valorização da principiologia jurídica. Além disso, o autor acrescenta que o pós-positivismo, que tem como uma de suas características a normatividade dos princípios, oferece uma metodologia mais apropriada aos sistemas jurídicos contemporâneos, “a fim de harmonizar legalidade com legitimidade e reafirmar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social¹⁷⁴”.

Nesse cenário, surge o neoconstitucionalismo, que provocou mudança na interpretação constitucional e nos textos das constituições do pós-guerra, que passaram a incorporar valores, como a dignidade da pessoa humana e opções políticas fundamentais. Mas, de fato, um dos pontos centrais do novo cenário é a normatividade dos princípios (que se diferenciam ontologicamente das regras), que passam da categoria de meros instrumentos de interpretação da norma positiva para a categoria de verdadeiras normas, podendo ter aplicação direta nas relações jurídicas.

Com o advento do desse novo contexto constitucional, houve mudança de paradigma nas condições de validade das leis que, agora, não mais dependem somente das suas formas de produção, mas também da coerência de seus conteúdos com as constituições rígidas.

Então, é justamente nessa fase do constitucionalismo que duas transformações históricas vão entrar em harmonia: o surgimento do Estado Social prestacional e a valorização dos direitos fundamentais no contexto do neoconstitucionalismo. Essa confluência vai resultar no surgimento de prestações estatais justamente para atender aos direitos fundamentais.

¹⁷³ Na visão de Luis Prieto Sanchis, a crise do direito positivista é resultado, não somente da existência de uma norma superior, mas também de fenômenos conexos, como o processo de unidade europeia, a revitalização das fontes sociais do direito, a perda ou deterioração das condições de racionalidade legislativa, como a generalidade e abstração, entre outras. De acordo com o autor, esse novo panorama está impulsionando uma nova teoria do direito, cujas características mais importantes são: 1) mais princípios do que regras; 2) mais ponderação do que subsunção; 3) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços vazios a espera da opção legislativa regulamentária; 4) onipresença judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; 5) coexistência de uma constelação plural de valores e, por vezes, contraditórios. SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 131.

¹⁷⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

Assim, é justamente a combinação da evolução do Estado Social aliado a essa evolução do constitucionalismo, que surgem as políticas públicas que prestam serviços à população, tendo por norte os direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse contexto, começa o Estado a agir positivamente para prestar serviços sociais à população, como saúde, educação e previdência, sendo esse panorama decorrente da própria busca pela efetividade dos direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico, de modo que, reconhecido um direito de cunho prestacional, cabe ao Estado oportunizar os meios de acesso.

Portanto, o Estado Constitucional Prestacional é justamente aquele oriundo desse cenário, tendo por função conceder prestações positivas para a promoção dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

4.3 As políticas públicas no Estado Social

Com o advento do Estado Social, a evolução das funções estatais mostra que se atingiu um estágio em que o Estado é chamado para conceder diversas prestações positivas em benefício dos cidadãos. Essa atual função prestacional, como vimos, decorreu de uma série de fatores políticos, econômicos, filosóficos e culturais que, numa combinação de fatores, resultou no arcabouço administrativo voltado para a prestação dos mais diversos serviços públicos. Nesse caminhar, quando o Poder Público resolve prestar serviços à comunidade, elege como vertente os direitos fundamentais para a formulação de escolhas que irão buscar a efetividade desses direitos, realizando, assim, a própria força normativa da constituição.

Assim, a forma eleita pelo Estado para melhor distribuir as prestações estatais positivas de maneira mais isonômica possível foi a elaboração de políticas públicas de acordo com as normas constitucionais e legais, e com uma parcela de discricionariedade administrativa. E mais: essa é uma das características básicas do Estado Constitucional prestacional. Sobre a temática, aponta Fábio Konder Comparato que “uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública¹⁷⁵”.

Consoante assenta Leonel Pires Ohlweiler, as políticas públicas decorrem da ideia da intervenção estatal com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico, social, cultural e político por meio de ações planejadas democraticamente, adicionando que não só os direitos

¹⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

sociais são prestados por meio das políticas públicas, mas também todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de defesa (primeira geração) na busca da efetividade dos direitos como a liberdade, a segurança e a propriedade¹⁷⁶.

Nesse panorama, o método de interpretação constitucional normativo-estruturante aponta um bom caminho para a construção de políticas públicas tendentes a atender a determinados problemas no seio social. É importante pontuar que o intérprete da norma constitucional também é o Poder Público, que deve se voltar à solução de determinados problemas práticos, preocupando-se com a estrutura da norma (programa normativo), bem como com os processos de concretização jurídicas (domínio normativo), não se podendo separar o programa normativo da realidade social.

Friedrich Müller é o sistematizador do método normativo-estruturante e criador da expressão “domínio da norma”. Nesse contexto, o “domínio da norma” corresponde ao segmento da realidade social “escolhido” pela própria norma ou criado parcialmente como seu âmbito de regulação. Desse cenário, decorre que “as estruturas materiais previamente dadas do <domínio da norma> são, de facto, critérios objetivos de interpretação¹⁷⁷”. Assim, a estrutura concedida pela norma constitucional do planejamento familiar, aliado à lei que a regula, que prescreve que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, a assistência à concepção (art. 3º, I, Lei nº 9.263/96), são estruturas materiais previamente dadas do domínio da norma. Sob esse prisma, a norma não compreende apenas o texto, mas também o domínio normativo (pedaço da realidade social). Assim, o texto, que é apenas a “*ponta do iceberg*”, evidenciará a norma jurídica por meio de um processo de concretização. Como ressalta o autor, a *metódica estruturante* vai analisar “as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. (...) Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções públicas¹⁷⁸”.

Conforme leciona Gomes Canotilho, a *concretização normativa* considerará e trabalhará com dois elementos de concretização: a) o primeiro formado pelos dados que resultam da interpretação do enunciado da norma (= elemento literal da doutrina clássica); b) e

¹⁷⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 291-292.

¹⁷⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 470-471.

¹⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

o segundo formado diante da concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)¹⁷⁹.

Essa linha de entendimento é também abordada por Bernardo Gonçalves Fernandes, ao tratar da metódica jurídica normativo-estruturante:

(...) a norma jurídica resulta da união entre o programa normativo e o âmbito (campo) normativo. Desse processo surge a norma jurídica e posteriormente a norma-decisão (resultado final do processo: norma concretizada que decide o caso). Por isso mesmo, Müller dirá que a normatividade não é produzida pelo texto (o texto seria apenas a forma da lei atuando como diretriz e limite para uma determinada concretização), mas resulta de dados (um conjunto) extralinguísticos de tipo estatal-social. Assim sendo, não é o teor literal do texto de uma norma que é capaz de regulamentar o caso concreto, mas, antes, o órgão governamental – seja legislativo, seja administrativo, seja judiciário -, que ao publicar a decisão implementa a mesma (decisão) no caso, concretizando a norma¹⁸⁰.

É justamente nesse contexto, que surgirá a concretização da norma com a atitude do Poder Público em instituir a política pública (que é a norma decisão) para atender ao direito extraído do art. 226, § 7º da Constituição Federal e da art. 3º, I, Lei nº 9.263/96 (Lei do planejamento familiar).

Com efeito, é exigível do Estado a criação de políticas públicas para atender ao direito fundamental ao planejamento familiar, que deve ser concretizado em meio a influxos normativos que oportunizam aos casais inférteis terem seus filhos naturais.

É justamente por isso que o Estado brasileiro criou a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida para promover esse direito fundamental sem que se possa haver qualquer tipo de tratamento discriminatório.

Ademais, na linha dos ensinamentos de Paulo Roberto Barbosa Ramos, o reconhecimento de certos direitos fundamentais e a manutenção de cada conquista é função própria do constitucionalismo, que permite o uso, inclusive, do controle de constitucionalidade tendo em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais. Destarte, conforme leciona o autor, “parece correta a observação de Ferrajoli de que nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social (...)”¹⁸¹.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213.

¹⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 190-191.

¹⁸¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.143, 1999, p. 314.

4.4 Grave contradição: violação do princípio da isonomia no Estado Social

Conforme se observa, o Estado Social, que possui como uma de suas características a elaboração de políticas públicas prestacionais, nasceu com o objetivo de buscar a promoção do princípio da igualdade na sociedade.

A ideia de igualdade entre os homens partiu da religião e da filosofia para adentrar ao direito somente no século XVIII, com o objetivo de pôr fim aos privilégios de classe do *ancien régime* francês e instaurar um regime de liberdades individuais. Surge, então, o Estado Moderno de índole liberal e o próprio constitucionalismo moderno, como contribuições históricas significativas para a humanidade.

É nessa época, que a Administração Pública e os juízes estão totalmente subordinados ao princípio da legalidade, ficando proibida quaisquer decisões contrárias à lei (cível, preocupada com a liberdade), independentemente de qualquer norma constitucional. Imperava, assim, o princípio da igualdade formal, que tinha por destinatário o legislador, ou seja, pela própria força imperativa do Estado Legislativo, somente à lei cabia a palavra final em questões de tratamento igual ou desigual, daí os termos “igualdade formal” ou “igualdade na lei”. Assim, não caberia ao Poder Judiciário questionar eventuais tratamentos desiguais impostos pela lei.

Igualmente, nesse Estado Liberal, o Poder Público jamais poderia interferir nos contratos estipulados entre as partes, nem mesmo para realizar ponderações sobre vulnerabilidades. Isso ficava bem claro diante da ausência de leis formais trabalhistas, fazendo com que o empregado se sujeitasse às regras contratuais impostas pelos donos das indústrias caso quisesse dispor de meios para sua própria sobrevivência. Nesse contexto, a excessiva jornada diária de trabalho (que durava entre 14 a 16 horas para homens e mulheres; e 10 a 12 horas para crianças), a ausência de férias e os baixíssimos salários empurravam para a miséria a vida dos trabalhadores das grandes fábricas.

O advento da Revolução Industrial, nos fins do século XVIII e início do século XIX, transformou, de forma substancial, a vida da população. Todavia, o novo maquinário e a expansão dos novos mercados vieram a atribuir maior concentração de riqueza nas mãos de poucos, construindo um enorme cenário de exploração e disciplina de corpos e das mentes da grande maioria da população urbana.

Como ressalta Arnaldo Sússekind, a igualdade jurídico-política dos cidadãos buscada pela Revolução Francesa apregoava o respeito absoluto à autonomia pela vontade, afastando o Estado das relações contratuais, fazendo consagrar o liberalismo econômico apregoado pelos fisiocratas, que apregoavam ideais, fundados basicamente nas teorias de Adam Smith, que

foram executados na prática e acarretaram um trágico resultado sob o ponto de vista social¹⁸².

Nesse panorama, notou-se que a efetiva igualdade real entre as pessoas era requisito essencial para o exercício da própria liberdade.

É nesse contexto que se abandonou a ideia exclusiva da igualdade meramente formal (igualdade *na lei*), cujo único destinatário era o legislador, para também abraçar a igualdade material, fazendo com que o legislador constituinte originário de 1988 declarasse que todos são iguais *perante a lei*¹⁸³.

À luz da igualdade material, no plano coletivo, o que o direito tenta fazer é selecionar grupos que se identificam por um determinado padrão (mulheres, pessoas com deficiência, negros, índios, homossexuais¹⁸⁴, adeptos de uma determinada religião etc.), para, a partir disso, apontar fatores de desigualação com outros grupos, para acusar eventuais quebras do princípio da isonomia.

Diante dessa conjuntura, o Estado Social deve tomar medidas de promoção da igualdade material, não sendo razoável qualquer medida que exclua arbitrariamente determinados grupos das prestações sociais. Assim, ao instituir a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, que, por se enquadrar na categoria das prestações sociais positivas consubstancia-se em característica do Estado Social, não pode o Poder Público desprezar as próprias bases jurídicas que justificam a existência do programa, ou seja, o princípio da igualdade.

À vista disso, constatada a existência de um direito subjetivo de acesso às técnicas de reprodução humana assistida por parte dos homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, verifica-se tratamento arbitrário e discriminatório na atitude do Poder Público em não oportunizar meios para que tais pessoas também façam parte do conjunto dos beneficiários da política já instalada pelo SUS.

Outro aspecto a se destacar é que a dificuldade da inclusão dos homossexuais é árdua porque, na linha dos estudos desta investigação, eles não podem ser enquadrados como pessoas

¹⁸² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 08.

¹⁸³ O próprio Supremo Tribunal Federal deixa claro que o princípio da igualdade deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. Na linha do voto conduzido por Celso de Mello, “a igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. (...) A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade¹⁸³”.

¹⁸⁴ A Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

com algum problema de saúde, pois se trata de uma escolha em não corromper sua orientação sexual com parceiros do sexo oposto, sendo necessário construir pontes jurídicas para encontrar fundamentação adequada para justificar o acesso ao programa. Todavia, conforme se verificou, o direito de acesso dessas pessoas às técnicas fornecidas pelo SUS não tem por fundamento o direito à saúde, mais sim, o direito à diferença.

Nesse mister, o direito à diferença é um substrato do princípio da igualdade, que não permite tratamento discriminatório, principalmente, quando se trata de distribuição de políticas públicas.

Assim, a Política Nacional de Reprodução Assistida está contaminada pelo vício da inconstitucionalidade por *ação parcial*, que se apresenta, entre outras, por meio de um vertente denominada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*. A situação ocorre quando uma norma beneficia um determinado grupo e não abriga outro que se encontra em situação idêntica. Sobre o tema, é importante verificar as palavras de Gilmar Mendes:

O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*). A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada "*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*" (*willkürlicher Begünstigungsausschluss*).

Tem-se uma "*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*" se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; a *exclusão de benefícios* é explícita se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos¹⁸⁵.

No caso em debate, vislumbra-se que não existe *razão suficiente* para a norma não beneficiar os casais homossexuais, o que faz o caso entrar em sintonia com os ensinamentos de Robert Alexy, que apregoa que “uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela¹⁸⁶”, adicionando que impõe-se a “necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual¹⁸⁷”.

Portanto, uma vez que não há razão suficiente para excluir os homossexuais, a inclusão desse grupo na Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida é

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 407-408.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 408

obrigatória. Ademais, ainda que se levante a possibilidade da adoção como melhor caminho nessa situação, em meio a um contexto de enorme quantidade de crianças desamparadas no Brasil, subsiste o direito de acesso às técnicas devido ao direito à diferença, que legitima o desejo de fornecer material biológico próprio para a concepção¹⁸⁸, uma vez que esse direito subjetivo ampara a intenção do casal homossexual de ter direito a ter filhos naturais.

Conforme Ana Lúcia Tiziano Sequeira, o princípio da igualdade, tendo por base o acesso a prestações já implementadas pelo Poder Público, especialmente aquelas relacionadas a decisões reprodutivas é um ideal a ser conquistado, pois “na atualidade, as respostas governamentais a determinados problemas e demandas de grupos específicos no campo dos direitos reprodutivos revelam que é árduo o caminho para a concretização desse princípio¹⁸⁹”. A autora, que tratou, de forma ampla, dos serviços de reprodução humana assistida pelo SUS, destacou que as prestações dos serviços públicos de saúde relacionadas à atenção em reprodução humana assistida não podem ser direcionadas exclusivamente a grupos que tem características medicamente definidas, como inférteis e portadores de doenças infecto-contagiosas e genéticas. Nesse aspecto, a assimilação mais ampliada das necessidades de determinados indivíduos poderia estender a prestação dos serviços para outros grupos que, igualmente, necessitam recorrer a essas técnicas quando desejem filhos biológicos, como são os exemplos das pessoas sozinhas e homossexuais¹⁹⁰.

Mônica Aguiar lembra que os operadores do direito não podem ignorar a existência de relações homossexuais na sociedade, tendo o princípio da igualdade a função de não permitir tratamento discriminatório em virtude de orientação sexual diversa da predominante¹⁹¹.

Portanto, após o reconhecimento da existência da família homossexual no ordenamento constitucional brasileiro, não é mais possível conceder qualquer tratamento diferenciado em relação à família heterossexual, cabendo ao Estado assegurar a igualdade de oportunidades, “de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais¹⁹²”. À vista

¹⁸⁸ AGUIAR, Mônica Neves. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 102.

¹⁸⁹ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 26.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 27-28.

¹⁹¹ AGUIAR, Mônica Neves. Op. Cit., p. 88-90.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 66-67. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 09 mai. 2015.

disso, importante destacar passagem de decisão do Supremo Tribunal Federal que tratou da igualdade entre essas entidades familiares:

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia¹⁹³.

Nancy Fraser denomina de *política do reconhecimento*, aquela em que o objetivo “na sua forma mais plausível, é contribuir para um mundo amigo da diferença, onde a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito [...]”¹⁹⁴.

A autora aborda a questão da sexualidade desprezada, compreendida por meio da concepção weberiana de status, que nada mais é do que a posição social que a pessoa tem na sociedade, estando relacionada ao prestígio social¹⁹⁵. Nessa concepção, a distinção social entre heterossexuais e homossexuais tem por fundamento uma determinada ordem de status social, que conduz, através de padrões culturais, à heterossexualidade como natural e normativa, enquanto que a homossexualidade é tratada como perversa e desprezível, característica de pessoas desprezíveis aos quais falta reputação para a vida social e até mesmo o direito de existir. Nesse sentido, eis as palavras da autora:

Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que dela decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 68. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 09 mai. 2015.

¹⁹⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

¹⁹⁵ “Status é um conceito com vários significados, e muitos destes envolvem uma combinação de dois elementos bem diferentes. No primeiro, status se refere à estima ou desprezo, deferência ou depreciação concedida a indivíduos ou grupos percebidos como superiores ou inferiores. Nesse sentido, se refere às avaliações positivas e negativas feitas pelas pessoas sobre as outras e é sinônimo de prestígio. Como esse primeiro sentido parastatus diz respeito a um sentimento na mente das pessoas, remete a um aspecto especificamente simbólico da desigualdade. No segundo, status pode se referir também a posições na estrutura social, de um modo completamente independente de avaliações individuais de superioridade e inferioridade. Tal como nas escalas “puras” de status socioeconômico, por exemplo, construídas combinando uma série de atributos das ocupações (Nam e Terrie, 1982; Powers, 1982). Aqui, status se refere simplesmente a uma gradação de posições definidas a partir de recursos socioeconômicos. Da mesma forma, conceitos que indicam status jurídicos, como os de estado civil [marital status], dizem respeito a direitos e deveres de categorias sociais também de uma maneira que tem pouca relação com status no sentido de prestígio”. OLLIVIER, Michèle. **Status em sociedades pós-modernas**: a renovação de um conceito. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. n. 77. São Paulo 2009, p. 42.

e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento¹⁹⁶.

Portanto, não é dado ao Estado Social prestacional excluir os homossexuais de quaisquer políticas públicas prestadas à população, sob pena de subverter a própria lógica de sua existência e o próprio ordenamento constitucional.

¹⁹⁶ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173.

5. BIOÉTICA DA PROTEÇÃO: BASE BIOÉTICA ADEQUADA PARA A INCLUSÃO DO CASAL HOMOSSEXUAL

5.1 O abandono do princípio bioético da justiça na fundamentação do direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida para os homossexuais biologicamente férteis

Com o objetivo de levantar discussões éticas a respeito da possibilidade de inclusão dos casais homossexuais nos serviços públicos de reprodução humana assistida, recorre-se aos estudos da bioética para, no âmbito do próprio Ministério da Saúde, deflagrar uma reanálise da política já instituída com os profissionais da área médica e outros responsáveis por sua condução. Com efeito, é preciso alargar o âmbito de atuação da bioética para além da área médica, ou seja, para além das barreiras construídas pela bioética norte-americana, razão pela qual se utiliza a bioética da proteção que, para a presente pesquisa, é a mais adequada para o debate da exclusão do casal homossexual da política pública debatida neste trabalho. Outro aspecto a se destacar, é que a questão desse tratamento excludente em prejuízo dos homossexuais não está relacionada à área clínica, mas sim, a diversos fatores que englobam o conceito restrito de infertilidade e o próprio preconceito decorrente de orientações sexuais marginalizadas. É por isso que se utiliza uma vertente da bioética que se preocupa com questões sociais.

Lembra Darlei Dall’Agnol que a preocupação em tratar o ser vivo (e não apenas o ser humano) como um fim em si, estava presente em 1927, na primeira vez em que o termo bioética apareceu, por meio do teólogo alemão Fritz Jahr¹⁹⁷.

Também em 1971, quando Van R. Potter lançou seu famoso livro “Bioética: ponte para o futuro”, trouxe uma proposta ampla para a bioética e que ultrapassava a visão individual, levando ao debate o contexto social que abrigava a luta contra a pobreza, a defesa dos animais e do meio ambiente¹⁹⁸.

Todavia, logo em seguida, os cientistas do Instituto Kennedy da Universidade de Georgetown (Washington, D.C.) direcionaram a bioética para o campo específico da medicina e da biologia, seguido de um importante marco para a história da bioética: a publicação do livro

¹⁹⁷ DALL’AGNOL, Darlei. **Filosofia e bioética no debate público brasileiro**. Idéias - Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Unicamp. v. 1, n. 4 (2012), p. 96.

¹⁹⁸ FIGUEIREDO, Antônio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. **Bioética: uma crítica ao principialismo**. Derecho y Cambio Social. n. 17. Ano VI. La Molina. Lima, Peru, 2009, p. 02.

de Tom Beauchamp e James Childress, intitulado *Princípios de Ética Biomédica*, que trouxe a teoria principialista norte-americana para o centro das discussões mundiais, ao argumento de que estariam “profundamente enraizados nas tradições morais da civilização ocidental¹⁹⁹”. Assim, foram postos, no centro das discussões bioéticas, 4 (quatro) princípios: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. É nessa oportunidade que acontece um reducionismo temático ao direcionar os temas bioéticos para a área médica, inclusive, somente conduzindo a preocupação para os dilemas na área de saúde referentes a problemas enfrentados pelos norte-americanos²⁰⁰.

Sem dúvidas, é relevante a importância da teoria principialista norte-americana para a bioética mundial, uma vez que se percebe que foi por meio dela, que a bioética ganhou envergadura global. Porém, com a constatação de que a terapêutica tem limites na redução do problema das doenças da população, foi que se começou a analisar a relação entre a qualidade de vida e a saúde²⁰¹, e a partir disso, notou-se que a teoria principialista tinha limitações.

Com o passar do tempo, doutrinadores de países periféricos notaram que a condução da bioética mundial ainda estava sofrendo enorme influência norte-americana, não oferecendo soluções suficientes para atender a demandas relacionadas à saúde de países mais pobres, que, necessariamente, precisavam levantar a questão econômica e social, como fatores que influenciam na saúde humana e nos diversos dilemas que haviam sido abandonados pela bioética da década de 70.

Diante disso, a hegemonia desse modelo baseado no principialismo, resultado da compressão da bioética dos Estados Unidos no início da década de 70, vem perdendo paulatinamente sua força, uma vez que não consegue apresentar respostas satisfatórias para dificuldades de países com carências sociais que influenciam no bem-estar da população. Além disso, as questões éticas abordadas no principialismo relacionam-se muito com decisões particulares que envolvem pacientes individualmente, esquecendo-se de problemas como o saneamento básico e a exclusão social, que estão profundamente interligados com a saúde da população.

¹⁹⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 10.

²⁰⁰ O problema do acesso e a distribuição dos serviços de saúde não foram esquecidos pela bioética norte-americana, sendo presente na clássica obra de Beauchamp e Childress na oportunidade em que os autores discorrem sobre o princípio da justiça. Porém, a discussão gira em torno do acesso aos seguros saúde e não a serviços públicos universais, como é o modelo brasileiro. *Ibidem.*, p. 375-423.

²⁰¹ GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. A influência da reforma sanitária na construção das bioéticas brasileiras. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, n. 1, março, 2011, p. 720.

Peter Singer destaca que a moralidade também diz respeito ao abandono social dos mais pobres, sendo que o objetivo do juízo ético é orientar a prática, de forma que um postulado ético que não tenha reflexos práticos sofre obrigatoriamente de um defeito teórico²⁰².

Wildoberto Gurgel percebe que, na América Latina, encontram-se correntes que se fundamentam em padrões euro-americanos e modelos que se importam com uma ética da vida em sentido mais amplo, que se preocupam com a busca por alimentação, saneamento básico, dignidade, entre outras pautas que culminam na construção de uma “bioética da pobreza”²⁰³.

Diante desse contexto, a análise bioética da proteção leva em consideração vertentes latino-americanas da bioética, que estão em maior sintonia com a presente proposta, sendo mais próximas da realidade de países periféricos e mais adequadas aos problemas enfrentados pelo Brasil. Nesse prisma, vale dizer que a perda da hegemonia mundial da bioética principialista norte-americana (que pretendia ser universal) deve-se ao fato dessa faceta da bioética não ser perfeitamente adequada ao panorama brasileiro, pois a construção teórica do principialismo não leva em consideração a existência dos direitos sociais, não presta a devida relevância à situação de vulnerabilidade de grupos específicos e não trata da distribuição da saúde na esfera pública diante da obrigação do Estado em fazê-lo. Assim, a fragmentação da bioética deveu-se a preocupação com particularidades locais, que não são consideradas pela bioética principialista norte-americana. Deveras, é fácil perceber que, cada lugar possui suas particularidades e seus interesses, e é por isso que a bioética latino-americana é diferente da bioética anglo-saxônica e que é diferente da europeia²⁰⁴.

Dessa forma, percebe-se que a necessidade de que fosse respeitada a particularidade de cada lugar levou os países do hemisfério sul a lutar por uma bioética transformadora e preocupada com problemas sociais que trazem prejuízos à saúde da população dos países mais pobres. A partir dessa constatação, foi que surgiram algumas vertentes latino-americanas da bioética, com pautas parecidas e complementares, como é o caso da bioética da proteção, da bioética feminista e antirracista, da bioética da teologia da libertação e da bioética de intervenção, formando então uma “bioética social”, que tem granjeado bastante espaço²⁰⁵.

Registradas essas premissas, salutar explicar os motivos pelos quais a bioética da proteção alinha-se com a proposta da presente investigação.

²⁰² SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 18.

²⁰³ GURGEL, Wildoberto B. O que é mesmo Bioética? In: **Meio ambiente, Direito e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 592.

²⁰⁴ GARRAFA, Volnei. **Centro de Bioética**. 16 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Destaques&id=124>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

²⁰⁵ Idem.

Conforme se observa, no Brasil, é possível vislumbrar a construção de um direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida apoiando-se na vertente procriativa do planejamento familiar. Com efeito, o Estado brasileiro passou a executar prestações positivas para que se abram caminhos a fim de que as pessoas que se encontram nessa situação de vulnerabilidade possam ter seus filhos naturais. E é por isso que já existe uma política pública instituída e denominada “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida” (Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde), mas que carece de algumas considerações modificativas no sentido de alargar o leque de beneficiários.

Diante disso, é plenamente possível invocar a bioética da proteção para buscar a inclusão de valores éticos capazes de dar aos serviços de reprodução humana assistida pelo SUS uma maior reflexão moral, incluindo o debate político e plural. O caminho, por meio de políticas equânimes, passa por essa valorização, bem como pela tomada de decisão acerca da distribuição de recursos e oportunidades de acesso aos serviços, eximindo-se de eventuais preconceitos construídos com base em desconhecimentos acerca dos problemas vivenciados pelas pessoas inférteis e em falta de informações a respeito de todo o arcabouço que envolve a prestação desses serviços.

Com efeito, propõe debater a questão do acesso aos procedimentos, incluindo reflexões acerca das questões do direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida pelo Sistema Único de Saúde, visando construir pontes, não somente jurídicas, mas especialmente “pontes bioéticas”, com o intuito de enfrentar a problemática da prestação estatal desses serviços que envolve o acesso dos homossexuais.

Assim, o debate sobre a busca da efetividade do direito dos homossexuais biologicamente férteis não poder ficar circunscrito ao mundo jurídico, pois a justificação desse pleito na área médica torna mais sólida a participação de profissionais da área da saúde nos respectivos procedimentos e convoca os agentes públicos a refletirem a respeito de suas condutas.

Diante desse cenário, abraça-se a bioética da proteção, que é formada por instrumentos teóricos e práticos que objetivam resolver conflitos acerca da problemática daqueles que não possuem meios que os capacitem realizar sua vida. Essa vertente utiliza-se da equidade para resolver a problemática dos vulnerados excluídos do processo de globalização em curso, não

pretendo ser paternalista, uma vez que somente se aplica às pessoas que não conseguem sozinhas alcançar os caminhos necessários da emancipação²⁰⁶.

Nessa oportunidade, importante pontuar que não se despreza a grande importância do principialismo norte-americano para as discussões bioéticas no Brasil, uma vez que contribuem de forma significativa para os grandes dilemas da área da saúde. No entanto, para o enfrentamento de determinadas situações que vão além da área clínica, opta-se por aderir uma vertente da bioética latino-americana.

Destarte, não se concorda com Darlei Dall’Agnol, no sentido de que as questões sociais da América Latina e a intenção de privilegiar os menos favorecidos, com o intuito de reduzir as injustiças, encontraria respaldo na teoria da justiça como equidade de John Rawls (transferido para a bioética por Daniels, Tom Beauchamp e James Childress), que poderia ser adaptada aos nossos contextos²⁰⁷. Ressalte-se que também o autor deste trabalho já se posicionou anteriormente na defesa da adequação do princípio bioético da justiça para fomentar o debate dos problemas na distribuição social dos benefícios da ciência²⁰⁸. Mas, para melhor enfrentamento da questão dos vulnerados e da exclusão dos homossexuais da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, é preciso abandonar a área da saúde para encontrar outras justificativas em meio a cenários de preconceito e injustiça social, questões que são mais bem trabalhadas pela bioética latino-americana.

O princípio bioético da justiça, criado em uma realidade norte-americana, não fornece base teórica suficiente para debater a temática do alargamento do serviços públicos de reprodução humana assistida no Brasil, pois a realidade interna brasileira requer abordagens sobre vulnerabilidade, exclusão social, prestações de saúde pública e aproximação da bioética com os direitos sociais, esses últimos não reconhecidos pelos Estados Unidos, nem interna e nem externamente. A propósito, Cass Susntein explicita algumas razões pelas quais não há o reconhecimento dos direitos sociais no âmbito constitucional americano, como a ausência de movimentos socialistas significativos nos Estados Unidos, a dificuldade de exigir-se judicialmente direitos de cunho programático no sistema do *common law* (justificativa pragmática) e a política conservadora predominante na Suprema Corte²⁰⁹.

²⁰⁶ SCHRAMM, Fermin Roland. **A Bioética da Proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização?** In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. vol. 16.

²⁰⁷ DALL’AGNOL, Darlei. **Filosofia e bioética n debate público brasileiro.** Idéias - Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Unicamp. v. 1, n. 4 (2012), p. 103.

²⁰⁸ PINHEIRO NETO, Othoniel. **Direito fundamental à saúde:** um discurso acerca do patenteamento da biotecnologia. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, v. 23, 2012, p. 89-110.

²⁰⁹ “The first explanation is chronological; it points simply to the age of the American Constitution, which is the oldest in force in the world. The second, institutional in nature, emphasizes that social and economic right cannot

Preconceito, pobreza, homossexualidade e a questão da infertilidade psicológica, além de não serem assuntos diretamente relacionados à saúde, são questões que ultrapassam as discussões da bioética principialista norte-americana, que não consegue dar respostas ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida pelo SUS por parte dos homossexuais, quando não está em discussão problemas de saúde.

Nesse diapasão, Volnei Garrafa apregoa que, limitar a intervenção da bioética aos parâmetros defendidos pelos países ricos, apenas demonstra a condição de dependência a que se submetem os países periféricos²¹⁰. Como destaca o autor, em que pese a importância dos princípios da autonomia, justiça, beneficência e não maleficência, eles não esgotam as possibilidades de enfrentamentos dos problemas das situações persistentes nas regiões não-ricas do globo terrestre²¹¹.

Ademais, a valorização do princípio da autonomia, tornou o princípio da justiça um mero coadjuvante da teoria principialista, sufocando o coletivo diante do individualismo, situação muito comum na tradição ideológica norte-americana, o que compromete a busca pela igualdade por meio da equidade²¹².

5.2 Realidade latino-americana e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005: novos paradigmas da bioética

Em nível mundial, nas negociações que antecederam a realização da conferência que iria anunciar a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, os países mais ricos ainda insistiam em situar a bioética apenas no âmbito da medicina e da biotecnologia,

easily coexist with judicial review, a preoccupation of the American legal culture. The third points to “American exceptionalism” as it is standardly understood: the absence of a significant socialist movement in the United States. The fourth, rooted in legal realism, stresses developments within the United States Supreme Court in the 1960s and 1970s”. SUSNTEIN, Cass R. **Why does the American Constitution lack social and economic guarantees?** The Law school. The University of Chicago. Janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/36.crs_.constitution.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013. TRADUÇÃO: A primeira explicação é cronológica, ela aponta simplesmente para a época da Constituição americana, que é a mais antiga em vigor no mundo. A segunda é de natureza institucional, enfatizando que o direito social e econômico não pode facilmente coexistir com o controle de constitucionalidade (*no âmbito do common law – destaque nossos*), em uma preocupação da cultura jurídica norte-americana. A terceira é o “excepcionalismo americano”, como é compreendido de forma padrão: a ausência de um movimento socialista significativo nos Estados Unidos. A quarta, enraizada no realismo jurídico, ressalta evolução na Suprema Corte dos EUA em 1960 e 1970.

²¹⁰GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioética de intervenção**: considerações sobre a economia de mercado. Revista Bioética, vol. 13, nº 1, 2013, p. 120.

²¹¹ GARRAFA, Volnei; SILVA; Leonardo Eustáquio Sant’Anna; DRUMONDD, Adriano. **Bioética de intervenção**: uma prática politizada na responsabilidade social. Universitas: ciências da saúde. vol. 9. n. 2. 2011, p. 113.

²¹² FIGUEIREDO, Antônio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. **Bioética**: uma crítica ao principialismo. Derecho y Cambio Social. n. 17. Ano VI. La Molina. Lima, Peru, 2009, p. 11.

enquanto outros países do hemisfério sul defendiam que o diploma internacional elencasse temas mais abrangentes relacionados a questões sociais, inclusive estreitando laços com os direitos humanos²¹³. Como já dito, tais divergências são compreensíveis, uma vez que os diversos pesquisadores trabalham em ambientes sociais com grandes diferenças, fazendo com que seus pontos de vista sejam resultado de análises diversas.

Ao final das discussões, a proposta dos países do hemisfério sul saiu vencedora, tendo a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos incluído temas no campo da saúde pública, inclusão social, meio ambiente, dignidade humana e direitos humanos, o que fez redirecionar a agenda bioética mundial. Mas, mesmo depois da Declaração, ainda é pouca a aceitação dos referenciais dos direitos humanos entre os bioeticistas²¹⁴. Ou melhor, o estreitamento das ligações entre a bioética e os direitos humanos inaugurou contendas sobre a inserção dos direitos humanos em âmbito bioético²¹⁵.

Deveras, entende-se que o referencial dos direitos humanos na bioética é proveitoso, pois as duas disciplinas focam o ser humano como preocupação comum, além da linguagem dos direitos humanos poder ajudar a bioética, na medida em que constitui uma locução ética universal, mesmo não sendo adequada para todas as problemáticas da bioética²¹⁶.

Com a Declaração, importantes princípios bioéticos foram inseridos, como dignidade humana (art. 3º); efeitos benéficos (art. 4º); autonomia e responsabilidade individual (art. 5º); consentimento (art. 6º); respeito pela vulnerabilidade humana (art. 8º); igualdade, justiça e equidade (art. 10); não discriminação e não estigmatização (art. 11); respeito pela diversidade cultural e pluralismo (art. 12); solidariedade e cooperação (art. 13); responsabilidade social e saúde (art. 14); partilha dos benefícios (art. 15); proteção das gerações futuras (art. 16) e proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade (art. 17).

Para Aline Albuquerque de Oliveira, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos é um marco divisor de águas, uma vez que se constitui numa confluência formal das

²¹³ Aline Albuquerque de Oliveira destaca que Tunísia, Arábia Saudita, China e outros países asiáticos apoiaram ou não se opuseram a introdução do referencial dos direitos humanos e dignidade humana na Declaração, por isso a autora entende que o particularismo histórico dos direitos humanos não importa para a sua aceitação universal. OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre bioética e direitos humanos: perspectiva teórica, institucional e normativa**. (Doutorado em Ciências da Saúde). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 214.

²¹⁴ Ibidem., p. 217.

²¹⁵ Ibidem., p. 178.

²¹⁶ Duas justificantes para a interconexão: a) os postulados inseridos no bojo dos direitos humanos constituem uma linguagem ética universal, e com isso, ajudam a construir uma bioética global; b) os valores bioéticos também podem ser protegidos pelo sistema formal de proteção dos direitos humanos. Ibidem., p. 75-76, 218.

duas áreas, constituindo-se no primeiro diploma internacional sobre o tema, apresentando aspectos inovadores para a disciplina²¹⁷.

Além disso, destaca-se o aumento da responsabilidade moral dos Estados após a instituição do art. 22 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, onde se pode vislumbrar que a busca por medidas interventivas não somente deve se dar na esfera global, mas também, no âmbito interno estatal, visando pôr em prática os preceitos da Declaração.

Artigo 22 – Papel dos Estados

a) Os Estados devem tomar todas as medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza, de modo a implementar os princípios estabelecidos na presente Declaração e em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos. Tais medidas devem ser apoiadas por ações nas esferas da educação, formação e informação ao público.

Atente-se para a situação de que o disposto nessa Declaração apesar de não fazer parte do conjunto dos tratados internacionais nos moldes da Convenção de Viena, apresentam força jurídica e reitera o compromisso moral dos Estados de fazer valer seus preceitos e de não contrariá-los.

5.3 A polêmica relação entre bioética e direito

As relações da bioética com o direito, e também com a política, podem impulsionar a entrada de profissionais da área médica nas discussões a respeito de políticas de saúde pública, assim como a busca pela equidade da Política Nacional de Atenção em Reprodução Humana Assistida.

Volnei Garrafa, objetivando contribuir para um estudo epistemológico da bioética, congrega, além da característica da multidisciplinaridade, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade. Nesse contexto, o autor utiliza o *paradigma da complexidade* a fim de apontar a desordem, a imprevisibilidade, o erro e o caos como fomentadores da mudança da ciência, que está em constante processo de aperfeiçoamento, adição e intercâmbio com a realidade, sendo a incerteza uma das características da ciência²¹⁸. Por isso, a bioética deve sempre manter constante interconexão com as outras ciências com o intuito de aperfeiçoar-se,

²¹⁷ OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre bioética e direitos humanos**: perspectiva teórica, institucional e normativa. (Doutorado em Ciências da Saúde). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 15.

²¹⁸ GARRAFA, Volnei. Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. **Bases conceituais da bioética**: enfoque latino-americano. São Paulo: Gaia, 2006, p. 74-75-79.

renovando constantemente sua visão para não perder sintonia com a realidade. Nesse prisma, é evidente que o direito segue a mesma regra. E é diante desse panorama, que se propõe analisar a interconexão entre o direito e a bioética, tema que já foi abordado por Aline Albuquerque de Oliveira, por ocasião da construção de sua tese de doutorado defendida no programa de pós-graduação em Ciências da Saúde da Universidade de Brasília (Unb), que aborda a relação da bioética com o direito por meio de três perspectivas: teórica, normativa e institucional²¹⁹. Na oportunidade, o objetivo da autora foi demonstrar a relevância de se adicionar o referencial dos direitos humanos ao campo bioético²²⁰.

Vale destacar que a referida autora mostra a interface entre a bioética e o direito por meio de uma representação gráfica de dois círculos que comungam de um espaço de intersecção, afirmando que “há espaços abrangidos pelo campo bioético e pelos Direitos Humanos que não guardam qualquer relação recíproca²²¹”. Porém, a presente investigação não concorda com essa visão, pois se entende que não se pode isolar parte do direito e da bioética para afirmar que não existem pontos em comum entre eles, pois o critério dinâmico de seleção de temas a serem abrangidos por ambas as esferas está em constante renovação, de forma que, o que, hoje, pode estar completamente afastado do mundo jurídico ou bioético, amanhã, pode ser usado em seu universo interpretativo²²².

De fato, muitos autores entendem como adequada a relação entre a bioética e o direito, alegando que, como a linguagem dos direitos humanos é universal, facilitaria uma conciliação diante da pluralidade que envolve a bioética, tendo alguns encontrado respaldo também na dignidade humana como tema compartilhado por ambas as disciplinas²²³.

²¹⁹ Segundo a autora, a “Bioética Teórica é definida como o conjunto de teorias e princípios cuja natureza é de ética setorial aplicada a dilemas morais relacionados à medicina, ciências da vida e tecnologias que lhes são associadas”, a “Bioética Institucional é a perspectiva bioética que tem como objeto o estudo dos órgãos de ética ligados à medicina, ciências da vida e tecnologias que lhes são associadas, sua formação e atividades” e a bioética normativa é o “conjunto de normas principiológicas referentes a questões éticas ligadas à medicina, ciências da vida e tecnologias que lhes são associadas. OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre bioética e direitos humanos**: perspectiva teórica, institucional e normativa. (Doutorado em Ciências da Saúde). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 28-29, 33, 35.

²²⁰ Ibidem., p. 75.

²²¹ Ibidem., p. 15.

²²² Um dos itens levados em consideração pela autora para identificar os pontos de distanciamento entre a bioética e os direitos humanos diz respeito ao alegado por Aschocroft, que afirma que, enquanto a bioética possui argumentos filosoficamente construídos, o direito assume forma legal. ASCHOCROFT, R. The troubled relationship between Bioethics and Human Rights. *Law and Bioethics*. 2008(22):31-52. Ainda, com o propósito de demonstrar o distanciamento entre os dois campos, Gracia afirma que a Bioética não pretende definir novos direitos humanos, nem interpretar os existentes, sua função é outra, a de promover a reflexão e deliberação sobre os valores relacionados à vida, à morte, à saúde e ao meio ambiente. GRACIA, D. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Algunas claves para su lectura. In: Espiell HG, Sanchez, YG. **La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO**. Granada: Comares, 2006, p. 11-7.

²²³ Apesar de existir certa polêmica em torno da consistência do conteúdo do princípio da dignidade humana, Roberto Andorno trata a dignidade humana como um fundamento da bioética, que encontra acolhimento em quatro

Ponto interessante é abordado por Pedro Hooft, que relaciona o surgimento dos direitos sociais (ou direitos de segunda geração) no início do século XX, com a aproximação entre direito e bioética, construindo uma juridicidade mais aproximada ao bem-estar da pessoa, “reconhecendo na filosofia dos direitos humanos uma espécie de fio condutor, que remete à dignidade pessoal como cristalização histórica da consciência ética da sociedade²²⁴”.

Como destacam Aline Albuquerque de Oliveira e Natália Carreiro²²⁵, a bioética normativa é regida por princípios que, desde o surgimento do chamado neoconstitucionalismo, passaram a ter importância normativa no âmbito do direito constitucional, sendo, na já conhecida visão de Robert Alexy, mandamentos de otimização, devendo ser realizados de modo mais eficaz possível dentro do contexto prático e jurídico²²⁶.

Para Luís Roberto Barroso, o reencontro entre a moral e o direito aparece na era filosófica do “pós-positivismo”, que vai reconhecer “a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente²²⁷”. Assim, essa reaproximação entre o direito e a moral permite a análise axiológica da norma jurídica, permitindo interpretação da norma jurídica de acordo com a moral, com os princípios e também com a bioética. É que, após a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, alguns princípios ganharam maior visibilidade no âmbito bioético, a exemplo dos relativos à pessoa humana, princípios ambientais e princípios sociais, sendo que esses últimos abarcam postulados como a igualdade, a equidade, a solidariedade, a responsabilidade social e a partilha de benefícios²²⁸.

Diversos princípios foram inseridos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Tais princípios servem perfeitamente como critérios interpretativos (e por que não dizer normas jurídicas?) na questão do acesso gratuito dos homossexuais às técnicas de

diplomas: Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1997); Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997); Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2003) e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005). ANDORNO, Roberto. La dignidade humana como fundamento de La Bioética y de los Derechos Humanos em La Declaración Universal. In: Espiell HG, Sanchez Y G (Coords.). **La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO**. Granada: Comares, 2006, p. 254.

²²⁴ HOOFT, Pedro Frederico. Bioética e direito? ou Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 501.

²²⁵ OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; CARREIRO, Natália Maria Soares. **Interconexão entre Direito à luz das dimensões teórica, institucional e normativa**. Revista Bioética. vol. 21, n 1 – 2013. Brasília-DF. Conselho Federal de Medicina, p. 57.

²²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

²²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

²²⁸ OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre bioética e direitos humanos: perspectiva teórica, institucional e normativa**. (Doutorado em Ciências da Saúde). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 185.

reprodução humana assistida já disponibilizados pelo SUS, como dignidade humana (art. 3º); efeitos benéficos (art. 4º); autonomia e responsabilidade individual (art. 5º); respeito pela vulnerabilidade humana (art. 8º); igualdade, justiça e equidade (art. 10); não discriminação e não estigmatização (art. 11); respeito pela diversidade cultural e pluralismo (art. 12); solidariedade e cooperação (art. 13); responsabilidade social e saúde (art. 14) e partilha dos benefícios (art. 15).

Dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste dispositivo, quis o legislador constitucional prestigiar um leque de direitos muito maior do que aqueles inicialmente previstos na Constituição. Trata-se da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, que pode identificar direitos igualmente fundamentais fora da Constituição. Assim, existem três categorias: a) os direitos expressos na Constituição; b) os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e c) os decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. À vista disso, entre os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil encontra-se a Declaração Universal de Direitos Humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, adotada sob a forma de Resolução, não se enquadra no conjunto dos Tratados nos moldes da Convenção de Viena. Todavia, ela adentra no regime dos direitos fundamentais do Brasil pela cláusula que permite abraçar decorrentes do regime e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil. Ademais, o entrelaçamento entre os direitos humanos e os direitos fundamentais nos parece evidente diante da cláusula aberta da Constituição Federal (art. 5º, § 2º). É por isso que os direitos humanos ainda não positivados na Constituição Federal podem ser considerados integrantes do conjunto único e indissolúvel dos direitos materialmente constitucionais, tendo inclusive força normativa e aplicabilidade imediata.

Dessa forma, os direitos elencados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos podem equiparar-se aos direitos fundamentais sob duas óticas: a primeira é pela positivação expressa de várias categorias de direitos humanos no texto da Constituição Federal, e a segunda é pela própria incorporação desses direitos via § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

No Brasil, a interconexão entre a bioética e os direitos humanos é válida e reconhecida por muitos autores, especialmente na bioética de intervenção²²⁹ e na bioética da proteção. Por outro lado, a linguagem dos direitos humanos não é familiar na bioética dos Estados Unidos, bem como o uso dos princípios da solidariedade e dignidade humana²³⁰.

Destarte, é nesse novo quadro bioético e jurídico que se faz questão de frisar que a interpretação constitucional também é efetuada pelos agentes do Poder Executivo no sentido de criar políticas públicas que atendam aos princípios constitucionais oxigenados pela relação entre o conteúdo moral dos princípios bioéticos e as normas de direitos fundamentais. Ademais, o princípio da moralidade da Administração Pública (art. 37 *caput* da CF) não pode mais continuar a ser visto como algo relacionado a uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, mas sim, como uma cláusula de abertura para que os entes públicos passem a respeitar também os valores caros à ética como um todo, inclusive a bioética.

Além disso, a interface entre a bioética e os direitos humanos tem consequências políticas e jurídicas no Brasil, especialmente no sentido de impedir que o governo brasileiro, bem como os agentes privados, tome medidas contrárias aos preceitos da Declaração.

Assim, resta evidente que é possível e salutar estabelecer interligações entre o direito e a bioética, até por que, a bioética da proteção elegeu o referencial dos direitos humanos como critério norteador de seus preceitos. É diante disso, que se revela que o caráter inovador deste trabalho reside na intenção de fazer uma interconexão entre a bioética da proteção e o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida por parte dos casais homossexuais.

5.4 A bioética da proteção no debate da exclusão dos homossexuais da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida

Conforme foi visto, a vertente procriativa do planejamento familiar é o fundamento do direito a ter filhos naturais, o que legitimou a instituição da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida no Brasil. Nesse contexto, o direito dos homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, tem amparo no direito à diferença, que é um subprincípio do postulado da igualdade.

²²⁹GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioética de intervenção**: considerações sobre a economia de mercado. Revista Bioética, Vol. 13, nº 1, 2013, p. 117.

²³⁰ OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre bioética e direitos humanos**: perspectiva teórica, institucional e normativa. (Doutorado em Ciências da Saúde). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. Brasília, 2012, p. 81.

Assim, a exclusão dos homossexuais da Política Nacional de Reprodução Assistida vai convocar as premissas da bioética da proteção acarretando o surgimento do direito à diferença dos vulnerados, que provocará discussões éticas à luz do direito de categorias excluídas de determinadas prestações estatais justamente por apresentarem diferenças de modelos sociais impostos.

Deveras, a procura por uma fundamentação bioética na busca pela extensão dos serviços de reprodução humana assistida pelo SUS aos homossexuais biologicamente férteis torna-se importante para a formulação e aplicação de políticas públicas pelo Executivo. Nesse caminhar, existem relevantes motivos para que o debate sobre o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida por parte dos casais homossexuais ingressem no âmbito de consideração da bioética da proteção, que foca o Estado como o responsável para proteger os vulnerados. Aqui, encaixa-se entre os vulnerados, os homossexuais que não conseguem ter seus filhos de forma natural e estão desprovidos de conhecimentos e recursos financeiros para buscar ajuda médica. Além disso, entende-se que, a partir do momento em que a bioética da proteção propôs-se a preocupar-se com os vulnerados, torna-se indispensável discutir a ampliação dos beneficiários da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, no sentido de incluir os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis.

A preocupação de pesquisadores latino-americanos em proteger quem necessita deve-se a realidade encontrada nesses países, o que concede à ética pública maiores dimensões nesses lugares. Segundo Miguel Kottow, o argumento da proteção é que os seres humanos encontram-se muito diversamente posicionados em relação às oportunidades sociais, sendo salutar uma ética de proteção que possibilite aos excluídos o acesso aos resguardos necessários para que possam desenvolver suas liberdades. Ainda de acordo com o autor, a sociologia contemporânea reconhece a importância da proteção entre as atribuições do Estado, observando que a redução do aparato estatal provocada pela globalização tem causado prejuízos para os cidadãos mais desamparados, dividindo a sociedade em dois grandes grupos: os consumidores que participam do mercado, e os excluídos desse processo, que não possuem as condições sociais de acesso aos bens e serviços dignos²³¹.

Como vimos, ao trabalhar com ponderações éticas, a bioética surge para oferecer soluções aos diversos dilemas enfrentados pela medicina e ciências afins. Todavia, na América Latina, a bioética vai ganhar outra roupagem, tendo em vista os problemas particulares da região que envolvem graves questões econômicas e sociais que acarretam prejuízos no acesso aos bens

²³¹ KOTTOW, Miguel. Bioética de Protección. In: TEALDI, Juan Carlos. **Dicionário Latino-americano de Bioética**. UNESCO, p. 165.

da vida. É justamente nesse cenário que se verifica a adoção da *bioética das situações persistentes*, que se preocupa com a exclusão decorrente da pobreza, sexo, raça e outros fatores. Essa categoria da bioética é fruto de uma dicotomia surgida em contraponto a *bioética das situações emergentes*, que se preocupa com a ética no panorama das novidades científicas.

Elaborada por Fermin Schramm e Miguel Kottow, a bioética da proteção ajuda a apontar soluções para a problemática dos vulnerados que não conseguem sozinhos resolver seus anseios, buscando uma prestação estatal não-paternalista no intuito de atribuir poderes de autoafirmação.

Esta vertente da bioética tem origem nos problemas de saúde pública na América Latina, envolvendo problemas morais a respeito da vulnerabilidade humana, visando combater também a exclusão social e a destruição ambiental²³², sendo uma ética da responsabilidade social, em que o Estado deve se basear para criar e distribuir suas políticas de saúde²³³.

Sobre a nomenclatura, importante pontuar que o termo “bioética” refere-se, genericamente, à ética da vida, enquanto “proteção”, indica uma prática de dar amparo a quem necessita. Deveras, o “princípio da proteção” foi eleito por Fermin Schramm e Miguel Kottow como sendo o mais adequado para tratar dos problemas morais relacionados à saúde pública, e é nesse contexto, que se enquadra o acesso à reprodução humana assistida pelo SUS, especialmente diante da situação de vulnerabilidade pela qual estão enquadrados os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis.

Os autores desdobram a bioética de proteção em duas facetas: em sentido estrito e em sentido amplo. A bioética de proteção em sentido estrito intenta dar amparo aos sujeitos que não possuem capacidade suficiente para realizarem seus projetos de vida. Já em sentido amplo, visa remover problemas visando dar continuidade a espécie humana no planeta, enfrentando interesses de indivíduos ou de grupos em favor do interesse coletivo²³⁴.

Além disso, Fermín Schramm aponta que a bioética da proteção nasce por duas razões. A primeira, é uma busca por uma ferramenta que seja eficaz no enfrentamento dos conflitos morais no campo das bioéticas mundiais, que pretendem ter valor universal, mas sendo apenas pensadas para levar em consideração as particularidades locais. E a segunda, é para enfrentar

²³² SCHRAMM, Fermin Roland. **A Bioética da Proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização?** In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. vol. 16, p. 396.

²³³ SCHRAMM, Fermin Roland; PONTES, Carlos Antônio Alves. **Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável.** Cad. Saúde Pública. vol. 20, n 5, Rio de Janeiro Set/Out. 2004, p. 1321.

²³⁴ SCHRAMM, Fermin Roland. Ob. Cit., p. 401.

os problemas locais de saúde e qualidade de vida dos países latino-americanos²³⁵. Porém, a pretensão, sem sucesso, de ter valor universal não retira a grande importância dessa vertente da bioética para o Brasil, pois essas questões éticas são pautas inafastáveis dos debates sobre a exclusão social no Brasil, que deve fazer as devidas ponderações ou adaptações ao importar teorias vindas de outros países, especialmente os mais ricos, que têm uma realidade totalmente diferente da brasileira.

Assim, “a Bioética da Proteção se aplica pertinentemente a qualquer paciente moral que não possa se defender sozinho ou agir autonomamente por alguma razão independente de sua vontade e de suas capacidades²³⁶”. Vele repisar que a bioética da proteção não se aplica aos indivíduos que, por seus próprios meios conseguem realizar os projetos, ou por ter acesso a instituições vigentes e atuantes, não se aplicando também, após a ajuda prestada, pois a intenção é a de que os indivíduos potencializem suas capacidades e que possam, após a ajuda concedida, defender-se sozinhos, caso contrário, estaríamos diante de um paternalismo²³⁷, que dificulta a possibilidade de desenvolvimento da autonomia do indivíduo.

Nessa vereda, insta salientar que os teóricos da bioética de proteção fazem questão de afirmar que ela não é paternalista, pois a proteção deve ser interpretada como uma condição necessária para que a pessoa desenvolva sua competência e habilidade para sair, por si mesma, da situação de vulnerabilidade²³⁸. Portanto, ao proteger as pessoas que pretendem ter seus filhos, deve-se também ter em mente que há de se oferecer condições para que essas pessoas possam sair dessa situação de vulnerabilidade no futuro.

5.5 Homossexuais sem recursos financeiros: vulnerabilidade acrescida

A questão da vulnerabilidade é premissa central da bioética da proteção, que ajudará a encontrar ponderações éticas com vistas a proteger os homossexuais biologicamente férteis diante da exclusão do rol de beneficiários da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida.

²³⁵ SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética sem universalidade? Justificação de uma bioética latino-americana e caribenha de proteção. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006, p. 146-147.

²³⁶ SCHRAMM, Fermin Roland. **A Bioética da Proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização?** In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. vol. 16, p. 401.

²³⁷ Idem.

²³⁸ Ibidem., p. 402.

É preciso também destacar que essa exclusão atinge, especialmente, o homossexual que não dispõe de recursos financeiros para custear um tratamento na rede privada, razão pela qual se configura mais uma situação de vulnerabilidade na hipótese ora aventada.

Com efeito, os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, que desejam materializar o direito de ter filhos naturais e não possuam recursos suficientes para custear os tratamentos na rede privada se vêem impelidos de realizar seus sonhos justamente por critérios econômicos, razão pela qual é razoável admitir que se trata de uma situação injusta, até por que, já se identificou no ordenamento jurídico a existência do direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida por parte desse grupo.

É nesse aspecto que se percebe as múltiplas facetas da vulnerabilidade que estão evidenciadas em uma só situação, pois ao excluir os homossexuais da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida, evidenciam-se diversos aspectos da vulnerabilidade, que decorrem da homossexualidade, do conceito inadequado de infertilidade adotado, da capacidade financeira de custear o tratamento no setor privado etc. Percebe-se, então, que a questão da infertilidade psicológica, que atinge aos homossexuais biologicamente férteis que desejam ter filhos naturais, expõe o indivíduo a múltiplos graus de vulnerabilidade, especialmente quando não possui meios para custear os tratamentos especializados em clínicas particulares. Portanto, nota-se que tal situação encaixa-se no âmbito de interesse da bioética de proteção, especialmente por visar a proteger os vulnerados e influenciar nas políticas públicas de saúde.

Na visão de Dirce Guilhem, a questão da vulnerabilidade, incluindo opressões contra seres humanos em condições desfavoráveis, contribuiu para o surgimento da bioética como disciplina²³⁹.

Sobre vulnerabilidade, salutar colacionar as palavras de Miguel Kottow:

Além dessa vulnerabilidade básica intrínseca à existência humana, alguns indivíduos são afetados por circunstâncias desfavoráveis nas quais a pobreza, a falta de educação, as dificuldades geográficas, as doenças crônicas e endêmicas ou outros infortúnios os tornam ainda mais vulneráveis. O florescimento humano depende além disso da aquisição de algumas virtudes intelectuais e morais, empreendimento que pode ser perturbado por deficiências biológicas, educacionais ou outras de cunho social que constituem então vulnerabilidades adicionais. Para os fins desta discussão, podemos compreender a vulnerabilidade existencial do homem como primária, enquanto as deficiências circunstanciais geram uma forma secundária. Todos estão sujeitos à forma primária, mas só os infelizes padecem da segunda²⁴⁰.

²³⁹ GUILHEM, Dirce. **A conquista da vulnerabilidade**. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05\(varios\)roundpatrao.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05(varios)roundpatrao.pdf)>. p. 04. Acesso em: 23 jan. 2014.

²⁴⁰ KOTTOW, Miguel H. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 72.

Na observação de Debora Diniz e Dirce Guilhem, a vulnerabilidade de alguns grupos é agravada na bioética, porque esta disciplina foi criada e desenvolvida em um ambiente para privilegiados e de caráter ocidental (euro-americano), racista, classista, capitalista e sexista²⁴¹.

A respeito do tema, é também válido frisar que o caso dos homossexuais carentes pode ser enquadrado em uma situação que Maria do Céu Patrão Neves denomina de *vulnerabilidade acrescida*, situação em que sujeitos encontram-se em condições de desigualdade devido às suas diferenças²⁴².

Assim, em relação aos homossexuais biologicamente férteis economicamente hipossuficientes, é preciso levar em consideração questões, especialmente econômicas, a respeito de sua vulnerabilidade acrescida. Nessa seara, o injustificável tratamento contra os homossexuais, a ausência de informação adequada da sociedade a respeito dos tratamentos de reprodução humana assistida pelo SUS e a falta de recursos para o custeio de tratamentos particulares, evidenciam situações pessoais que não podem ser resolvidas pelos próprios pacientes sem a concessão de amparo por parte do Estado, uma vez que, sem essa ajuda, essas pessoas jamais sairão da condição de vulnerados.

Ainda vale mencionar, a situação de extrema injustiça diante da felicidade alcançada por outras pessoas que possuem condições financeiras para custear os tratamentos.

Ademais, vale dizer que os homossexuais que possuem dinheiro para pagar o acesso às técnicas não poderiam ser enquadrados na proposta deste trabalho, visto que a bioética da proteção visa a dar amparo a quem não tem condições de solucionar os problemas. Por isso, a intenção é encontrar pontes bioéticas para amparar o acesso de quem não tem dinheiro para custear as técnicas de reprodução humana assistida, excluindo aquelas pessoas que podem ter acesso ao sistema privado.

A bioética da proteção tem por foco principal grupos vulnerados, compostos por indivíduos que não têm possibilidade, por algum motivo independente de suas vontades, de alcançarem suas autonomias individuais “sozinhos pelas condições desfavoráveis em que

²⁴¹ DINIZ, Débora; GUILLEM, Dirce. **Bioética feminista**: o resgate político do conceito de vulnerabilidade. Revista Bioética, v.7, n.2, p. 181-188, 1999. p. 02. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2459/6/ARTIGO_Bio%C3%A9ticaFeministaResgate.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2014.

²⁴² SILVA, Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e. **Reprodução Humana Assistida entre mulheres homossexuais**. (Mestrado em relações sociais e novos direitos). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2011, p. 47.

vivem ou devido ao abandono das instituições vigentes que não lhes oferecem o suporte necessário para enfrentar sua condição de afetados e tentar sair dela²⁴³”.

Como já foi visto, a bioética da proteção objetiva encontrar soluções para ajudar os vulnerados que não conseguem sozinhos sair dessa condição, buscando, para tanto, uma prestação estatal não-paternalista.

Dessa forma, diante da análise da bioética de proteção, pode-se defender que a Política Nacional de Reprodução Humana Assistida não deve somente proteger os casais heterossexuais, mas sim, englobar todas aquelas pessoas que se encontram na mesma situação de vulnerabilidade, aí incluindo os casais homossexuais. Ademais, ainda de acordo com essa vertente bioética, o Estado tem papel primordial na consideração moral da proteção daquelas pessoas que não têm recursos suficientes para custear um tratamento.

De toda forma, é lógico que tal inclusão não pode ser feita sem os devidos ajustes bioéticos na porta de entrada dos procedimentos de reprodução humana assistida, sendo que a escolha dos beneficiários caberá, em princípio, aos profissionais de saúde.

Desta sorte, visando sempre ao interesse público e buscando a efetivação dos direitos fundamentais, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida deve ser fomentada, ampliada e receber uma maior consideração bioética, precisando ser mais debatida por profissionais de saúde, juristas, filósofos, gestores públicos, bioeticistas e segmentos da sociedade civil, o que imprimiria o caráter participativo que toda ação estatal deveria ter.

Assim, o reconhecimento e a concessão de políticas públicas que ajudem no desenvolvimento da personalidade do homossexual poderá fomentar inúmeras possibilidades libertárias dentro de contextos conservadores da sociedade, podendo ajudar na busca da felicidade pessoal humana e na superação de preconceitos.

Nesse panorama, resta demonstrado que a conjugação dos preceitos trazidos pela bioética da proteção e pelo direito ajudam nas modificações exigidas por grupos excluídos do processo de socialização, no intuito de alargar o conjunto de beneficiários da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida.

²⁴³ SCHRAMM, Fermin Roland. **A Bioética da Proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização?** In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. vol. 16, p. 401.

6. A POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO INTEGRAL EM REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A CATEGORIA DOS DIREITOS DERIVADOS A PRESTAÇÕES

6.1 Vertente procriativa do planejamento familiar na legislação infraconstitucional brasileira: a assistência à concepção por parte do Estado (Lei nº 9.263/96)

Percebeu-se, ao longo desta pesquisa, a existência de um direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida no Brasil extraído de preceitos constitucionais inerentes ao planejamento familiar. Nesse sentido, qualquer casal, seja ele hétero ou homossexual, poderá reivindicar do Estado tratamento adequado para a busca de filhos naturais. Nesse caminhar, a vertente procriativa do planejamento familiar, aliada a uma interpretação constitucional concretizadora, mostra que todos os casais homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, poderão fazer uso das técnicas de reprodução humana assistida na rede pública, sendo o direito à diferença justificativa adequada para a participação dos homossexuais em tais procedimentos.

Notou-se, também, que as profundas modificações no direito das famílias não somente atingem à formação familiar em si, mas também, o instituto do planejamento familiar, que deverá dar ênfase à vontade da pessoa no sentido de planejar sua família de modo que desejar.

À vista disso, em meio a esses inúmeros influxos, o legislador ordinário expediu a Lei nº 9.263/96, que regulamenta o § 7º, do art. 226 da Constituição Federal dispondo, em seu art. 1º, que, observado o disposto na lei, o planejamento familiar é direito de todo cidadão, adicionando que o instituto é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º). Ademais, estabeleceu o seu parágrafo único que é proibida a utilização de tais ações para qualquer tipo de controle demográfico.

O art. 3º da referida lei preconiza que “o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”, adicionando que os órgãos gestores do SUS, em todos os seus níveis de complexidade obrigam-se a garantir, para o atendimento do direito ao planejamento familiar, em toda a sua rede de serviços, programa de atenção integral à saúde da mulher, ao homem ou ao casal, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras à *assistência à concepção e contracepção* (art. 3º, I). À vista disso, nota-se que esse dispositivo legal dispõe sobre uma atividade de suma importância para a temática

ora debatida, que é o auxílio a casais que querem ter filhos (concepção) por meio de ações prestadas pelo Estado, entre elas, as que concernem às técnicas de reprodução humana assistida, com o intuito de estimular e promover o direito ao planejamento familiar por intermédio do Sistema Único de Saúde.

A referida lei, em busca da efetividade do direito ao planejamento familiar, adiciona, também o art. 5º, que deve o Estado “através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”.

Nesse passo, resta evidente que a lei ordinária do planejamento familiar veio mostrar as múltiplas formas pelas quais o direito ao planejamento familiar pode se apresentar com o apoio da sociedade e do Estado, por meio de um conjunto de ações de atenção global e integral à saúde de cada membro da família, mostrando, assim, a ênfase na proteção individual da pessoa humana.

Além disso, quando o § 7º do art. 226 da Constituição Federal proclama que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos científicos para o exercício desse direito e o art. 3º, I, da Lei nº 9.263/96, apregoa *que o Poder Público deve conceder assistência à concepção à mulher, ao homem ou ao casal*, resta evidente que o direito de acesso às técnicas de produção humana assistida ganhou contornos mais alargados, de forma que o direito de reivindicar do Estado o exercício do direito a ter filhos naturais deriva dessa sistemática normativa.

Importante pontuar que o exercício desse direito não pode andar em dissonância com o princípio da paternidade responsável, instituto também expressamente previsto no enunciado constitucional do planejamento familiar. Todavia, uma questão crucial há de ser abordada: como justificar a responsabilidade paterno-filial para além da causa biológica?

Mônica Aguiar defende a ideia de que o consentimento informado, que deu ensejo ao uso de material genético próprio ou de terceiro para a deflagração das técnicas reprodutivas, já é o bastante para configurar o vínculo parental, que rende ensejo à paternidade responsável. Assim, nas palavras da autora, “pai e mãe devem ser, pois, aqueles que consentiram, e não os doadores do material biológico. Em primeiro, por terem sido eles que fizeram uso da possibilidade geradora que os gametas contêm”²⁴⁴.

²⁴⁴ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 95-96.

Outrossim, conforme leciona Roxana Borges, na reprodução assistida com o sêmen de terceiro, o consentimento das partes é que vai definir os vínculos de filiação e paternidade. Decorre das palavras da autora que os direitos e as obrigações surgem do respectivo consentimento para o uso das técnicas, uma vez que “analisando a Constituição Federal, entende-se que o princípio da paternidade responsável estende-se também para a reprodução assistida”²⁴⁵.

6.2 A instituição da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida

O aumento da busca de soluções de problemas de fertilidade está ligado a fatores sociais, tais como o adiamento da maternidade e a maior divulgação acerca das oportunidades de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, especialmente no âmbito privado.

Importante lembrar que as técnicas de reprodução humana assistida substituem a relação sexual para a procriação biológica utilizando técnicas como a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide. Elas foram desenvolvidas para possibilitar casais biologicamente inférteis terem seus filhos naturais, bem como para evitar repasse de doenças geneticamente transmissíveis. Não é sem razão que, refletindo desdobramentos científicos e tecnológicos na área da reprodução humana assistida, questões que envolvem a temática têm sido cada vez mais objeto de análise do direito. Todavia, nesse contexto, não se pode olvidar que a institucionalização da medicina reprodutiva deu-se visando ao casal heterossexual infértil e focando a questão de saúde como norte principal das indagações éticas e jurídicas.

Nesse caminhar, com os avanços das tecnologias médicas tornou-se possível ajudar casais biologicamente inférteis a terem seus filhos naturais por meio de aperfeiçoamento de técnicas laboratoriais, o que oportunizou, na década de 70, o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo, que recebeu o nome de Louise Brown, gerado na cidade de Oldham, Inglaterra, e concebido pela fecundação *in vitro*, por intermédio do trabalho dos cientistas Patrick Steptoe e Robert Edwards²⁴⁶. O Brasil e a América Latina somente vieram a ter êxito nessas novas técnicas em 1984, com o nascimento de Ana Paula Caldeira, na cidade de São José dos Pinhais, no Paraná, por meio da técnica da fecundação *in vitro*.

²⁴⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216-217.

²⁴⁶ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

Já a ideia de direitos reprodutivos tornou-se pública após o Congresso Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos, ocorrido em Amsterdã na Holanda, em 1984²⁴⁷, onde foram levantados vários preceitos inerentes ao direito das mulheres, como o direito ao próprio corpo, a autonomia, a liberdade e o uso de métodos de concepção e contracepção.

Como resultado dos avanços médicos e dos reflexos dos direitos sexuais e reprodutivos no âmbito do Poder Público, foi criado em 1984, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), constituindo-se na política pública pioneira a importar-se com a questão feminina relacionada à utilização de métodos conceptivos e contraceptivos, abandono de medidas coercitivas, ênfase na autonomia da mulher, assistência ao planejamento familiar e outras questões relacionadas à saúde feminina. Um aspecto deveras importante é que, no plano institucional, além de ampliar o número de ações, o PAISM destacou-se porque foi o primeiro Programa Público brasileiro a incorporar as ideias de integralidade, equidade e direito à saúde no Estado brasileiro²⁴⁸. Entretanto, ainda nessa fase, percebe-se que a temática relacionada à infertilidade foi tratada de forma muito tímida no âmbito do Poder Público, até mesmo pela conjuntura internacional, que ainda não tinha atentado para a importância da temática.

Foi somente em 1994, na Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento, que se começou a tratar do planejamento populacional sob a égide do planejamento familiar e da saúde sexual e reprodutiva. Nesse grande encontro, cerca de 184 países e 2.000 mil ONGs²⁴⁹ definiram, entre várias outras pautas, o objetivo de planejamento familiar no item 7.12, que consiste em “capacitar casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e a ter a informação e os meios de assim o fazer e assegurar opções conscientes e tornar disponível toda uma série de métodos eficientes e seguros”.

Em 1995, a Conferência Mundial da Mulher, realizada na cidade de Pequim, avançou nas tratativas dos direitos reprodutivos, aduzindo (item 203, c, da Plataforma de Ação) que os

²⁴⁷ Laura Mattar segue o mesmo lembrete, no sentido de que o termo “direitos reprodutivos” ficou conhecido mundialmente durante esse evento. MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos**. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 5, n. 8, jun. 2008, p. 63.

²⁴⁸ Dentre os programas do Governo Federal e de acordo com o texto encontrado no site do Ministério das Relações Exteriores, o planejamento familiar faz parte da ação básica de saúde inserida e indissociável do programa de assistência integral à saúde da mulher (PAISM), criado em 1984, sendo produto de movimentos organizados de mulheres, profissionais da área da saúde e técnicos do Ministério da Saúde, que reconheceram a importância da saúde reprodutiva no âmbito da família brasileira. Dentre as premissas básicas do Programa Nacional, destaca-se o dever do Estado de “(...) garantir, a todos os brasileiros, informação e acesso necessário à prática do Planejamento Familiar, entendendo-se como tal, a assistência à infertilidade conjugal ou decisão consciente na escolha de metodologia contraceptiva”. BRASIL. **Ministério das Relações Exteriores**. Disponível em: <<http://www.dc.mre.gov.br/imagens-e-textos/revista1-mat7.pdf/view>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

²⁴⁹ ALVES, J. A. Lindgren. **A Conferência do Cairo sobre população**. DHNet. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/alves.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

governos devem adotar medidas para proporcionar, a seu pessoal, capacitação na concepção e análise de dados segundo uma perspectiva de gênero²⁵⁰.

Com efeito, a partir dessas conferências, a questão do planejamento familiar com ênfase na procriação começa a tomar envergadura mundial, produzindo efeitos no Brasil.

Vale informar, que apesar das plataformas de ação elaboradas nessas conferências não fazerem parte do conjunto dos tratados internacionais nos moldes da Convenção de Viena, não retira o compromisso moral dos Estados signatários em fazer valer seus preceitos. Laura Mattar lembra que o descumprimento do disposto nessas plataformas de ação acarreta pressão externa e constrangimento político²⁵¹.

Em relação às Conferências do Cairo e de Pequim²⁵², Flávia Piovesan ressalta que elas possuem “valor jurídico, na medida em que deles extraem-se princípios internacionais, que constituem importante fonte do Direito Internacional, a nortear e orientar a interpretação e a aplicação do Direito²⁵³”.

Nessa mesma época, as tecnologias de reprodução humana assistida começam a chegar, de forma tímida, em alguns centros públicos de saúde ligados a Universidades por meio de profissionais interessados em produção de conhecimento²⁵⁴.

Outrossim, a questão do acesso gratuito às técnicas de reprodução assistida já começa a ganhar relevância nos tribunais brasileiros, que ainda não possuem uma base teórica sólida para lidar com os debates referentes à temática, existindo muitas disparidades nas fundamentações judiciais. Há decisões que negaram o pedido²⁵⁵, decisões que negaram o pedido em sede de

²⁵⁰ BRASIL. Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA). **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim. 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em 07 jul. 2015.

²⁵¹ MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais**: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 5, n. .8, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2014.

²⁵² Uma abordagem neste item se faz necessária. O sistema constitucional brasileiro somente permite o ingresso das normas de tratados internacionais no âmbito interno mediante procedimento específico de incorporação, como será visto ainda neste capítulo. Ocorre que as Conferências mencionadas não fazem parte do elenco de tratados internacionais, razão pela qual podem suscitar polêmicas em torno de seu ingresso no Brasil.

²⁵³ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: Samantha Buglione. (Org.). **Reprodução e Sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Fabris, 2002, v. 1, p. 73.

²⁵⁴ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 71.

²⁵⁵ Decisões que negaram o pedido: SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0003783-90.2013.8.26.0439. Relator: Ana Liarte. 4ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 04 de agosto de 2014. Disponível em:<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsjg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 03 jul. 2015. --- MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Processo nº: 1.0439.06.049042-2/002(1) Relator: Brandão Teixeira. Belo Horizonte: 18 de agosto 2009. Disponível em:<<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2014. --- RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº

antecipação dos efeitos da tutela, mas não abordaram o mérito²⁵⁶, decisões que concederam o pedido²⁵⁷ etc.

De toda forma, o direito à reprodução humana assistida tem sido objeto de crescentes reconhecimentos por parte da academia e, especialmente, por parte do Poder Público no Brasil. Estudos apontam que 10% a 15% dos casais brasileiros não conseguem ter filhos naturais após 1 (um) ano de tentativas por meio da via normal da relação sexual, o que para a Organização Mundial de Saúde (OMS) enquadra-se na situação de infertilidade. A situação fica ainda mais agravada quando essas pessoas não conseguem sozinhas realizar esses projetos de vida, por não possuir recursos suficientes para custear o tratamento de reprodução humana assistida em clínicas particulares.

Nesse cenário, é muito difícil ver movimentos que reivindiquem posturas ativas do Estado para o tratamento de problemas de infertilidade biológica, talvez, por certo constrangimento social por que passam as pessoas acometidas por esse problema, razão pela qual a maioria das reivindicações e discussões são capitaneadas por profissionais da área de saúde que, por saber da importância do problema, sempre estão à frente dos pleitos.

0172848-44.2007.8.19.0001. 1ª Câmara Cível. Relator: Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2010. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/consultas>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

²⁵⁶ Decisões que negaram o pedido em sede de antecipação de tutela e não abordaram o mérito: MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0000.07.462395-0/000(1). Relator: Edilson Fernandes. Belo Horizonte, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2013 --- PARANÁ. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Mandado de Segurança nº 0466801-7. 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Fernando de Oliveira. Curitiba, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2014 --- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70007207632. 3ª Câmara Cível. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, 04 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 15 jul. 2014.

²⁵⁷ Decisões que concederam o pedido: SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0005296-31.2012.8.26.0180. Relator: Ronaldo Andrade. 3ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 15 de julho de 2014. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 03 jul. 2015. --- SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0013055-09.2010.8.26.0506. Relator: Coimbra Schmidt. 7ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 22 de março de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 03 jul. 2015. --- SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação com Revisão nº 0110430-16.2007.8.26.0583. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez. 10ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 05 de abril de 2011. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 15 jul. 2014. --- RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70039644265. 21ª Câmara Cível. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 15 jul. 2014. --- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação com Revisão nº 9091363-37.2008.8.26.0000. Relator: Xavier de Aquino. 5ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 15 jul. 2014. --- SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação com Revisão nº 0156791-27.2005.8.26.0000. Relator: Xavier de Aquino. 5ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 27 de março de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 14 jul. 2014. --- SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação com Revisão nº 0086804-64.2006.8.26.0000. Relator: Osvaldo de Oliveira. 12ª Câmara de Direito Público. São Paulo, 30 de julho de 2008. Disponível em <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

Diante das premissas apontadas, reconhecendo a existência do direito a ter filhos naturais com base no direito ao planejamento familiar, o Governo brasileiro criou, em 2005, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida (Portaria nº 425/GM).

O surgimento dessa política estatal decorreu da Lei nº 9.263/96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar que dispõe, em seu art. 9º que “[...] serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. Tal providência do Poder Público harmoniza-se com os objetivos da República (art. 3, D), alavancando o exercício do direito ao planejamento familiar pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nos sistemas básicos, de média e alta complexidade, no sentido de atender pessoas carentes em várias partes do território brasileiro, formando filas enormes por parte de casais que querem realizar o sonho de ter filhos naturais.

Em 2009, o Ministério da Saúde condensou suas Políticas Públicas em um só instrumento normativo (a Portaria nº 2.048/2009 de 03 de setembro de 2009: regulamento geral do SUS), reafirmando seu compromisso com o direito à reprodução humana assistida, ao incluir a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, entre os arts. 305 e 310 da nova portaria²⁵⁸.

De acordo com a Portaria, é possível a realização dos mais básicos exames ginecológicos, que permitem solucionar problemas simples no aparelho reprodutor feminino, até os mais complexos, que tentam suprir o problema causado pela infertilidade, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

Os serviços de atenção básica englobam exames clínico-ginecológicos, além de orientações para possível adoção de uma criança, com a possibilidade de serem encaminhados a uma vara da infância ou outro órgão responsável.

Atualmente, somente as seguintes unidades prestam esse serviço público no Brasil: Centro de Reprodução Assistida do Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), antigo HMIB, em Brasília, vinculado à Secretaria de Saúde do DF; Centro de Referência em Saúde da Mulher – Hospital Pérola Byington, em São Paulo, vinculado à secretaria de saúde do Estado de São Paulo; Hospital das Clínicas de São Paulo; Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (SP); Hospital das Clínicas da UFMG, de Belo Horizonte (MG); Hospital Nossa Senhora da Conceição, Porto Alegre (RS); Hospital das Clínicas de Porto Alegre (RS); Instituto de

²⁵⁸ Essa nova portaria revogou expressamente a anterior (425GM), que tratava exclusivamente da política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida.

Medicina Integral Prof. Fernando Figueira – IMIP, em Recife (PE); Maternidade Escola Januário Cicco, em Natal (RN).

O Setor de Reprodução Humana do Centro de Referência em Saúde da Mulher – Hospital Pérola Byington-SP, realiza, aproximadamente, 300 ciclos de fertilização assistida de alta complexidade por ano, incluindo 100 ciclos de técnicas não invasivas, como a inseminação intra-uterina. Para o paciente conseguir atendimento, deverão ser encaminhados pelos postos de saúde mais próximos de suas residências com base em critérios médicos pré-estabelecidos²⁵⁹.

No setor de reprodução humana assistida do hospital das clínicas da faculdade de medicina de Ribeirão Preto, poderão realizar os exames indivíduos do sexo masculino ou feminino com desejo de ter filhos e com diagnóstico de infertilidade (impossibilidade de conceber espontaneamente ou ausência de gravidez após 12 meses de atividade sexual regular sem uso de métodos contraceptivos), desde que não apresentem alguns critérios de exclusão descritos, como idade igual ou acima de 38 anos, relacionamento conjugal instável, patologias cônicas etc²⁶⁰.

6.3 Falhas na formulação da Política Nacional de Reprodução Humana Assistida

O princípio da universalidade, que rege a distribuição das prestações públicas de saúde, não está sendo atendido na distribuição da política de reprodução assistida, haja vista o limitado número de centros. Mas o referido princípio não está sendo violado somente neste aspecto. O próprio programa construído dentro do Ministério da Saúde toma por base o conceito de infertilidade, no entender desta pesquisa, arbitrário, preconizado pela Organização Mundial de Saúde e pela American Society for Reproductive Medicine que considera infertilidade a ausência de gravidez após 1 (um) ano de tentativas por meio de relações heterossexuais. Assim, como é de se notar, a definição não leva em consideração variações subjetivas e regionais e nem as diversas formas pelas quais a infertilidade pode se apresentar.

Nesse contexto, há grave arbitrariedade no conteúdo dessa política, como a exclusão dos homossexuais do rol dos beneficiários do programa.

²⁵⁹ BRASIL. **Setor de Reprodução Humana do Centro de Referência em Saúde da Mulher** – Hospital Pérola Byington-SP. Reprodução humana. Disponível em: <<http://www.hospitalperola.com.br/reproducao-humana.php>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

²⁶⁰ BRASIL. **Setor de reprodução humana assistida do hospital das clínicas da faculdade de medicina de Ribeirão Preto.** Como agendar. Disponível em: <<http://rgo.fmrp.usp.br/rh/index.php/component/content/article?id=20>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

Em 2009, a Organização Mundial de Saúde e o Comitê Internacional para Monitoração da Tecnologia Reprodutiva Assistida (ICMART) divulgaram uma nova definição clínica de infertilidade que passou a ser uma “doença do sistema reprodutivo definida pela falha de se obter gravidez clínica após 12 meses ou mais de coito regular desprotegido²⁶¹”. De fato, essa definição ajuda a tornar mais obscuro o debate a respeito do acesso às técnicas de reprodução humana assistida no mundo inteiro, até porque desconsidera outros aspectos da infertilidade que não estão necessariamente relacionados a questões médicas. Nesse caminhar, Débora Diniz alerta para a diferença entre o diagnóstico médico de infertilidade e a condição sociológica de infecundidade involuntária. Destaca a autora que muitas mulheres que vão em busca das tecnologias reprodutivas com o objetivo de terem filhos naturais não possuem qualquer diagnóstico médico, pois há muitos casos em que o problema de saúde está no companheiro, o que não exclui o tratamento direcionado ao corpo da mulher²⁶². Para Ana Lúcia Tiziano Sequeira, a infecundidade faz parte de um projeto pessoal, não tendo relação direta com problemas biomédicos. É nesse prisma, que a autora aduz que a infecundidade involuntária não está necessariamente relacionada a restrições médicas de concepção, não devendo ser tratada como infertilidade. Há casos de pessoas infecundas por motivos não biomédicos, como casais homossexuais que não desejam contato sexual com o sexo oposto, razão pela qual poderiam ser beneficiados pelas técnicas de reprodução humana assistida²⁶³.

Com efeito, não é possível dizer que o Estado brasileiro respeita o mandamento do tratamento igualitário entre as pessoas de orientação sexual diversa, uma vez que não é outorgado aos casais homossexuais todos os direitos atribuídos aos casais heterossexuais, apesar dessa premissa da não discriminação em razão de orientação sexual estar expressa em diversas normas internacionais.

Atualmente, essa política pública só dispõe de meios para o atendimento dos casais heterossexuais inférteis terem a oportunidade de gerar seus filhos naturais, constituindo um flagrante desrespeito aos postulados mais modernos do direito civil e constitucional.

Percebe-se, então, que a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida não oportuniza tratamento para os homossexuais que também queiram ter seus filhos

²⁶¹ CHILE. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. **Glossário revisado da Terminologia das técnicas de reprodução assistida (TRA)**, 2009. Disponível em: <http://www.redlara.com/aa_portugues/glossario.asp>. Acesso em: 17 jul. 2015.

²⁶² DINIZ, Debora. **Etnografia da infertilidade**. Universidade de Brasília, Brasília, Brasil. Cad. Saúde Pública vol. 24 n°. 1 Rio de Janeiro Jan. 2008, p. 232.

²⁶³ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 30.

naturais e que não estão dispostas a ter relações sexuais com o sexo oposto para não corromper sua orientação. A omissão inconstitucional pode ser constatada nos seus dispositivos: inc. II e II do art. 306 e inc. I do art. 207 da Portaria nº 2.048/2009, o que, na prática, tem sido obstáculo ao acesso dos casais homossexuais.

A inclusão do casal homossexual, mas psicologicamente infértil entre os beneficiários da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida pode-se, a princípio, tornar-se mais polêmica, na medida em que não se pode recorrer ao direito à saúde para amparar seus pleitos de acesso às técnicas, uma vez que tais pessoas são biologicamente férteis, sendo necessário recorrer a outras fontes encontradas no ordenamento jurídico.

Importante pontuar que o programa foi construído sob o fundamento do direito de acesso à saúde e sob o conceito de infertilidade natural. Porém, a definição de infertilidade não é tão fácil, pois pode haver inúmeras ocasiões em que as pessoas podem igualmente encontrar-se sem possibilidades de ter filhos biológicos devido a fatores familiares, sociais e psicológicos²⁶⁴, sendo crescentes as intervenções nas mulheres em casos de infertilidade masculina, o que faz, a princípio, afastar o fundamento do direito à saúde, uma vez que a pessoa sobre a qual recai a intervenção médica não sofre qualquer problema de saúde. Sobre essa problemática, Carlos Lema Añón salienta que os defensores do direito à reprodução não vislumbram nenhum problema, pois o direito à saúde não é o único fundamento para esse fim²⁶⁵.

Além disso, a insuficiência do amparo no direito à saúde também é notada quando se constata que a fertilização *in vitro* não resolve o problema da má formação de trompas, por exemplo, permanecendo a infertilidade do paciente²⁶⁶.

Como visto, o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida constitui-se em um dos principais marcos dos avanços da área médica. Todavia, os fundamentos pelos quais as técnicas são desenvolvidas e, especialmente, são adotadas pelo Poder Público como uma de suas prestações positivas, devem ser analisadas para além do ponto de vista biológico. Ou seja, a infertilidade se apresenta sob outros aspectos desprezados, reproduzindo concepções e práticas vinculadas às concepções biológicas da infertilidade. Nesse sentido, é o desejo frustrado de ter filhos que deve, por si só, ingressar no âmbito de consideração das discussões. À vista disso, Marilena Corrêa aduz que:

²⁶⁴ Nesse prisma, destaca Carlos Lema Añón que o desejo imediato de ter descendência, mesmo em caso de pessoas com saúde reprodutiva, pode ser enquadrado em um caso de esterilidade, na medida em que se transforma em uma questão médica e técnica. AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho**: ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción assistida. Madri: Trotta, 1999, p. 297.

²⁶⁵ Ibidem, p. 291.

²⁶⁶ Ibidem, p. 290.

Assim, só quando se deseja ter filhos é que sua ausência torna-se uma questão. Este desejo independe de infertilidade; não surge apenas em mulheres casadas ou em união estável, como propõe grande parte dos protocolos clínicos. Pessoas com ou sem problemas médicos reprodutivos, celibatárias, mulheres e homens solteiros, com ou sem parceiros, heterossexuais, homossexuais, transexuais podem ter este desejo, caracterizando uma ausência involuntária de filhos. A partir daí, estas pessoas ou casais podem buscar no acesso às tecnologias biomédicas a realização de seus sonhos reprodutivos²⁶⁷.

Por tudo isso, os limites entre tratamento da saúde e modo alternativo de reprodução (que seria o caso do casal homossexual) não são tão claros²⁶⁸, necessitando recorrer a fundamentações jurídicas e bioéticas para a justificar o acesso por parte do casais homossexuais e psicologicamente inférteis.

Vale lembrar que o Conselho Federal de Medicina autoriza, por meio da Resolução nº 2013/2013 (2, II), a atualização das técnicas de reprodução humana assistida por parte dos casais homossexuais. Mas o problema, é que isso, por si só, não basta para que o Estado elabore um programa adequado para atender aos casais homossexuais pelo SUS.

Dessa forma, na linha dos ensinamentos tecidos por Jaylla Maruza de Souza e Silva, “(...) o reconhecimento destes direitos (sexuais/saúde) às mulheres, gays e lésbicas, através de um serviço público eficiente, é de suma importância para a concretização da democracia (contanto que protegidas sua liberdade e autonomia), e ter efetivada sua dignidade²⁶⁹”.

Ana Lúcia Tiziano Sequeira assenta que, mesmo em um Estado Democrático de Direito, os espaços públicos brasileiros sofrem constantes pressões de grupos religiosos que buscam impor suas crenças. Nesse cenário, os direitos sexuais e reprodutivos são visados de forma permanente por bancadas religiosas, que impõem seu conservadorismo moral e religioso na elaboração, aplicação das leis, bem como na formulação e execução de políticas públicas. Com efeito, “políticas de saúde na área da reprodução humana podem reforçar normas de gênero e reproduzir modelos tradicionais de formação de famílias biparentais e de matriz heterossexual, restringir direitos individuais e levar à perpetuação de desigualdades sociais²⁷⁰”. Complementa a autora que o Ministério da Saúde ignorou o debate nacional e internacional a respeito da ampliação do leque de pessoas que poderiam ser beneficiadas pelos Programas estatais, ao

²⁶⁷ CORRÊA, Marilena C.D.V. **A tecnologia a serviço de um sonho**: um estudo sobre a reprodução assistida no Brasil. [tese de doutorado] Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 1997.

²⁶⁸ AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho**: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción assistida. Madri: Trotta, 1999, p. 292.

²⁶⁹ SILVA, Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e. **Reprodução Humana Assistida entre mulheres homossexuais**. (Mestrado em relações sociais e novos direitos). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2011.

²⁷⁰ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 26-27.

delimitar o acesso a pessoa com causas medicamente definidas, como é o exemplo dos homossexuais²⁷¹.

6.4 Universalidade e o acesso igualitário aos serviços do SUS

A influência do movimento sanitário no bojo da Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987, ocasionou uma verdadeira reforma no sistema sanitário do Brasil, resultando na adoção, pela Constituição Federal de 1988, de um modelo de prestação de serviço mais universalizado, uma vez que, até aquele momento, o serviço público de saúde só era extensível aos trabalhadores com carteira assinada.

Nesse cenário de grande avanço promovido pela Constituição Federal, insculpiram-se diversas normas de direitos prestacionais relacionadas à saúde pública, com o objetivo de promover os direitos sociais dos cidadãos, vinculando o Poder Público aos mandamentos constitucionais. Nesse prisma, o legislador constituinte originário prescreveu, no art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, repetindo o que já havia sido mencionado no art. 6º, que estabeleceu que a saúde é um direito social. Com efeito, é decorrência desse cenário, o seu regime constitucional reforçado e a sua aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer lei que venha a regulamentá-la, fazendo surgir obrigações por parte do Estado.

Assim, a prestação de serviços de saúde continuou a ser obrigação do Estado, só que, dessa vez, a universalidade insculpida no art. 196 vai determinar que todas as pessoas têm acesso à distribuição da saúde no Brasil.

Interessante perceber que, pela perspectiva objetiva, os direitos fundamentais vão vincular o Poder Público e irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, exigindo providências imediatas por parte dos três poderes, para, inclusive, combater medidas que vão de encontro aos preceitos constitucionais.

Consoante acentua Ingo Sarlet, “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia²⁷²”.

²⁷¹ SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011, p. 107.

²⁷² SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1936.

Para a presente investigação, interessa-nos abordar a questão da universalidade e do acesso igualitário aos serviços públicos de saúde que, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se norma constitucional de caráter fundamental, recebendo, assim, todos os influxos hermenêuticos decorrentes dessa qualidade.

A universalidade está insculpida no art. 196, *caput*, cujo conteúdo determina a distribuição indistinta das ações e de recursos na área da saúde para toda a população, “independentemente de qualquer outra característica que não a de ser humano²⁷³”, não havendo possibilidade de qualquer medida restringir ou excluir determinado grupo de pessoas em desrespeito ao princípio da igualdade²⁷⁴.

O acesso igualitário (art. 196, *caput*) prescreve que todas as pessoas que se encontram na mesma situação devem receber tratamentos indistintos. Esse entendimento entra em harmonia com o próprio valor constitucional da isonomia que prescreve tratamento igual para os iguais. Sob esse aspecto, os casais homossexuais encontram-se em situações idênticas aos casais heterossexuais, não havendo qualquer motivo que justifique o tratamento distinto em qualquer medida prestada pelo sistema de saúde público brasileiro.

Nesse diapasão, o Estado brasileiro, visando efetivar os preceitos constitucionais mencionados e alavancar a prestação de saúde pública no Brasil, elaborou a Lei nº 8.080/90, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Nessa ocasião, estruturou-se, de uma forma nunca antes vista na história do Brasil, um Sistema Único de Saúde, que, de acordo com o art. 4º, constitui-se no “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (...)”.

O motivo pelo qual o sistema é “único”, reside no fato da existência de obrigação solidária dos entes políticos na prestação do serviço, de modo que não existe prestação de serviços exclusiva de qualquer dos entes da federação.

Prescreve a referida lei, entre outros princípios, que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados deverão obedecer a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua

²⁷³ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 75.

²⁷⁴ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 46.

integridade física e moral; e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, I, III e IV).

Portanto, qualquer serviço a ser prestado pelo SUS deve seguir esses mandamentos legais e constitucionais, situação que não acontece com os serviços prestados de reprodução humana assistida, que viola o princípio da igualdade (196, *caput*) e os arts. 7, IV, da Lei nº 8.080/90.

6.5 Direitos derivados a prestações

Conforme já visto e justificado nos itens e capítulos precedentes, existe arbitrariedade na conduta do Estado brasileiro de excluir os casais homossexuais do rol de beneficiários da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Ademais, a fim de respaldar eticamente essa alegação, insta reafirmar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13, que dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, estabeleceu, no item II, 2, que “é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”.

Conforme também foi observado, o direito à igualdade no campo dos direitos fundamentais sociais (considerados como direitos originários a prestações) fundamenta medidas estatais positivas no sentido de criar condições para a diminuição das mais diversas desigualdades no seio da comunidade ou para a realização de direitos fundamentais. Reclama, se for o caso, a criação de políticas públicas no sentido de atender a essas exigências. Deveras, foi essa a base que o Estado brasileiro tomou para criar a Política Nacional de Atenção em Reprodução Humana Assistida, uma vez que, para a busca do direito a ter filhos naturais por parte das pessoas que não podem pagar pelos procedimentos privados, que é uma decorrência do direito ao planejamento familiar em sua vertente procriativa, o Estado Social deve aparecer como agente promovedor. Nesse sentido, o Poder Público atua como agente positivo, uma vez que, em sua vertente procriativa, esse direito consubstancia-se num direito de natureza social e prestacional.

Não é o caso trazido ao debate nesta pesquisa, simplesmente porque o Estado já criou essa Política e apenas está excluindo, de forma arbitrária, um determinado grupo que se encontra em situação idêntica.

O conceito arbitrário de infertilidade adotado pelo Ministério da Saúde, que utilizou a concepção preconizada Organização Mundial de Saúde e pela American Society for

Reproductive Medicine, que consideram infertilidade a ausência de gravidez após 1 (um) ano de tentativas por meio de relações heterossexuais, despreza outras formas pelas quais a infertilidade pode se apresentar, afastando arbitrariamente os homossexuais das prestações de serviços que já contemplam os casais heterossexuais, quebrando, assim, o princípio da igualdade.

Com efeito, diante da própria existência de uma política pública já criada no âmbito do Ministério da Saúde, abre-se a possibilidade para o debate acerca do *direito derivado a prestação*, que é aquele direito fundamental que surge quando o titular de um direito fundamental for excluído de uma prestação social já existente. Trata-se de um direito subjetivo de natureza defensiva, com o objetivo de impedir tratamento discriminatório e viabilizar o acesso à prestação já existente.

A classificação dessa categoria nos direitos de defesa justifica-se à medida que a conduta do Poder Público em não contemplar os homossexuais como beneficiários da Política Nacional de Atenção em Reprodução Humana Assistida é considerada como uma ação e não como uma omissão estatal. Deveras, a atitude arbitrária de excluir os homossexuais deve ser removida com a utilização do direito à igualdade, mas pelo caminho dos direitos de defesa e não pelos direitos prestacionais, que obriga o Poder Público a elaborar uma nova política. Portanto, trata-se de um ato de excluir que, como já visto, corresponde à uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade.

O direito derivado à prestação distingue-se do denominado direito originário à prestação, à medida que este é um direito subjetivo de índole social diretamente extraído da Constituição, sem depender da existência de qualquer política pública já disponibilizada.

Portanto, os direitos originários a prestações correspondem aos direitos dos indivíduos de acesso às prestações estatais independentemente da existência de políticas públicas ou do fornecimento prévio desses direitos por parte do Estado, pois são direitos extraídos diretamente das normas constitucionais.

Já os direitos derivados a prestações surgem a partir da existência de uma prestação estatal que já está disponível. Essa categoria corresponde àquele direito subjetivo que surge quando o titular de um direito fundamental não for contemplado com uma prestação social já existente, de forma a violar o princípio da igualdade material. Diante disso, nasce um direito subjetivo de natureza defensiva, com o objetivo de impedir tratamento discriminatório e viabilizar o acesso à prestação já existente. Portanto, distingue-se do denominado direito originário a prestação, na medida em que esse é um direito subjetivo de índole social diretamente extraído da Constituição, sem depender de existência de política pública.

Sobre a temática, importantes lições foram trazidas por Gomes Canotilho, que entende os *direitos derivados a prestações* (derivate Teilhaberecht) como aqueles que possuem os cidadãos a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei na medida das capacidades existentes²⁷⁵. Nesse sentido, acrescenta o autor que:

(...) à medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: (1) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (ex.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); (2) o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez²⁷⁶).

Chama atenção o alerta de Ingo Sarlet no sentido de que os chamados direitos derivados a prestações não contam com espaço na doutrina brasileira, apesar de ser bastante abordado no direito constitucional alemão desde a década de 70 e, em escala mais reduzida, no português. Como leciona o autor, eles aparecem diante de uma ação estatal pretérita (já concretizada) no âmbito dos direitos prestacionais, cujo amparo encontra-se no princípio da igualdade na hipótese de o particular ser arbitrariamente excluído do rol de beneficiários. É importante ter em mente que essa fundamentação direcionada para o princípio da isonomia trata-se de um típico direito de defesa, ou seja, é um direito subjetivo que ocupa um papel secundário no âmbito dos estudos dos direitos prestacionais. Isso significa que não se exige do Estado esforço maior no sentido de criar uma política pública, pois o direito derivado a prestação pressupõe a existência dela e somente reivindica tratamento igual a pessoas iguais. Sobre o tema, lúcidas são as palavras do autor:

(...) o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos. Todavia, apenas um tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não-autônomo e, portanto, derivado²⁷⁷.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 479.

²⁷⁶ Ibidem., p. 478-479.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 301.

Importante pontuar que somente uma discriminação claramente arbitrária, poderá render ensejo a busca do direito subjetivo derivado a prestação caso não haja possibilidade de eliminar a discriminação de uma outra forma.

De toda forma, salutar acrescentar ensinamentos de Douglas Rangel:

Inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute dos direitos sociais derivados, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discriminação e a garanti-lo do acesso à prestação desejada. Assim, se já implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada pelos meios judiciais próprios²⁷⁸.

Assim, verificando a existência de uma entidade familiar no caso de parceiros do mesmo sexo impõe-se a extensão de todos os direitos decorrentes do planejamento familiar, inclusive em sua vertente procriativa, o que significa dizer que o casal homossexual também tem direito de utilizar o SUS para terem seus filhos de forma natural.

Por isso, defende-se neste trabalho que os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, não podem ser excluídos do rol dos beneficiários da Política Nacional de Atenção em Reprodução Humana Assistida, uma vez que seu acesso tem amplo respaldo na categoria dos direitos derivados a prestações.

Todo esse panorama foi construído diante da evolução do Estado Constitucional prestacional e do aperfeiçoamento da moderna hermenêutica constitucional, com seus modernos métodos de hermenêutica e normatização dos princípios constitucionais. Nesse contexto, desempenham importante papel a dignidade da pessoa humana, o método hermenêutico concretizador, a vertente procriativa do planejamento familiar e a categoria dos direitos derivados a prestações que, inclusive, é pouco explorada pela doutrina.

²⁷⁸ RANGEL, Douglas Eros Pereira. **Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**: uma análise sob a ótica do neoconstitucionalismo. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.87-102, jul./dez.2010, p. 94.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bioética da proteção possui ferramentas adequadas para a promoção de reflexões, no âmbito do Ministério da Saúde, acerca do conteúdo restringido de infertilidade que tem sido adotado na formulação de políticas públicas, especialmente a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Essa vertente da bioética proporcionará uma abertura de visão, uma vez que considera outras hipóteses pelas quais a infertilidade é vivenciada, amparando a pessoa vulnerada que não consegue sozinha ter acesso aos meios que necessita para o exercício de sua autonomia. Essa reflexão caminha em sintonia com a própria Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, que tem, como alguns de seus princípios, o respeito pela vulnerabilidade humana (art. 8º), a igualdade, justiça e equidade (art. 10), a não discriminação e não estigmatização (art. 11), a partilha dos benefícios (art. 15) etc. Aliás, é essa Declaração que faz a “ponte” da bioética com a ciência jurídica, ajudando a fortalecer ambas as disciplinas, bem como os argumentos expostos nesta tese.

O direito não pode fechar os olhos para as transformações ocorridas na sociedade, que tem se mostrado, cada vez mais, complexa ante os novos e diversos arranjos vivenciais encontrados no âmbito das novas entidades familiares, a exemplo da homossexual. Destarte, quando o Estado deixa de reconhecer os mesmos direitos do casal heterossexual ao casal homossexual, impede que o livre exercício de orientação sexual e da própria identidade da pessoa humana, mostrando que, somente aqueles que seguem os padrões sexuais impostos pela maioria é que possuem o livre exercício da própria identidade. Vale mencionar que a homoafetividade é uma forma de manifestação do direito da personalidade de cada indivíduo, não se podendo falar em liberdade sexual se o seu exercício promover consequências jurídicas negativas para a pessoa humana.

Deveras, o tratamento igual da família homossexual revela que, na aplicação das normas do planejamento familiar, devem também ser observados os mesmos direitos e efeitos para as famílias heterossexuais. Assim, se o direito a ter filhos naturais, que decorre da vertente procriativa do planejamento familiar, é reconhecido ao casal hétero, razão nenhuma há para não outorgar mesmos efeitos aos casais homossexuais. Nesse sentido, a política de reprodução humana assistida deve ser revista, em um âmbito de discussão plural dentro do Ministério da Saúde, para que se efetive essa específica reivindicação há muito tempo já perseguida pelos movimentos de direitos humanos, especialmente os ligados os movimentos LGBTs.

É preciso desfazer concepções excludentes permeadas na sociedade que terminam por afetar as pautas dos poderes públicos, desconstruindo modelos impostos de família e de

planejamento familiar construídos pelo autoritarismo impregnado no métodos de implantação da família heterossexual brasileira, que trouxe profundas reflexões na esfera social, pública e jurídica. Em verdade, a construção da sociedade patriarcal fez parte do projeto político de controle social para a preservação de interesses da metrópole portuguesa e da Igreja Católica.

Assim, nos estudos do planejamento familiar no Brasil é obrigatório observar atentamente para os caracteres de todas as culturas populacionais que fizeram parte de nossa civilização e seus influxos na formação do povo brasileiro.

Nesse contexto, a delimitação ética e jurídica do princípio da dignidade humana deve ser buscada em cada época e em consonância com cada contexto histórico, de forma que o novo posicionamento da família, que agora busca sua função social no sentido de fomentar a felicidade e os direitos individuais de seus integrantes, mostra que o planejamento familiar aliado à dignidade humana evidencia novas visões que carregam conjunto de valores incorporados ao patrimônio da humanidade, que vão se agregando materialmente a cada contexto histórico.

Nesse cenário, a teoria dos direitos fundamentais produzida nas últimas décadas fornece amparo adequado para a resolução da problemática, uma vez que revelou uma categoria relativamente nova, intitulada de direitos derivados a prestações, que se constitui num direito subjetivo de receber tratamento igual diante de políticas públicas já criadas.

Nesse panorama de incompreensão, há ainda quem considere eticamente incorreto procurar a reprodução humana assistida diante de muitas crianças desamparadas no Brasil e que poderiam ser adotadas. Só que tal pensamento desconsidera flagrantemente a liberdade individual de cada um, subsistindo ainda o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida e o direito à diferença que legitima o desejo de fornecer material próprio para a concepção²⁷⁹.

De toda forma, revela-se verossímil afirmar que o princípio da dignidade humana possui papel importante na busca pelo direito a ter filhos naturais por parte dos casais homossexuais no âmbito do planejamento familiar, o que vai fornecer substrato necessário para que o Poder Judiciário, em caso de omissão, faça valer esse direito para os homossexuais biologicamente férteis, mas psicologicamente inférteis, que não têm condições de arcar com os custos de procedimentos privados de reprodução humana assistida e estão arbitrariamente excluídos da Política Nacional ora debatida.

²⁷⁹ AGUIAR, Mônica Neves. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, v. 1, p. 102.

Porém, o papel do Poder Judiciário deverá ser feito com cautela, uma vez que existem filas de casais que estão a espera desse tratamento pelo SUS, aliado ao fato de que o juiz não possui os meios necessários para saber qual procedimento será mais apto para cada situação. Nesse sentido, entende-se que a ação coletiva está mais apta a construir um acesso igualitário aos serviços, pois uma ordem judicial no sentido de aumentar a oferta dos serviços não prejudicaria a isonomia em eventuais “furadas de fila” por meio de liminares concedidas individualmente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, J. A. Lindgren. **A Conferência do Cairo sobre população**. DHNet. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/alves.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ANDORNO, Roberto. La dignidade humana como fundamento de La Bioética y de los Derechos Humanos em La Declaración Universal. In: ESPIELL HG, Sanchez Y G (Coords.). **La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO**. Granada: Comares, 2006.

AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho**: ensayo filosófico–jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madri: Trotta, 1999.

ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013.

ASCHOCROFT, R. **The troubled relationship between Bioethics and Human Rights**. Law and Bioethics. 2008(22).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Aufi-Baden-Baden: Nomos Verl. Fes., 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 13 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Biblioteca Digital do Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA). **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim. 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/visualizar_texto.cfm?idtxt=285>. Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. **Ministério das Relações Exteriores**. Disponível em: <<http://www.dc.mre.gov.br/imagens-e-textos/revista1-mat7.pdf/view>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. **Setor de reprodução humana assistida do hospital das clínicas da faculdade de medicina de Ribeirão Preto**. Como agendar. Disponível em: <<http://rgo.fmrp.usp.br/rh/index.php/component/content/article?id=20>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. **Setor de Reprodução Humana do Centro de Referência em Saúde da Mulher – Hospital Pérola Byington-SP**. Reprodução humana. Disponível em: <<http://www.hospitalperola.com.br/reproducao-humana.php>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

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

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. **Psicologia simbólica junguiana**: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação. São Paulo: Linear B, 2008.

CAHILL, Lisa Sowle. Paternidade/maternidade em perspectiva. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. (Orgs). **Bioética**: poder e injustiça. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Dissertação de mestrado. Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

CÂMARA, Emmanoel Fenelon Saraiva. **Dom Pedro II e a Psicologia da Identidade Brasileira.** Brasília: Centro Hinterlândia, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estado de Direito.** Lisboa: Gradiva, 1999.

CHAGAS, Márcia Correia; LEMOS, Mariana Oliveira Lemos. **O direito ao planejamento familiar como direito humano fundamental autônomo e absoluto?** Anais do XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Belo Horizonte - MG, 2011.

CHILE. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. **Glossário revisado da Terminologia das técnicas de reprodução assistida (TRA)**, 2009. Disponível em: <http://www.redlara.com/aa_portugues/glossario.asp>. Acesso em: 17 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003.

CORRÊA, Marilena C.D.V. **A tecnologia a serviço de um sonho.** Um estudo sobre a reprodução assistida no Brasil. [tese de doutorado] Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 1997.

DALL'AGNOL, Darlei. **Filosofia e bioética no debate público brasileiro.** Idéias - Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Unicamp. v. 1, n. 4 (2012).

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **União Homossexual: o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Debora. **Etnografia da infertilidade**. Universidade de Brasília, Brasília, Brasil. Cad. Saúde Pública vol. 24 n°. 1 Rio de Janeiro Jan. 2008.

_____. **Quem pode ter filhos?** In: Ensaios: bioética. COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DINIZ, Débora; GUILLEM, Dirce. **Bioética feminista**: o resgate político do conceito de vulnerabilidade. Revista Bioética, v. 7, n. 2, 1999. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2459/6/ARTIGO_Bio%C3%A9ticaFeministaResgate.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS. **Recenseamento do Brazil em 1872**. Internet Archive. São Francisco. Disponível em: <<https://ia802702.us.archive.org/25/items/recenseamento1872bras/ImperioDoBrazil1872.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. Família. In: FACHIN, Luiz Edson. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006.

FARIA, Anna Amélia de. **Leia na minha camisa**. Cógito. Vol.13. Salvador, nov. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIGUEIREDO, Antônio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. **Bioética**: uma crítica ao principialismo. Derecho y Cambio Social. n. 17. Ano VI. La Molina. Lima, Peru. 2009.

FIGUEIREDO, Luciano. Mulheres nas Minas Gerais. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no collège de France. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da sexualidade**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção Integrada de Justiça. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARRAFA, Volnei. **Centro de Bioética**. 16 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Destaques&id=124>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

GARRAFA, Volnei. Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. **Bases conceituais da bioética**: enfoque latino-americano. São Paulo: Gaia, 2006.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **A influência da reforma sanitária na construção das bioéticas brasileiras**. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 16, n. 1, março, 2011.

_____. **Bioética de intervenção**: considerações sobre a economia de mercado. Revista Bioética, Vol. 13, nº 1, 2013.

GARRAFA, Volnei; SILVA; Leonardo Eustáquio Sant'Anna; DRUMONDD, Adriano. **Bioética de intervenção**: uma prática politizada na responsabilidade social. Universitas: ciências da saúde. vol. 9. n. 2. 2011.

GRACIA, D. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Algunas claves para su lectura. In: ESPIELL HG, SANCHEZ, YG. **La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO**. Granada: Comares, 2006.

GUILHEM, Dirce. **A conquista da vulnerabilidade**. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05\(varios\)roundpatrao.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05(varios)roundpatrao.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2014.

GURGEL, Wildoberto B. O que é mesmo Bioética? In: **Meio ambiente, direito e biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOOFT, Pedro Frederico. Bioética e direito? ou Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

INGLATERRA. Report of the Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology. 1984. Londres: **Department of Health & Social Security**. Chairman - Dame Mary Warnock DBE. Disponível em: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição** (A justiça constitucional). Revista Direito Público. Instituto Brasiliense de Direito Público, v.1, nº.1, jul-ago-set, 2003.

KOTTOW, Miguel H. Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. Bioética de Protección. In: TEALDI, Juan Carlos. **Dicionário Latino-americano de Bioética**. UNESCO.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. **Direito civil: famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

MASTERS, Willian H., JOHNSON, Virginia E., KOLODNY Robert C. **O relacionamento amoroso: segredos do amor e da intimidade sexual**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos**. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 5, n. .8, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. Prefácio Luiz Regis Prado. Ciência do direito penal contemporânea. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK,

Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NÓBREGA, Manuel. **Cartas do Brasil e mais escritos do padre Manuel da Nóbrega**. Ed. Serafim Leite. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Interface entre bioética e direitos humanos: perspectiva teórica, institucional e normativa**. (Doutorado em Ciências da Saúde). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. Brasília, 2012.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; CARREIRO, Natália Maria Soares. **Interconexão entre Direito à luz das dimensões teórica, institucional e normativa**. Revista Bioética. vol. 21, n 1 – 2013. Brasília-DF. Conselho Federal de Medicina.

OLIVEIRA, Cecília Barroso de. **O direito à autonomia ético-existencial da pessoa homossexual na constituição da família como decorrência dos princípios da igualdade e da liberdade** (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2009.

OLLIVIER, Michèle. **Status em sociedades pós-modernas: a renovação de um conceito**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. n. 77. São Paulo, 2009.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução e introdução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2001.

PINHEIRO NETO, Othoniel. Direito fundamental à saúde: um discurso acerca do patenteamento da biotecnologia. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, v. 23, 2012, p. 89-110.

PIOVESAN, Flavia. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

_____. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: Samantha Buglione. (Org.). **Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002, v. 1.

PRIORE, Mary Del. **História do amor no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2015.

_____. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. In: PRIORE, Mary Del (org.). **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013.

RAMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: PRIORE, Mary Del (org.) **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.143, 1999.

RANGEL, Douglas Eros Pereira. **Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível: uma análise sob a ótica do neoconstitucionalismo**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.87-102, jul./dez.2010.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 1 ed. 14ª reimpressão. São Paulo: Companhia da Letras, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHRAMM, Fermin Roland. **A Bioética da Proteção pode ser uma ferramenta válida para resolver os problemas morais dos países em desenvolvimento na era da globalização?** In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. vol. 16.

_____. Bioética sem universalidade? Justificação de uma bioética latino-americana e caribenha de proteção. In: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. **Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano**. São Paulo: Gaia, 2006.

SCHRAMM, Fermin Roland; PONTES, Carlos Antônio Alves. **Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável**. Cad. Saúde Pública. vol. 20, n 5, Rio de Janeiro Set/Out. 2004.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

SEQUEIRA, Ana Lúcia Tiziano. **Potencialidades e limites para o desenvolvimento de uma política de atenção em reprodução humana assistida no SUS**. Tese de doutorado. Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher. Instituto Fernandes Figueira. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 2011.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e. **Reprodução Humana Assistida entre mulheres homossexuais**. (Mestrado em relações sociais e novos direitos). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2011.

SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do princípio da Dignidade Humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: Rosmar Antonni Rodrigues

Cavalcante de Alencar. (Org.). **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1 ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, v. 1.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUSNTEIN, Cass R. **Why does the American Constitution lack social and economic guarantees?** The Law school. The University of Chicago. Janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/36.crs_.constitution.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: TAYLOR, Charles (ed.). **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdad y diversidad: las nuevas tareas de la democracia**. 2 ed. Trad. Ricardo González. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

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

VAINFAS, Ronaldo. Homoerotismo feminino e o santo ofício. In: PRIORE, Mary Del (org.) **A história das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013.

WARNOCK, Mary. **Fabricando bebés: existe un derecho a tener hijos?** Barcelona: Gedisa, 2004.