XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho; Saulo De Oliveira Pinto Coelho; Sérgio Henriques Zandona Freitas - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-451-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3. Cotas.

4. Vulnerabilidade. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado em Brasília – Distrito Federal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, a Universidade Católica de Brasília – UCB, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, no período de 19 a 21 de julho de 2017, sob a temática DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas.

O Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas III desenvolveu suas atividades na data de 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB), em Brasília-DF, e contou com a apresentação de vinte artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema de políticas públicas brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

1 - O trabalho desenvolvido por Jordana Viana Payão, “Políticas Públicas em tempos de crise”, aborda as questões relativas aos discursos jurídico e político relativo a políticas públicas frente ao atual cenário de crise econômica e política;

2 - Marina Fagundes de Araújo e Fernando Rodrigues de Freitas buscam, em seu trabalho, responder se “é possível a judicialização de Políticas Públicas?”, pelo que defendem que o uso excessivo do instrumento do controle judicial de políticas públicas possui efeitos “anti-democráticos”, já que, segundo os resultados das análises dos autores, a judicialização estimula o abandono no debate, no plano político, sobre as políticas públicas e seus desenhos institucionais;

3 - O trabalho de Ludmila Kolb de Vargas Cavalli e Rodrigo Garcia Schwarz investiga se a reserva do possível atende ao modelo constitucional brasileiro de Estado e se é compatível com o tratamento conferido aos direitos fundamentais sociais. Os autores concluem que a aplicação irrestrita da reserva do possível fere não apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mas também atenta contra o modelo eleito pela Constituição de 1988;

4 - Carolina de Moraes Pontes e Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez tratam das limitações à iniciativa parlamentar para regulação de políticas públicas no modelo constitucional brasileiro. O trabalho argumenta que o sistema constitucional estabelecido limita a atuação parlamentar na definição e aprimoramento de políticas públicas de promoção de direitos fundamentais, já que o poder executivo assume um papel protagonista no modelo brasileiro;

5 - O trabalho de Rafael Araújo de Sousa e Clara Cardoso Machado Jaborandy trata da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Aborda também as insuficiências na compreensão do conceito de serviços públicos e de direito subjetivo frente ao serviço público, na dogmática jurídica brasileira. O trabalho busca demonstrar o fracasso das tentativas de solução dos problemas das políticas públicas de saúde por meio da judicialização, bem como busca evidenciar o potencial dos meios dialogais de tratativa dos conflitos relativos a políticas públicas;

6 - O trabalho apresentado por Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga, discute a crise de efetividade constitucional nas políticas públicas, a partir da análise específica da crise de representatividade democrática no caso da política de serviço de saúde prevista na Lei 13.097 de 2015, que prevê a abertura ao capital estrangeiro no setor da prestação de serviço de saúde no Brasil;

7 - O trabalho dos autores Romário Edson da Silva Rebelo e Raimundo Wilson Gama Raiol, aborda a tratativa acerca do contexto, do imaginário e do e das linguagens que estão na base das políticas públicas do SUS para os cuidados da pessoa com deficiência, buscando apresentar as implicações dessas formas de abordagem para a efetividade dessas políticas, com enfoque na realidade de Belém do Pará. O trabalho analisa também o estado da arte do subsistema de cuidados da pessoa com deficiência no sistema SUS, na busca por um diagnóstico das disparidades e insubrasileiras e esse respeito;

8 - Na sequência, o trabalho de Ana Paula Oliveira Avila e Karen Cristina Correa De Melo analisa a introdução de novas drogas no sistema de saúde brasileiro, comparando as práticas nacionais, com o modelo propugnado pela Organização Mundial de Saúde. São enfocados dois problemas principais no contexto brasileiro: a intervenção do legislativo nas práticas estabelecidas pelo executivo e a intervenção do judiciário nessas mesmas práticas;

9 - O trabalho de Andreza Casanova Vongrapp Santos e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro apresenta uma análise do ciclo de formação de política pública na questão do fornecimento de medicamento de alto custo. Por meio de uma abordagem empírica, procura

demonstrar que o controle judicial dessa política opera com tomadas de decisão do judiciário sem uma consideração consistente sobre a questão enquanto políticas públicas na fundamentação das decisões. Em outras palavras, o trabalho defende que o Judiciário aborda essa temática de modo atomizado, sem uma consideração como política pública, linguagem quase ausente nos discursos de fundamentação judicial;

10 - Para Michel Belmiro Ilibio e Reginaldo de Souza Vieira, o texto apresentado objetiva analisar, com base nos relatórios finais das Conferências Nacionais de Saúde, o tratamento dado à participação popular nas Conferências Pós Constituição 1988. Ressaltam que as Conferências remontam a década de 30, porém, foi somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 que assumiram o caráter de espaço público;

11 - No trabalho de Claudio Antonio Marques da Silva e Jaime Meira do Nascimento Junior, as políticas públicas relativas à promoção do direito à moradia e à promoção da proteção à pessoa idosa são analisas tendo em vista a busca por verificar as questões-problema quanto ao acesso ao direito à moradia, pelo idoso, no Brasil;

12 - No texto de Joao Ricardo Vicente e Paulo De Tarso Ferreira De Carvalho, demonstrada a importância da Educação e do Direito em prol do desenvolvimento e redução de desigualdades, com destaque para a educação ambiental, que leva ao exercício da cidadania;

13 - Os autores Marisa Rossignoli e Pedro Antonio de Oliveira Machado abordam a expansão do Ensino Superior no Brasil e a meta no Plano Nacional de Educação- PNE 2014-2024, com o investimento de recursos públicos em política de acesso, principalmente através do FIES e PROUNI;

14 - O trabalho de Abgail Denise Bisol Grijo e Maurinice Evaristo Wenceslau trata das políticas públicas para educação para a cidadania e os direitos humanos e sua relação com a efetividade de práticas de sustentabilidade socioambiental, por meio de uma pesquisa acerca da participação da sociedade brasileira em atividades de educação para a cidadania no âmbito da sustentabilidade e do meio ambiente;

15 - Já o trabalho de Claudiane Silva Carvalho trata do tema da política pública de inserção social pelas ações afirmativas relativas às cotas de acesso ao ensino superior no Brasil. Nessa temática, aborda especificamente as potencialidades da aplicação do modelo de coalizões de advocacia (MCA) na questão da política de cotas, num horizonte de treze anos, a partir da

tratativa das atuações dos grupos e bancadas parlamentares, seus interesses e suas dinâmicas. Busca-se, como um dos resultados, apresentar a formação de duas principais coalizões sobre a questão, a “humanística” e a “meritocrática”, assim identificadas no trabalho;

16 - No texto de Roseana Ciliao Sacchelli as políticas públicas de educação tem papel relevante na redução da pobreza, no aumento das oportunidades de trabalho e na prosperidade econômica, com destaque para os avanços tecnológicos e o ensino à distância como mecanismo de inclusão da educação de qualidade para grande número de pessoas, que estão distantes de centros de formação;

17 - Dalmo Vieira Pedrosa aborda, pela análise dos princípios constitucionais inerentes à solidariedade tributária, a obrigatoriedade do exercício da competência tributária para instituição do imposto sobre grandes fortunas, com destaque para a efetivação dos direitos sociais, ampliação do mínimo existencial e, responsabilidade do estado pela não implementação de políticas públicas;

18 - No trabalho de Domingos do Nascimento Nonato e Maria das Graças Tapajós Mota destaque para o reconhecimento e promoção da diversidade etnicorracial brasileira na Lei 10.639/2003, com foco na efetiva contribuição da cultura africana e afro-brasileira para as formações histórico-cultural-social e na necessária garantia do direito fundamental à igualdade etnicorracial aos alunos negros no Brasil;

19 - Para Andrea Silvana Fernandes de Oliveira e Soraya Braga de Sousa Dantas a pesquisa atingiu a possibilidade da responsabilidade civil do Estado por omissão, especificamente quando ocorre a falta de prestação do mínimo existencial e a pratica dos furtos famélicos para o indivíduo saciar suas necessidades básicas, como forma de reação do rompimento com as regras sociais;

20 - Finalmente, o texto de Simone Oliveira Flores da Silva e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann analisa a natureza obrigacional do Estado em prestar assistência integral ao direito de gerar observado o planejamento familiar, na perspectiva da efetividade dos direitos reprodutivos, em especial às reproduções assistidas em cotejo ao direito à saúde na concepção do liberalismo político rawlsiano, para daí chegar na concepção humanística do estudo ligado às políticas públicas.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e

retrocessos das políticas públicas no Brasil e a necessidade de se evoluir na discussão sobre os Direitos Sociais no país.

Assim, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Direitos Sociais e Políticas Públicas III, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito brasileiro.

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho (USP)

http://lattes.cnpq.br/2965843631678123

cerezzo@usp.br

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho (UFG)

http://lattes.cnpq.br/6725961067847325

saulopintocoelho@yahoo.com.br

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

http://lattes.cnpq.br/2720114652322968

sergiohzf@fumec.br

DESCENDÊNCIA GENÉTICA: OS DIREITOS REPRODUTIVOS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

GENETIC OFFSPRING: REPRODUCTIVE RIGHTS FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Simone Oliveira Flores da Silva [1]
Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann

Resumo

Promove a interpretação dos direitos reprodutivos, em especial no que diz respeito às reproduções assistidas, em cotejo ao direito à saúde na concepção do liberalismo político rawlsiano. Realiza pesquisa de abordagem qualitativa e exploratória para analisar a natureza obrigacional do Estado em prestar assistência integral ao direito de gerar de acordo com o planejamento familiar, na perspectiva da efetividade dos direitos reprodutivos numa concepção humanística.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos, Planejamento familiar, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

It promotes the interpretation of reproductive rights, especially with regard to assisted reproductions, in comparison to the right to health in the conception of Rawlsian political liberalism. It performs a qualitative and exploratory research to analyze the obligatory nature of the State in providing integral assistance to the right to generate according to family planning, in the perspective of the effectiveness of the reproductive rights in a humanistic conception.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reproductive rights, Family planning, Human rights

[1] Advogada, professora em Direito Civil e doutoranda em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ.

INTRODUÇÃO

A partir das últimas décadas do século XX a humanidade vem assistindo aturdida a espetaculares avanços no campo da ciência nunca antes imaginados, em razão da união entre a ciência e a técnica. Esses promissores avanços das ciências, em especial as ciências biológicas, pegaram desprevenidas as denominadas ciências do "dever ser", promovedoras das regras de organização e condutas sociais postas pelo Estado, a saber, a Ética e o Direito.

Uma das temáticas que desafiam o século XXI está relacionada com a questão própria da vida humana, seu início, seus limites, seu fim. Trata-se de saber até que ponto as ciências voltadas para a vida e, especificamente as tecnologias fruto dos avanços do conhecimento, podem ou devem manipular ou alterar a natureza humana. O certo, entretanto, é que a resposta ética necessária à elucidação dessa questão - até o presente - não logrou a profundidade, a amplitude e a riqueza que o tema em estudo requer, não obstante, esteja em franco desenvolvimento a ciência bioética.

As grandes descobertas na área da medicina, da microbiologia e biologia abriram campos de reflexão ética e jurídica, provocando debates, principalmente em relação à reprodução humana, tendo em vista o forte componente religioso, ético e moral que envolve a questão. Ao decifrar os mistérios da reprodução os cientistas e pesquisadores conheceram o poder de trazer uma nova vida ao mundo de modo induzido, devolvendo a homens e mulheres, até então tidos como inférteis, o direito à descendência.

O objetivo do presente artigo é refletir criticamente sobre a relevância da concretização e democratização da utilização dos métodos de reprodução humana assistida a quem necessite, ou seja, não só apenas as pessoas com poder aquisitivo para realizar o projeto parental, mas as pessoas que sofrem de infertilidade/esterilização e que não podem gerar a prole desejada e não pretendem se valer do instituto da adoção.

1- A DIMENSÃO DA FILIAÇÃO: A HERMENÊUTICA CONSTRUTIVA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A família no Código Civil de 1916 se constituía e se legitimava pelo casamento, conferindo a indissolubilidade do vínculo matrimonial pela mantença da “paz doméstica”, a chefia do marido pela sociedade conjugal e a discriminação dos filhos não matrimoniais.

Com as mudanças de uma sociedade industrial que atravessou o século XX sacudida por duas grandes guerras e levou a mulher a assumir um lugar no mercado de trabalho, com o passar do tempo, um novo modelo familiar foi sendo concebido paulatinamente. A Constituição Federal de 1988, ao assumir como valores fundamentais de liberdade, dignidade, igualdade e afetividade, finda por consagrar esse novo perfil familiar.

Remete-se a Pietro Perlingieri,

> "A família como formação social, como "sociedade natural",é garantida pela Constituição não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa. A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.[1]

O Código Civil de 2002, cujo projeto foi gestado nos anos 70, não teve o condão de harmonizar e equacionar tantas alterações e mudanças ocorridas na sociedade, até mesmo pela Constituição Federal de 1988. Observa-se, da estrutura codificada, ainda uma mentalidade patrimonialista: parte geral, obrigações e contratos (circulação de bens), direito de empresa, direitos reais (proprietário de bens), direito de família e sucessões (regime de bens e consequência patrimonial *causa mortis*).

Conforme análise de Luiz Edson Fachin: "A distribuição das matérias no projeto obedece, pois, a uma racionalidade patrimonialista. Tal racionalidade está em desacordo e afronta a tábua axiológica calcada na dignidade da pessoa humana.[2]

Porém, novos modelos foram alcançados – a estrutura familiar partiu principalmente da noção de filhos oriundos do casamento para simplesmente filhos, ou seja, de um modelo unitário e matrimonial para um modelo plural, não centrado no casamento, e sim, em outras formas de entidades familiares. Desmistificou a legitimação dos filhos e consagrou o princípio da não discriminação. Enfatiza, por isso, o critério da afetividade como amálgama e norteador do estado de filiação. Os intérpretes do direito se deparam com um fundamento no valor jurídico da posse de estado de filho como instrumento a nortear entre a verdade biológica e a sócio-afetiva.

Dessa forma, proclama-se com o Direito Civil brasileiro uma hermenêutica construtiva do direito das famílias a propiciar uma construção apta da cidadania justa.

No dizer de Luiz Edson Fachin,

---

[1] , PERLINGIERI, Pietro. Pefis do Direito Civil: tradução de: Maria Cristina de Cicco, 2ª Ed.- Rio de Janeiro: Renovar, 2002,p. 243/244.

[2] .FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Boletim da faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Vol. LXXVI (separata). Coimbra, 2000.p.133.

> Em verdade, uma lei se faz código concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, a ética e os valores constitucionais. Será no provir que a sociedade brasileira poderá nele ver uma família aberta e plural, até porque não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta. [3]

A releitura dos novos contornos da filiação à luz da Constituição Federal se deve na expressão da afetividade na família plural. O legislador fez reconhecer valores que propugnavam por uma totalidade do real, sob pena de permanecer na seara do desequilíbrio e da injustiça. Nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal se verifica uma preocupação com as entidades familiares, não centrando no universo no casamento; é estabelecida a igualdade dos filhos sem discriminação quanto à origem e a igualdade entre marido e mulher; consagra os direitos reprodutivos do casal, dispondo como princípios nucleares o da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, tudo partindo dos fundamentos essenciais enfocados nos princípios da liberdade, igualdade e afetividade, possibilitando a realização da personalidade do ser humano.

No debate da contemporaneidade, a dimensão da filiação em relação à descendência genética se coloca como um termômetro nas reflexões éticas, religiosas e jurídicas.

Nessa perspectiva, aduz Guilherme Calmon Nogueira da Gama considera que

> "O Direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área da reprodução humana, mormente na questão envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação. Entre os rumos das transformações das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista permitiu a ocorrência de importante fenômeno, a saber, a desbiologização – a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico".[4]

Assim, nessa travessia pela qual passa a filiação/paternidade é que se revela uma evolução do sentir desses critérios.

Inicialmente houve como parâmetro o critério jurídico, em que um sistema conservador e hierarquizado predominava na codificação civil pátria e serviu de sustentação para uma ficção legal no estabelecimento da paternidade. Com o interesse na preservação da dita "paz doméstica" da família matrimonializada, aceitava-se uma mentira para mascarar uma verdade na filiação. A comprovação de um vínculo genético se dava pela comprovação da "posse de estado de casado". Forma-se a presunção *pater is est* , na qual o filho de mulher casada era do marido, preponderando tal paternidade sobre a biológica. Se a mãe fosse casada, o filho presumidamente só poderia ser do marido.

---

[3] FACHIN, Luiz Edson. Código Civil: lei nova e velhos problemas. Revista jurídica. Del Rey, p. 18.

[4] GAMA, Guilherme. Filiação e reprodução assistida. Introdução ao tema sob a perspectiva civi-constitucional. Problemas de direito civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord)- Rio de Janeiro, Renovar, 2000. p. 528.

Esse critério baseado nas relações familiares iniciadas pelo matrimônio, estava lastreado numa teleologia de pretensa preservação da família.

O progresso das ciências biológicas e das técnicas de reconhecimento da paternidade em laboratório por meio do exame do DNA promovera verdadeira revolução na determinação da paternidade. Com uma identificação de aproximadamente 99,99% de certeza, surge nesse momento o critério biológico. São os avanços da ciência interferindo na constatação da paternidade.

Formaram-se, então, duas bases correlatas para a determinação da paternidade: a jurídica e a biológica. A descendência matrimonial detinha a paternidade jurídica (decorrente da presunção *pater is est*) e a paternidade biológica (decorrente dos laços de sangue).

Nesse trilhar, as conquistas científicas obtidas por meio dos testes de DNA merecem ser lidas na existência de um direito à biparentalidade biológica, no sentido do direito à identidade pessoal. Se o vínculo biológico se fortaleceu com uma segurança jurídica ao estado de filiação alcançado com os testes de DNA, essa mesma segurança pode não corresponder à ligação basilar que une pais e filhos: o elo afetivo.

Nesse caminhar outro critério se revela no cenário dos fatos social e juridicamente relevantes, a saber, o socioafetivo - a paternidade construída a partir dos laços de afeto, cuidado, respeito e amor. A paternidade biológica por si só não possui o condão de amalgamar os laços de uma relação de familiar na acepção do termo, pois não consegue alcançar esse valor afetivo.

Entendendo que somente os vínculos biológicos não podem substituir os laços afetivos, percebe-se que de todos os critérios, o socioafetivo é o mais apropriado para a definição de filiação, já que envolve muito mais do que a ciência ou a comprovação biológica, envolve o carinho, o amor entre outros sentimentos que manterão a relação entre pais e filhos.

1.1 Sobre a normatização da intervenção tecnocientífica no processo de reprodução.

Com o advento do Código Civil de 2002, a reprodução assistida no direito brasileiro ganhou foros de legitimação, regulamentada nos incisos III, IV e V do art. 1597. Trata-se da normatização civil da intervenção tecnocientífica do homem no processo de reprodução.

No âmago da inovação trazida pelo citado dispositivo do Código Civil, modificações interpretativas habitam as presunções de paternidade em decorrência de uma hermenêutica construtiva do direito das famílias, em especial no direito da filiação. O artigo 1597 pontifica uma vertente constitucional, fazendo frente a uma interpretação manifestada nas duas filiações, a biológica e a socioafetiva. Na filiação advinda da técnica de procriação assistida heteróloga há um elemento diferenciador: ausência de relação sexual. Diante desse fato o fator biológico não é critério determinante para a paternidade. Com isso, surge a presunção de paternidade decorrente dessa técnica- seria absoluta ou relativa? Entende-se que é seria absoluta, traduzida no consentimento revelando a vontade no projeto parental, onde a criança não pode ficar a mercê de mudanças desse querer na construção do elo afetivo.

Com base no entendimento do Conselho Nacional de Justiça adotado na I Jornada Nacional de Saúde, em 2014, os enunciados 39, 40 e 45[5] revelam a prevalência do critério socioafetivo em relação ao biológico. Vislumbra-se um leque de possibilidades no tocante às práticas de reprodução assistida, desconstruindo o mito da paternidade/maternidade biológica.

A importância da Constituição Federal nessa matéria se mostra em perfeita sintonia com os ditames do Direito de Família, que agora assume um novo viés o de Direitos das Famílias, em sua vertente no plano da filiação com as modernas práticas de reprodução assistida. Porém, cumpre ressaltar o papel das autoridades legislativas concernentes em conduzir esse acesso de forma controlada, sob pena de consequências alarmantes para a sociedade.

Assim, analisa-se, em seguida, a relação desse pensamento ampliativo e distributivo das técnicas de reprodução assistida numa visão filosófica política.

2- ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL À LUZ DO LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS

[5] ENUNCIADO N.º 39. O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.
ENUNCIADO N.º 40. É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.
ENUNCIADO N.º 45. Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.

Ao longo da história da sociedade, as relações travadas entre os homens permaneciam limitadas por situações da época, onde o Estado não intervinha nessas relações fundamentais.

O Direito Civil nasce como estrutura básica do direito privado, amarrando situações novas em decorrência do movimento social advindo das relações obrigacionais que posteriormente iria ser a base negocial de toda e qualquer relação jurídica patriarcal[6].

Apesar de operar o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, a grande maioria da sociedade vivia sob a égide de uma imperativa força de trabalho vinculada a operacionalização de bens, caminhando, assim, por uma desigualdade social dos menos favorecidos. O perfil do liberalismo oitocentista permitia condições de desenvolvimento dos direitos privados, e conforme Carmem Lúcia Silveira Ramos,"(...) no âmbito da família, de perfil patriarcal, centrou-a exclusivamente no matrimônio, a par de situá-la precipuamente como um núcleo de apropriação de bens. A deficiência deste modelo, consagrado em nossa codificação civil, para atender às emergências sociais, no entanto, só em momento recente passou a ser cogitada".[7]

Observa-se a clássica dicotomia entre o público e o privado, cada qual com seus regramentos e definições, sem a invasão dos institutos. Sendo o protagonista das relações de direito privado, o Direito Civil marca uma etapa do desenvolvimento do homem na sociedade, como realidade social em um contexto histórico.

Como enfatiza Pietro Perlingieri,:"

> "O Direito é ciência social que precisa cada vez maiores aberturas...; ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, "existencial", que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como "coexistência".[8]

Porém, a divisão entre o público e o privado norteou a cultura do intérprete para campos bem delineados e marcados, como se fossem âmbitos inteiramente desconectados do universo jurídico. Consequência desse raciocínio é que nas relações de direito privado apenas o Código Civil se mostrava pertinente, restando aos princípios constitucionais uma forma subsidiária de aplicação ao intérprete. O Código Civil sempre representou o

---

[6] DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In: Direito Civil Constitucional, coordenador: Renan Lotufo, Caderno 3, Malheiros. Editores – São Paulo, 2002.,p.15.

[7] RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Famíla sem casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica- Rio de Janeiro. São Paulo, Renovar, 2000.p.103.

[8] PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional . 2ª ed.- Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

centro normativo de direito privado, por se preocupar em regular com inteireza e completude as relações entre particulares.

Havia uma verdadeira cisão na estrutura jurídica liberal no sentido de que a Constituição apenas deveria se preocupar em regular a dinâmica organizacional dos poderes do Estado, enquanto que ao Código Civil estava reservado o regime das relações intersubjetivas, o espaço sagrado e inviolável da autonomia privada.

O excessivo individualismo e a liberdade sem limites foram causa das grandes desigualdades sociais. Houve a necessidade de o Estado interferir nas relações de direito privado para reduzir tais desigualdades e limitar a o excesso de liberdade de alguns indivíduos, protegendo as classes desfavorecidas, na busca de uma igualdade substancial.

Pouco a pouco o Código Civil vai perdendo o seu papel de "Constituição" do direito privado. A imagem de código idealizado como um sistema fechado foi sendo apagada, surgindo diversas leis especiais e, aos poucos, o Direito Civil foi se fragmentando.

Assim, a Constituição assume um novo papel de regência das relações privadas, conferindo uma nova unidade do sistema jurídico. A posição hierárquica da Constituição e sua ingerência nas relações econômicas e sociais possibilitam a formação de um novo centro unificador do sistema, definindo seus verdadeiros pilares e pressupostos de fundamentação.

Uma nova ordem se apresenta: matérias que até então eram restritas ao direito privado, ganham espaço no novo cenário – direitos da personalidade, direito da propriedade, contratos, família. A Constituição passa, portanto, a definir os princípios e as regras relacionados a esses temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade, como a função social da propriedade, organização da família e outros. A partir daí, a velha bipartição entre o público e o privado cede espaço para a constitucionalização dessas categorias, pois se percebeu a insuficiência dos resultados adquiridos de uma interpretação estritamente estanque. Assim, foi se derrubando o paradigma individualista do Estado Liberal e do cidadão dotado de patrimônio, e passou-se a adotar um novo paradigma com direcionamento solidarista, intervencionista e com uma preocupação na cidadania na realização de direitos.

As constituições começaram a trazer em seu bojo regras e princípios típicos de direito civil e a valorizar a pessoa humana assentando-a acima dos bens patrimoniais. O signo passa a ser o da justiça social ou distributiva e, paulatinamente, a liberdade foi sendo limitada, com a intenção de se obter uma igualdade substancial. Com esse pensar e

refletir se inserem novos temas ligados aos preceitos fundamentais. O elo ente o público e o privado remete ao direito à saúde, com interesse na efetivação de cidadania e, ao mesmo tempo, na contemplação do bem estar pessoal do indivíduo.

O direito à saúde, compreendido como direito de todos e dever do Estado, está na nossa Constituição brasileira de 1988 como um direito social. Nos termos do art. 6º dispõe: *"Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*".

Infere-se, assim, que a interpretação deve ser balizada através de valores e princípios fundamentais, dando suporte e credibilidade ao sistema. Inquestionável, portanto, o papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, não resta dúvida o papel do Estado em garantir as pessoas um mínimo de condições dignas de saúde, num contexto geral da expressão. Quando o Estado não fornece, o Poder Judiciário o faz cumprir com a finalidade de efetivação dos direitos sociais de uma política pública eficiente de saúde.

Como bem aponta o Supremo Tribunal Federal:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. *AGRAVO REGIMENTAL* EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.*(AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE.*

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana se revela como o fundamento de validade de toda uma interpretação jurídica e filosófica que convida a refletir a respeito da base existencial do ser humano em sua qualidade de vida digna, passando necessariamente pelo conceito de justiça. Os direitos de liberdade e igualdade estão intimamente associados e interligados ao tema do direito à saúde, direitos reprodutivos e direitos humanos.

Nesse momento, cuida-se de mergulhar, ainda que sem a pretensão de esgotar a temática, na concepção libertária, de feição social-democrata, do filósofo político John Rawls. Como equacionar sua teoria em relação ao direito à saúde?

John Rawls apresenta uma concepção de justiça marcada pela equidade. Ele propõe uma forma de organização da sociedade em que a grande preocupação é a justiça. Propõe um novo modelo de contrato social em resposta ao utilitarismo.

Mas como construir e manter uma sociedade justa? Como distribuir bens, direitos e bens primários nessa sociedade? O autor parte de algumas concepções gerais pelas quais todos os bens primários - liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases do respeito próprio - devem ser distribuídas igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de alguns ou de todos os bens seja no sentido de favorecer os menos afortunados.

O autor reflete uma forte influência da teoria do contrato social de Hobbes, Rousseau e Locke, que propugna que pessoas livres necessitam concordar com algumas regras de conduta para viver harmonicamente em sociedade.

Rawls, ao invés de um estado de natureza, remete ao que denomina posição original. Além do que, como assevera Oscar Vilhena Vieira[9] :

> Rawls procura superar as inconsitências do direito natural dos jusnaturalistas modernos, que partem de valores preconcebidos. Afasta-se dos relativistas que negam a possibilidade do estabelecimento de preceitos morais válidos e assumem uma postura unicamente decisionista. Nega os utilitaristas que vêem jsutificativas para decisões morais apenas no princípio da maximização da felicidade para o maior número de pessoas.

Para o autor, o estabelecimento de padrões morais deve decorrer de uma construção racional e não de uma pressuposição, como na teoria naturalista.Rawls, em sua elaboração teórica concebe o que se denomina de contrato hipotético, retirando os indivíduos da sua posição atual na sociedade e os considerando como sujeitos de direitos imparciais. Com isso, essa pessoa desconhece sobre si mesmo, ou seja, desconhece se é rica ou pobre, idosa ou criança, com saúde ou doente. Esse autor coloca as pessoas, em sua posição original, sob um manto denominado "véu da ignorância". Diante desse mecanismo de raciocino, ele estabelece princípios e regras para distribuir renda, oportunidades e os chamados bens primários. Referidos bens seriam as vantagens oferecidas pelo Estado para a população. Como exemplo brasileiro, estaríamos diante dos direitos fundamentais sociais - o direito à saúde.

Desse modo, o autor elabora dois princípios norteadores de uma sociedade justa e equilibrada, baseando-se nos ideais da liberdade e igualdade.

---

[9] VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição Federal como reserva de justiça, in Lua Nova Revista de Cultura Política, n. 42, São Paulo: ANPOCS, 1997, p. 38.

De acordo com Rawls, tem-se:

> **PRIMEIRO PRINCÍPIO**: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.
> **SEGUNDO PRINCÍPIO**: as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que , ao mesmo tempo: a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.
> **PRIMEIRA REGRA DE PRIORIDADE (A PRIORIDADE DA LIBERDADE):** os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades só podem ser restringidas em nome da liberdade.
> Existem dois casos: a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos; b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.
> **SEGUNDA REGRA DE PRIORIDADE (A PRIORIDADE DA JUSTIÇA SOBRE A EFICIÊNCIA E SOBRE O BEM-ESTAR)-** o segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:
> a) Uma desigualdade oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;
> b) Uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.[10]

O primeiro princípio refere-se ao princípio da liberdade. São os direitos humanos de primeira dimensão: liberdade de pensamento, religiosa, direito a voto, ocupar cargos políticos, ou seja, os direitos civis e políticos.

O segundo princípio refere-se ao princípio da igualdade, que na estrutura de Rawls, pode ser dividido em dois: a) princípio da diferença; b) princípio da igualdade de oportunidades. Nesse segundo princípio, a preocupação é com os direitos humanos de segunda dimensão: os direitos sociais- educação, saúde.

Na presente reflexão o que vai interessar é o princípio da diferença, ligado à igualdade. De acordo com o pensamento de Rawls, as desigualdades sociais e econômicas só serão permitidas se trouxerem benefícios aos menos favorecidos. As pessoas que tiveram a sorte da natureza lhes favorecer podem e devem tirar proveito disso, porém, beneficiando aqueles que essa mesma natureza não os favoreceu. Não é necessário se igualar as pessoas pela média. Ou seja, para Rawls, é importante encorajar as pessoas que possuem talentos natos, incentivar suas vocações e não ser necessário ter uma espécie de igualdade niveladora. Por isso era considerado um liberal, porém, socialista. A ideia da sociedade justa e ordenada beneficiando os que podem exaltar seus talentos

[10] RAWLS, John.Uma teoria da Justiça. Editora Martins Fontes, 2002. P. 333/334

ao mesmo tempo contribuindo para um mínimo de vida digna para aqueles que não possuem tais determinações ou aptidões.

Em sua obra, considera instituições básicas da justiça distributiva e considera que o governo se divide em quatro setores básicos: setor de alocação, setor de estabilização, setor de distribuição e setor de trocas. Referente ao setor de distribuição, enfatiza que: " (...)O governo deve receber uma parte dos recursos da sociedade, para que este possa fornecer os bens públicos e fazer os pagamentos de transferências necessários para que o princípio da diferença seja satisfeito."[11]

Questiona-se se o pensamento de rawlsiano poderia ser aplicado no Brasil em relação ao direito à saúde?

Já foi referido o art. 6º da Constituição Federal como o direito à saúde é um direito social. O art. 196, *in verbis* da Constituição Federal:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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.

O direito à saúde é um direito de todos assegurado pelo Estado, que tem por tarefa constitucional o resguardo e a garantia e o acesso a este, de forma a não discriminar os contextos sociais, étnicos e econômicos da população.

Sabe-se que as questões envolvendo políticas públicas envolvem a existência de diferenças entre as pessoas, as desigualdades na garantia e efetivação de um mínimo de condições vitais e dignas de saúde.

Na concretização do direito à saúde, ao Estado cumpre promover e realizar políticas de saúde pública aptas a minimizar desigualdades e proporcionar a justa distribuição entre as pessoas. Na visão rawlsiana, as parcelas distributivas aliadas a um pensamento de justiça por equidade revelam a possibilidade de concretização de uma sociedade bem ordenada em oposição ao utilitarismo, onde se leva em consideração o máximo de felicidade para a maioria da população. A visão utilitarista não leva em consideração as diferenças entre as pessoas. O Estado observa a população de uma forma igual para todos, como se todos pudessem realmente iguais numa sociedade formada por classes sociais distintas.

Portando, se o Estado não cumpre de forma igualitária e distributiva esse acesso à saúde como direito social, resta ao Poder Judiciário interpretar as normas constitucionais e

[11] Idem, p. 307.

fazer cumprir as determinações ali expostas, conforme se depreende do art. 5º XXXV da Constituição Federal: " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por outro lado, importa sublinhar que a atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da sistemática introduzida pelo texto constitucional de 1988[12].

Dessa forma, perfeitamente plausível a aplicação da teoria de Rawls ao direito à saúde no Brasil.

E quanto à saúde reprodutiva? É possível aplicação dos princípios elencados por John Rawls na efetivação desses direitos como justiça distributiva? O desejo em gerar ou não gerar só cabe a quem possui recursos financeiros? O SUS dever arcar com as despesas a fim de garantir esses direitos de viés reprodutivo no Brasil? Será que o direito à saúde reprodutiva pode ser interpretado como dever do Estado em garantir acessos a tratamentos de reprodução assistida para quem não possui condições morfológicas para a procriação gestacional ou de fertilidade ou também criar condições de planejar a vida do homem, mulher ou casal na possibilidade de não gerar?

3- DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUALIDADE: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

Desde a sociedade primitiva, a preocupação com a preservação da espécie e consequentemente com a ideia de fertilidade está enraizada na cultura e pensamento da humanidade tida como uma espécie de bênção divina garantidora da procriação da espécie humana.

Em uma visão da solidariedade da família ampliada, relatos históricos bíblicos nos remetem a práticas para remediar os problemas com a saúde reprodutiva, principalmente das mulheres, que é a esterilidade. No texto bíblico já se reportava às denominadas "mães portadoras" cuja função era a de garantir a prole para as famílias cujas esposas eram estéreis. Conforme relato de Carlos Josaphat:,

> "As escravas e concubinas são oferecidas aos maridos pela esposa principal, para que ele engendre filhos que serão tidos como filhos legítimos dessa mesma esposa e, portanto, do casal portador da linhagem do clã (cf.Gn 16 e 30). As narrações bíblicas não escondem as cenas de ciúme que acompanham

[12] HOGEMANN, Edna Raquel. Os direitos fundamentais sociais e sua estratégica relevância no sistema suplementar de saúde pública brasileira , in Direito e Saúde - Enfoques Interdisciplinares Coordenadores: Felipe Asensi, Paula Lucia Arévalo Mutiz E Roseni Pinheiro, São Paulo: Juruá, 2013.

> em geral essas práticas. Também não as aprovam nem censuram. Descrevem-nas como etapas históricas de um longo processo, que deve culminar na família monogâmica, animada e tecida por um amor fiel, estável e fecundo."[13]

Desse modo, as prescrições de gêneros impõem a reprodução humana como imperativo cultural, levando homens e mulheres "inférteis" a fazer uso de "novas tecnologias reprodutivas" reproduzindo o que se considera uma concepção biologizante de parentesco.

Essas questões ultrapassam a localidade, regionalidade, a nacionalidade. O debate em torno desses direitos reprodutivos e sexuais perpassam à cultura de um povo e emergem no realizar de um desejo, onde se não há barreiras culturais, percebe-se, no entanto, o que Alessandra Rinaldi[14] denomina "um movimento de genetização do parentesco", produto de uma realidade ocidental, que está refletida no universo jurídico do país e na sociedade brasileira atual. Tal afirmativa não denota a crença na visão de que as mudanças jurídicas e sociais sejam produto exclusivo do campo biomédico, como a genética, por exemplo, mas antes o compartilhamento da visão teórica de que não é possível que se compreenda o Direito e sociedade em sentido estrito. O Direito brasileiro, nesse sentido, está sendo afetado por esta nova forma de compreender a pessoa, a família e parentesco, ao mesmo tempo em que causa impacto na dinâmica da vida social.

É certo que o desejo em ter filhos acompanha o ser humano desde tempos remotos. A adoção, historicamente foi um artifício utilizado para suprir essa lacuna existente para casais inférteis. No entanto, com os avanços da medicina e das novas técnicas de reprodução assistida novos caminhos surgiram para a esperança e realização de um projeto parental, devolvendo à mulher e ao homem sua função biológica em conceber uma nova vida. A questão da adoção passou a ser tão somente mais uma das possíveis formas de conseguir formar um núcleo familiar com prole, sendo certo que nesta inexiste o tão precioso vínculo biológico da "família de origem".

Porém, admitir o direito de gerar quando a natureza não fornece tal instrumental fisiológico é assunto que envolve questões éticas, religiosas, médicas, econômicas e jurídicas no debate interdisciplinar do biodireito. E, além disso, pode suscitar questões

---

[13] JOSAPHAT, Carlos. A Ética Mundial – esperança da humanidade globalizada. Editora Vozes, 2010. P. 409.

[14]

outras como, por exemplo, se uma visão biologizante do parentesco pode ser um fator de entrave à eficácia da norma jurídica no que pertine aos procedimentos de adoção.

Os limites da ciência, portanto, sinalizam como marco principal o respeito aos direitos humanos. Em nome da ciência e do seu admirável mundo novo, não podem os avanços ultrapassar os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo um direito e garantia fundamental expresso no art. 1º III da Constituição Federal.

A família desempenha funções que vão desaguar no cenário social, pois a procriação e a educação são pares nessa linha objetiva. Pela função procriativa, possibilita a perpetuação da espécie. Pela função educativa, a conquista do meio social seguro, integrado e feliz. Como se nota, a família é responsável pela transmissão genética e sociocultural de um povo.

Percebe-se, com isso, uma liberdade do homem e da mulher em relação à vida na construção de sua família. Porém, apesar dessa postura, o direito à procriação estaria atrelado ao planejamento familiar, pautado através da educação e informação quanto às medidas e opções para um efetivo exercício à procriação.

Neste contexto, problemas são colocados sob o prisma da questão reprodutiva, tais como o crescimento populacional ligado à pobreza, intervenção no controle da natalidade para não ocasionar miséria.

Porém, ditas preocupações não coadunam com o problema de fundo: má distribuição de renda, fruto de um modelo econômico devastador e injusto.

O problema brasileiro está ligado exatamente nas desigualdades sociais, econômicas e culturais associado a não distribuição equitativa dos bens primários, ditos e considerados por Jonh Rawls. A má distribuição dos direitos fundamentais sociais – o direito à saúde, e no caso em questão, saúde reprodutiva na perspectiva dos direitos humanos.

Quando se pensa em planejamento familiar associa-se de imediato a ideia de controle de natalidade, embutido por meios de regulação de nascimentos, aborto, esterilização e outras formas incidentes sobre a função reprodutora da mulher, em especial. Vincula-se, portanto, planejamento familiar à restrição sexual e reprodutora. Embora seja uma questão extremamente delicada, o Estado pode criar mecanismos de um processo educacional preocupado em informar e conscientizar mulheres e homens do compromisso de gerar.

Conforme Maria Cláudia Crespo Brauner:

> A dificuldade está em reconhecer-se que o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos está vinculado à questão do controle da sexualidade e da capacidade reprodutiva, pelo processo de educação e socialização das pessoas, tendo em vista que esses elementos determinam o grau de realização do indivíduo em relação a seu corpo,sua possibilidade de viver sua sexualidade de forma gratificante e de organizar sua vida reprodutiva.[15]

Se de um lado, o direito à saúde reprodutiva apresenta uma questão de liberdade, intimidade e não-discriminação, de outro lado existem contornos com dimensão altamente publicista.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

> "Talvez não haja maior exemplo da interseção entre o público e o privado do que os direitos reprodutivos, porquanto a despeito da sexualidade e, logicamente, da procriação- tradicionalmente ser considerada tema relacionado à maior intimidade da pessoa, os impactos deletérios sentidos pela humanidade a respeito dos problemas decorrentes da falta de informação, do aumento descontrolado das famílias, do adensamento populacional em determinados lugares com a perspectiva de falta de recursos suficientes para atender às necessidades da população – diante da finitude dos bens materiais-, entre outros, fizeram com que os Estados tivessem que considerar a importância do planejamento familiar e, para tanto, os debates internacionais foram- como ainda são – de extrema relevância.[16]

Na dobradiça da paternidade se infere a ponderação de interesses ao princípio da dignidade da pessoa, em um viés público e a paternidade responsável sob o olhar privado.

Com isso, nossa Constituição Federal estabelece em seu art. 227§ 7:" *Fundados 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."*

Em contrapartida, não se pode desvencilhar as técnicas de reprodução assistida como meio de solucionar, muitas vezes, o problema da infertilidade. A ciência descobriu a "cura" da infertilidade. O Estado tem o dever de assegurar os direitos reprodutivos, através da lei 9.263/96- lei do planejamento familiar?

> Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.
> Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como 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.
> Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

---

[15] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro.Renovar: 2003p. 9.

[16] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.- Rio de Janeio.Revovar, 2003, p.445, p. 82/83

Como interpretação constitucional, depreende-se que os direitos reprodutivos são considerados direitos fundamentais.

Traduzindo o pensamento Rawls, Vicente Barreto assim elucida:

> A doutrina de Rawls tem uma variante na qual se afirma que os direitos humanos, proclamados nos tratados internacionais, quando, como é o caso da Constituição brasileira de 1988 (art. 5º,§ 2º), são expressamente reconhecidos na carta magna, tem status de norma constitucional. Logo a questão dos fundamentos dos direitos humanos é remetida para a vontade do constituinte, que nada mais faz do que aceitar o acordado entre os diversos países signatários dos tratados. Ocorre o fenômeno de incorporação ao corpo do direto interno de um conjunto de normas elaboradas no âmbito das relações de poder interestatais, sendo que a sua validade é aceita sem maiores justificativas quanto à natureza particular dessas normas, mas somente na medida em que são aceitas pela "sociedade dos povos politicamente justa", como argumenta Rawls. (BARRETTO:p. 248).

Tais direitos sofrem limites na busca do desejo em gerar um novo ser. Critérios justificam tais práticas, como por exemplo, a própria infertilidade e, talvez a idade em realizar tais técnicas sob pena de transformar esse desejo de ter um filho na busca egoísta e individual do casal em detrimento do ser humano que vai ser gerado.

Mas será que o direito à saúde reprodutiva pode ser interpretado como dever do Estado em garantir acessos à tratamentos de reprodução assistida para quem não possui saúde em gerar ou também criar condições de planejar a vida do homem, mulher ou casal na possibilidade de não gerar?

São muitos pontos que precisam ser respondidos nessas relações multifacetadas. Nessa última percepção dos questionamentos elencados, o novo Código Civil enuncia que presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos da inseminação artificial homóloga e heteróloga, sem mencionar as novas formas familiares. A respeito do direito à reprodução, como sendo corolário do planejamento familiar, entende-se que não se pode diferenciar entidades familiares já reconhecidas, sob pena de ferir princípios constitucionais. O direito à procriação é estendido para as famílias. Isso é verificado no art. 226,*caput* e no § 7º da Constituição Federal, determinando ao Estado o acesso à reprodução assistida como forma de garantia ao direito à procriação.

Em sintonia com a segunda máxima do imperativo categórico kantiano, Carlos Santiago Nino, corrobora com uma reflexão do princípio da inviolabilidade da pessoa humana e nos remete a esta simbiose, que diz

> Quando alguém é privado de um bem sem o seu consentimento e sem obter ao menos benefícios equivalentes, tal sacrifício – caso ele responda a algum propósito racional –constitui meio para um fim alheio ao indivíduo afetado. Desse fato, tem-se pensado que o princípio da inviolabilidade da pessoa está coberto pela segunda formulação do imperativo categórico Kantiano: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na

> pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.[17]

O acesso aos direitos reprodutivos corresponde ao desejo externo de uma família baseada exatamente na vontade e no querer espontâneo. Restringir tal acesso a essas entidades familiares é estar desconectado da realidade social.

Em última decisão em do STJ, REsp 1617970 , a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão de segunda instância que condenou o Estado do Rio de Janeiro a custear, em rede pública ou privada, tratamento com fertilização *in vitro* a mulher que apresenta dificuldades para engravidar e não tem condições financeiras de arcar com o procedimento. A decisão foi unânime. No pedido inicial, a mulher de 35 anos, moradora de Mesquita (RJ), narrou que possuía endometriose profunda, além de obstrução das trompas, motivos pelos quais não conseguia ter filhos de forma natural. Em 2011, ela realizou cirurgia bem-sucedida para controle das enfermidades e, após o procedimento, recebeu a indicação de tratamento por meio de fertilização *in vitro*.

A decisão de primeiro grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Ao ressaltar os preceitos estabelecidos por normas como a lei 9.263/9 (legislação sobre planejamento familiar), os desembargadores fluminenses entenderam que a negativa ao direito de utilizar todas as técnicas de fertilização disponíveis significaria criar uma linha divisória entre quem possui condições econômicas para realizar o tratamento e as pessoas que não dispõem dessa possibilidade, violando o princípio da isonomia.

Diante de uma nova realidade bioética, coincidente com a constitucionalização do direito privado e de todo o desenrolar da família plural em que se vive, valores maiores são chamados a equilibrar todo o afã de investigação e vaidade pelo qual atravessa a comunidade médico-científica.

No tocante a responsabilização moral e jurídica, essas novas realidades do biodireito não conseguem traduzir e possuir um referencial a ser seguido. As clássicas teorias do campo filosófico e moral aliado aos princípios da bioética não solucionam essas questões.

No dizer de Vicente Barreto,

> A bioética principialista termina por ser uma tentativa de dogmatizar aquilo que não pode se dogmatizado, vale dizer, o comportamento de um agente moral. Falta na bioética principalialista uma teoria propriamente ética, que possibilite uma unidade sistêmica na sua aplicação, isto porque esses três princípios originam-se em três matrizes diferentes da filosofia moral: o da

[17] NINO, Carlos Santiago. Ética e direitos humanos. Tradução: Nélio Schneider. Princípios liberais subjacentes aos direitos humanos. P. 197/198.

> beneficiência, expressão do utilitarismo de Mill,; o da autonomia na filosofia moral kantiana e o da justiça, no contratualismo .[18]

É acionado o botão da clássica divisão entre a moral e o direito para se constatar o surgimento do biodireito com uma roupagem diferenciada da tradicional. Chega-se aos tribunais casos concretos advindos do progresso científico a reclamar soluções justas para questões envolvendo interesses a lhe exigir escolhas no campo da moralidade jurídica.

Os limites da ciência, portanto, sinalizam como marco principal o respeito aos direitos humanos, mas sem desvencilhar os olhares a uma sociedade bem ordenada e justa, no sentido de garantir a todos os direitos reprodutivos e não somente a maioria da população.

CONCLUSÃO

As transformações advindas dos avanços tecnológicos, sobretudo no campo das reproduções assistidas, fazem refletir para um novo horizonte de inquietudes, esperança e dúvidas.

A conquista de igualdade conjugal e filial direciona ao campo afetivo no estabelecimento da vontade como elementos caracterizador e determinante para o acolhimento do vínculo de filiação.

A partir do momento que o direito à reprodução é entendido como direito fundamental social, sendo reconhecido na Constituição Federal como o direito do casal, homem, mulher ao planejamento familiar atendido aos princípios da paternidade responsável, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança, esse mesmo direito à reprodução não é considerado absoluto, podendo ser exercido dentro de limites e possibilidades que prevê o ordenamento jurídico.

Esse trabalho pretendeu demonstrar que não basta uma legislação para o planejamento familiar sem, de fato, efetivar o exercício das técnicas de reprodução assistida a todos indistintamente, sob um olhar da efetivação da cidadania inclusiva, direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

Direitos reprodutivos e sexuais como corolário dos direitos humanos convidam a quebrar vertentes rígidas do direito de família e equacionar valores de novos paradigmas do direito das famílias - o direito à felicidade dos indivíduos e de toda uma sociedade.

---

[18] Ob. cit. P. 93.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2ª ed. rev. e ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado- Editora, 2013.

_____. Bioética, biodireito e direitos humanos. Teoria dos direitos fundamentais. Celso de Albuquerque Mello. et all.Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2ª edição. Renovar, Rio de Janeiro, 2010.

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

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In: Direito Civil Constitucional, coordenador: Renan Lotufo, Caderno 3, Malheiros. Editores – São Paulo, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Boletim da faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Vol. LXXVI (separata). Coimbra, 2000

FACHIN, Luiz Edson. Código Civil: lei nova e velhos problemas. Revista jurídica. Del Rey.

GAMA, Guilherme. Filiação e reprodução assistida. Introdução ao tema sob a perspectiva civi-constitucional. Problemas de direito civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord)- Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

HOGEMANN, Edna Raquel. Os direitos fundamentais sociais e sua estratégica relevância no sistema suplementar de saúde pública brasileira , in Direito e Saúde - Enfoques Interdisciplinares. Coordenadores: Felipe Asensi, Paula Lucia Arévalo Mutiz E Roseni Pinheiro, São Paulo: Juruá, 2013.

JOSAPHAT, Carlos. A Ética Mundial – esperança da humanidade globalizada. Editora Vozes, 2010.

NINO, Carlos Santiago. Ética e direitos humanos. Tradução: Nélio Schneider. Princípios liberais subjacentes aos direitos humanos

PIOVESAM, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. Reprodução e Sexualidade: uma questão de justiça/Bublione, Samantha(org). Porto Alegre, 2002. /Sergio Antonio Fabris Editor.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Famíla sem casamento: de relação existencial de fato à realidade jurídica- Rio de Janeiro. São Paulo, Renovar, 2000

RAWLS, John.Uma teoria da Justiça. Editora Martins Fontes, 2002

RINALDI, Alessandra. Da homossexualidade à “homoafetividade”:trajetórias adotivas no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/viewFile/16591/12465. Acesso em 01 mai 2017.

PERLINGIERI, Pietro. Pefis do Direito Civil: tradução de: Maria Cristina de Cicco, 2ª Ed.- Rio de Janeiro: Renovar, 2002.