



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO**

**MICHELLE CRISTINE ASSIS COUTO**

**EXISTE UM DIREITO DE TER FILHOS?**

Salvador  
2007

**MICHELLE CRISTINE ASSIS COUTO**

**EXISTE UM DIREITO DE TER FILHOS?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado e Econômico.

**Orientador: Mônica Neves Aguiar**

Salvador  
2007

**MICHELLE CRISTINE ASSIS COUTO**

**EXISTE UM DIREITO DE TER FILHOS?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de  
Mestre em Direito Privado e Econômico.

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Prof.

Salvador, de de 2007.

[...] e Deus criou o homem a sua imagem criou-o à imagem de Deus, criou-os macho e fêmea. E Deus abençoou-os e disse: - "Cresceis-vos e multiplicai-vos, e enchei a terra, e, sujeitai-a, e dominai-a sobre os peixes do mar e sobre as aves do céu, e sobre todos os animais que movem sobre a terra" [...]

Gêneses, 1 : 27- 28

Algumas pessoas marcam a nossa vida, não apenas porque nos apresentam projetos de sonhos, mas porque nos incentivam e encorajam a realizá-los.

A Alfredo e Ana, a quem devo tudo aquilo que sou. Amados pais e eternos professores.

## RESUMO

Ao longo dos anos a civilização humana assistiu mudanças que alteraram consideravelmente o papel da mulher na sociedade. O recurso à contracepção permitiu que a mesma se tornasse mais livre, controlando a sua aptidão para a procriação. Este fator, inquestionavelmente exerce uma influência determinante na concepção do projeto de maternidade, já que, muitas vezes, por optar pelo estabelecimento de uma condição econômica mais segura, os casais, postergam a decisão de engendrar filhos e esbarram-se em limites cronológicos, que impedem ou dificultam uma gestação através das vias naturais. Ademais, situam-se em outras causas a esterilidade, que desde tempos primórdios representa um desvalor para o ser humano e que não raro o conduz ao sofrimento e estigmatização. Diante de sua constatação, em muitos casos, se verifica um desejo irrepreensível e intenso de superação do diagnóstico, mediante os métodos científicos que prometem a materialização do desejo por uma descendência biológica. Todavia a expressão do desejo por um filho pode converter-se numa reivindicação do direito a ter um filho, instalando em nosso cenário jurídico um tormentoso debate do qual se ocupa o presente trabalho.

**PALAVRAS-CHAVES:** procriação medicamente assistida, esterilidade, direito, faculdade.

## **ABSTRACT**

To long of the years the human civilization it witnessed changes that had allowed to modify the paper of the woman in the society. The resource to the contracepção assented that the same one if became more exempts, controlling its aptitude to procreate. This factor is responsible for a determinative influence in the conception of a maternity project, therefore, many times, opting to the establishment of a more comfortable economic condition, the couples, delay the decision to produce, to collide themselves in chronological limits, that hinder or make it difficult a gestation through the natural ways. The verify of the feminine or masculine sterility to come folloied of an irreproachable and intense desire to surpass the diagnosis and to search the materialization of the desire of constitution of a biological offspring through the for this intention: for the techniques of reproduction attended. But, the expression of the desire for a son can be become into a claim of the right to have a son, installing of this done one, a dificult legal debate of which in will occupy them in the present work.

**KEYWORDS:** procreation attended, sterility, right, college.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>ENFOQUE AO TEMA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>11</b>
2.1	EPÍTOME HISTÓRICO DA LUTA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS PELA CONQUISTA DA AUTONOMIA REPRODUTIVA	11
<b>2.1.1</b>	<b>A trajetória brasileira</b>	<b>22</b>
2.2	CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E SUA DISTINÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
2.3	CONFERÊNCIAS INTERNACIONAIS E “DIREITOS REPRODUTIVOS”	30
2.4	AS DIRETRIZES PROPAGADAS PELAS CONFERÊNCIAS INTERNACIONAIS NA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	37
2.5	AS DUAS VERTENTES DE UM CONCEITO	40
2.6	ALGUMAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS CORRELATAS AO ASSUNTO EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS	46
<b>3</b>	<b>QUESTIONANDO OS FUNDAMENTOS PARA UM DIREITO À PROcriação</b>	<b>50</b>
3.1	DIREITO FUNDADO NO DESEJO OU NA NECESSIDADE DE PROcriAR	52
3.2	DIREITO FUNDADO NA PROTEÇÃO DA SAÚDE	70
3.3	DIREITO BASEADO NO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE	78
3.4	DIREITO BASEADO NO DIREITO DE FUNDAR UMA FAMÍLIA	81
<b>4</b>	<b>O DISCURSO MÉDICO E O RELIGIOSO EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA</b>	<b>84</b>
4.1	VERTENTES CIENTÍFICAS	84
<b>4.1.1</b>	<b>Aspectos históricos</b>	<b>84</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Esterilidade e infertilidade: conceito, distinção, modalidades e principais causas</b>	<b>90</b>
<b>4.1.3</b>	<b>O discurso médico</b>	<b>94</b>



<b>4.1.4</b>	<b>A esterilidade como negócio</b>	<b>98</b>
<b>4.1.5</b>	<b>A esterilidade como fator legitimador das técnicas de reprodução humana assistida?</b>	<b>101</b>
<b>4.1.6</b>	<b>A esterilidade como fator limitador das técnicas de reprodução humana assistida?</b>	<b>104</b>
4.2	VERTENTES RELIGIOSAS	106
<b>4.2.1</b>	<b>A posição da igreja católica.</b>	<b>106</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Posicionamentos conferidos por outras religiões e doutrinas da fé sobre as técnicas de reprodução assistida</b>	<b>110</b>
<b>5</b>	<b>DEBATE JURÍDICO: DIREITO OU FACULDADE DE TER UM FILHO?</b>	<b>113</b>
5.1	DIREITO FUNDAMENTAL DE TER FILHOS?	113
5.2	ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO À REPRODUÇÃO	118
5.3	O PLANEJAMENTO FAMILIAR. LIMITES, PRINCÍPIOS E ABRANGÊNCIA.	132
<b>5.3.1</b>	<b>A resposta da questão: o estudo dos princípios</b>	<b>133</b>
5.4	FACULDADE DE GERAR UMA NOVA VIDA	138
<b>5.4.1</b>	<b>A influência de Mary Warnock</b>	<b>141</b>
<b>6</b>	<b>PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO À REPRODUÇÃO</b>	<b>148</b>
6.1	O DIREITO DA MULHER E DO HOMEM SOLTEIRO DE DISPONIBILIZAR DOS RECURSOS CIENTÍFICOS PARA A VIABILIZAÇÃO DO NASCIMENTO DE UMA CRIANÇA	149
6.2	O DIREITO DE CASAIS HOMOSSEXUAIS DE ACESSO ÀS TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	162
6.3	O DEVER DO ESTADO DE CUSTEAR TRATAMENTO PARA INFERTILIDADE.	169
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>179</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>186</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O vertiginoso desenvolvimento biotecnológico no campo da reprodução humana assistida e a inversão constatada nas curvas de crescimento demográfico, fenômeno peculiar dos países desenvolvidos, mas, que hodiernamente também vem se verificando no Brasil, são fatores que corroboraram, inquestionavelmente, para que se colocasse em pauta a discussão sobre a existência de um direito à procriação em sua vertente positiva, (o direito de gerar um filho).

Sobre esse aspecto, diversas Conferências Internacionais, nos últimos quinze anos, tematizaram as questões relacionadas à saúde e a reprodução, com o propósito de erigir “*direitos sexuais e reprodutivos*” à categoria de direitos humanos.

Incorporando uma analítica de gênero, tais eventos, buscaram elaborar diretrizes que apontavam para a necessidade de se normatizar direitos que garantissem equidade neste campo marcado por desigualdades históricas, além de buscar denunciar o descompasso entre os direitos adquiridos na esfera pública e seu exercício efetivo na vida cotidiana das pessoas.

Evidentemente, nosso país, até por ratificar a maioria delas, não se olvidou desse importante debate. Entretanto, nas hostes acadêmicas, ainda se questiona o reconhecimento de um direito subjacente à reprodução humana, em sua vertente positiva, haja vista, o ordenamento jurídico pátrio não o explicitar de maneira inequívoca.

Ademais, frente à gama de recursos científicos disponíveis à pessoa estéril, envolvendo a realização de um projeto parental, mister se faz uma reflexão acerca da plausibilidade de se sustentar um direito dessa natureza.

Em sendo admitido, não restariam dúvidas do dever inerente ao Estado de custear o tratamento clínico para os males da infertilidade, tornado possível o sonho da paternidade para os casais menos favorecidos economicamente.

Por outro lado, há de se sopesar que poderia importar em graves implicações éticas, tendo em vista que, um direito dessa índole, se reflete necessariamente em outra existência humana. Sem mencionar, que o considerando extensivo a todos, em vista do princípio da isonomia, se deflagrariam situações, no mínimo, de difícil solução, tais como a reinvidicação de pessoas solteiras ou a de casais homossexuais por filhos.

Daí, portanto, reside a relevância do tema proposto.

Preliminarmente, em uma precisa contextualização histórica, vislumbra-se indicar a relação dos movimentos de cunho feminista e dos avanços científicos travados em matéria de reprodução medicamente assistida, com os chamados “*direitos reprodutivos*”. Em seguida, será revelado o posicionamento de nosso ordenamento perante as diretrizes propostas em Conferencias Internacionais que versaram sobre o assunto.

Almeja-se também realizar um estudo pormenorizado versando sobre as vertentes do conceito de “*direitos reprodutivos*”, acoplando, inclusive, alguns posicionamentos legais adotados por ordenamentos estrangeiros.

Outrossim, avaliando que a abordagem da questão não se esgota no sentido formal de textos legislativos, serão enfrentadas algumas de suas imbricações, como a apreciação das conseqüências que o reconhecimento desse direito tende a suscitar, além da discussão dos fundamentos sustentados pela corrente positivista.

Pretende-se, por derradeiro, confrontar os argumentos que lastreiam as duas correntes que discutem a matéria, para então extrair um posicionamento pessoal e apresentar, assim, uma singela contribuição para o debate.

## 2 ENFOQUE AO TEMA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 EPÍTOME HISTÓRICO DA LUTA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS PELA CONQUISTA DA AUTONOMIA REPRODUTIVA

A história da dominação e opressão sobre as mulheres certamente remonta à Antiguidade Clássica. Tal fato deve-se, especialmente, à especificidade da fisiologia do corpo feminino e sua aptidão biológica para a procriação.

Entretanto, essa concepção passou a sofrer significativas mutações a partir da Revolução Francesa, quando o processo de reivindicações por isonomia foi encetado e acabou logrando certo êxito. A convulsão desencadeada em 1789, além de pôr em cheque o sistema político e social então vigente na França e no resto do Ocidente, encorajou as mulheres a denunciar a sujeição em que eram mantidas e que se manifestava em todas as esferas da existência: jurídica, política, econômica, educacional etc<sup>1</sup>.

Assim, enquanto os revolucionários proclamavam uma declaração dos direitos do homem e do cidadão, a escritora e militante Olympe de Gouges redigia um projeto de declaração dos direitos da mulher, inspirada nas idéias poéticas e filosóficas do marquês de Condorcet, que integrava a Assembléia. Desde o início da revolução, as

---

<sup>1</sup> PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 119.

francesas participaram ativamente da vida política e criaram inúmeros clubes de ativistas femininas<sup>2</sup>.

Em 1792, uma delegação encabeçada por Etta Palm foi até a Assembléia para exigir que as mulheres tivessem acesso ao serviço público e às forças armadas. Essa exigência não foi atendida e o movimento feminino foi suprimido pelo Terror. Robespierre proibiu que as mulheres se associassem a clubes, e o projeto de igualdade política de ambos os sexos foi arquivado.<sup>3</sup>

Em 1848, a França conheceu nova revolução e, como a anterior, sacudiu as bases da ordem estabelecida. Mais uma vez os clubes femininos proliferaram no país. As mulheres agora reivindicavam não só a igualdade jurídica e o direito a voto, mas também a equiparação de salários. Essas novas exigências se explicavam pelas transformações da sociedade europeia da época.<sup>4</sup>

Com a Revolução Industrial, as mulheres dos meados do século XIX, foram obrigadas a abandonar seus lares para empregarem-se como assalariadas nas indústrias e oficinas, isso porque os empresários optavam por empregados do sexo feminino, já que os seus salários eram ainda mais reduzidos que aqueles pagos aos homens. Sem sombra de dúvidas, a entrada maciça do sexo feminino nos campos de trabalho representou um fator decisivo para o processo de ruptura de seu papel social milenarmente imposto, incluindo, sua destinação exclusiva à maternidade.

Nessa mesma fase, registra-se a importância dos estudos conferidos por Thomas Robert Malthus que alertava sobre os perigos da superpopulação em decorrência do não correspondente crescimento da produção de alimentos. Segundo sua tese, a pobreza, começa a ser associada ao número de pessoas, já que os nascimentos eram registrados em proporção geométrica, enquanto o número de alimentos em proporção aritmética. Por conseqüência, a culpa recaía prioritariamente sobre as mulheres, já que as mesmas não possuíam um controle de sua capacidade reprodutiva.

---

<sup>2</sup> COELHO, Mariana. **A evolução do feminismo**: subsídios para sua história. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2002. p. 392.

<sup>3</sup> *Ibid., id.*

<sup>4</sup> *Ibid., id.*

Todavia, desse confuso panorama, emergiram dois fenômenos extremamente significativos. A partir do momento em que as mulheres se mostraram aptas a contribuir para o sustento de suas famílias, não era mais plausível tratá-las apenas como donas-de-casa ou objetos de prazer.<sup>5</sup> Por outro lado, como eram impostas difíceis condições de trabalho, as mesmas, organizaram-se e empreenderam uma série de reivindicações, fato que, por conseguinte, estreitaram os laços entre o feminismo e os movimentos de esquerda, sobretudo, o marxismo, já que em sua epistemologia ideológica poderiam ser apreendidos conceitos hábeis a explicar as estruturas sociais através das quais as mulheres eram exploradas e oprimidas.

Segundo Araújo, o marxismo permitiu ao feminismo, entre outras questões, a desnaturalização do gênero, situando sua gênese num processo gerado *nas e pelas* relações sociais, em contextos sócio-históricos determinados; além disso, a economia política, ao analisar o processo de trabalho capitalista, permitiu ao feminismo situar o lugar do trabalho doméstico no ciclo produtivo e reprodutivo; e, por fim, a análise sobre a ideologia ofereceu subsídios para se pensar às dimensões simbólicas e culturais que sustentam e mantêm as relações de exploração e opressão sobre as mulheres.<sup>6</sup>

Nesse sentido, Karl Engels, no entender de Araújo trouxe inestimáveis contribuições para o movimento feminista na medida em que situa que:

O lugar social das mulheres não era expressão de uma “natureza feminina” inata, identificando a relação entre homens e mulheres como relações de opressão e situando nos processos sócio-econômicos os elementos que conduziram à dominação masculina<sup>7</sup>.

Por isso, verifica-se, acima de tudo, que os movimentos das mulheres nessa fase, tiveram o condão de destacar que além da opressão apresentada, era imprescindível se visualizar outras formas de dominação, que transcendiam as relações de classe e produção, uma vez que as estruturas de poder se estabelecem em sua forma mais complexa, mediante um conjunto de elementos, que podem ser

---

<sup>5</sup> BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. p 137.

<sup>6</sup> ARAÚJO, C. Marxismo, Feminismo e o enfoque de Gênero. **Crítica Marxista**, São Paulo, n. 11, p. 65-70, 2000.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 66.

morais, jurídicos etc, que tanto promovem quanto legitimam as relações de subjugação<sup>8</sup>.

Mas, somente em meados do séc XX que se registram efetivamente as maiores conquistas no campo da sexualidade e no sentido de “autonomia reprodutiva”, pois, o feminismo emergiu, no bojo de outros movimentos contestatórios e libertários enquanto movimento social e político, para denunciar a situação de opressão e exploração da maioria das mulheres em praticamente todas as sociedades humanas.

Mais exatamente na década de 60, as mulheres passaram a irromper com a pretensa naturalidade da opressão feminina através da nova ordem liberal, que tinha como base fundamental discutir a desigualdade como componente das relações sociais baseadas na dominação de sexo que hierarquiza as relações de gênero como relações de poder<sup>9</sup>.

Outro reflexo importante foi à construção da idéia de gênero, consolidada, principalmente na década de 70, quando os movimentos feministas buscaram espaço para a constituição de uma cidadania feminina.

A utilização da categoria gênero, segundo Bandeira<sup>10</sup>, vem a ser o resultado da construção histórica e cultural que objetiva compreender as designações e os pressupostos relativos ao sexo biológico como elemento definidor e naturalizador de características, qualidades e potencialidades de homens e mulheres, através da história e das diferenças culturais.

Joan Scott, historiadora americana, também se manifesta nesse mesmo sentido, pois, a seu ver, a significação do ser masculino e feminino é determinada pela

---

<sup>8</sup> BUGLIONE, 2002, p. 137.

<sup>9</sup> CORRÊA, Sonia. O movimento de saúde e direitos reprodutivos no Brasil: revisitando percursos. In: GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec Population Concl, 1999. p. 73-74.

<sup>10</sup> BANDEIRA, Lourdes. Relações de Gênero e sexualidade. In: GALVÃO; DIAZ, 1999, p. 115.

cultura de uma sociedade em particular, não descendendo puramente da diferenciação biológica entre machos e fêmeas<sup>11</sup>.

Mas, indubitavelmente a originalidade e o potencial crítico do conceito de gênero devem-se, em parte, ao fato de ter sido gerado no bojo de um movimento de mulheres, em um contexto de lutas sociais. Foi a partir da consciência coletiva de opressão, inicialmente sobre o corpo e sexualidade, estendendo-se, posteriormente, para a crítica à ciência ocidental, que a elaboração feminista sobre o gênero foi construída.

Nas palavras de Regina Helena Simões Barbosa:

Assim, o conceito de *gênero* foi elaborado para se contrapor à argumentação que atribui às características biológicas sexuais das mulheres sua posição social subalterna. Tornou-se necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas a forma como estas são socialmente representadas ou valorizadas, aquilo que se diz ou se pensa sobre elas, que vai constituir, efetivamente, o que é masculino ou feminino em dada sociedade e em dado momento histórico. Para se compreender o lugar e as relações entre homens e mulheres em determinado contexto social importa observar não exatamente seus sexos biológicos, mas tudo o que socialmente se construiu sobre os sexos. O debate vai se constituir, então, através de uma nova linguagem, na qual *gênero* torna-se um conceito chave<sup>12</sup>.

Por conseguinte, desponta-se, no cenário mundial, uma série de novas discussões, como a apresentada na campanha fomentada na década de setenta pelo movimento feminista americano “Nosso corpo nos pertence”, representando, um exemplo, dessa nova compreensão das práticas sociais.

Na precisa acepção de Ávila & Correia, contida nessa expressão se ancora o:

[...] reconhecimento de que o corpo de cada um é o primeiro lugar da existência humana agregando tanto as dimensões simbólicas materiais, quanto às dimensões simbólicas de existência, que dizem respeito respectivamente à existência corporal e a existência social e política da

---

<sup>11</sup> SCOTT, Joan. *Gênero uma categoria útil de uma análise histórica: educação e realidade*. v. 20, 1995 *apud* BUGLIONE, 2002, p. 131.

<sup>12</sup> BARBOSA, Regina Helena Simões. **Mulheres, reprodução e aids: as tramas da ideologia na assistência à saúde de gestantes HIV+**. 2001. Dissertação (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, São Paulo, 2001. p. 45



mulher, que luta para ser reconhecida como “ser no mundo”, enfim para adquirir o signo pesso<sup>13</sup>.

Ademais, outros acontecimentos também impõem reflexos na evolução histórica das conquistas femininas na esfera dos direitos sexuais e reprodutivos. Salienta-se a título de exemplo, a descoberta da pílula anticoncepcional na década de sessenta, o apelo ao uso de preservativos, além das manifestações culturais que pregavam às práticas de liberdade no exercício da sexualidade e a luta pela isonomia da mulher na sociedade.

Assim, questões antes secundarizadas como essencialmente femininas e relativas à esfera privada, isto é, não pertencentes ao campo masculino da política – a exemplo das relativas ao corpo, ao desejo, à sexualidade e à saúde – foram politizadas e levadas à esfera pública, a partir da utilização de uma linguagem diferenciada, que além do mais, permitia enunciá-las.

Nesse mesmo propósito, registra-se a realização da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, aprovada pela Assembléia-Geral da ONU no ano de 1979 e aprovada pelo Brasil no mesmo ano, a qual inova em seu texto, ao dizer que os Estados têm o dever de adotar medidas para se opor à discriminação e eliminá-la.

Desse modo, a Declaração e o Programa de Ação, da referida Conferência, reafirma os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, de 1945, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Os documentos que as incorporaram manifestaram a preocupação com as diversas formas de violência e discriminação contra a mulher, declarando, ainda, que os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais.

Nas décadas seguintes, as novas mudanças comportamentais, ensejam uma série de debates, sem falsos pudores e moralismos, sobre temas relevantes como aborto, o parto, a concepção, e a contracepção, além de uma nova visão sobre sexualidade,

---

<sup>13</sup> ÁVILA, Maria Bethânia; CORRÊA, Sonia. O movimento de saúde e direitos reprodutivos no Brasil: revisitando percursos. In: GALVÃO; DIAZ, 1999, p. 73-74.

a qual não concebe mais como único propósito do ato sexual a reprodução da espécie humana.

Cumule-se tal fato, à constatação de que uma prole numerosa, sobretudo por parte de família mais pobres, exerce influência decisiva no aumento da miséria na marginalização e no crescimento da criminalidade, especialmente nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Diante desse contexto, o mundo passa a repensar o assunto, propiciando um novo olhar sobre a questão da natalidade.

Foi o caso do Congresso Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos, ocorrido em Amsterdã, no ano de 1984, onde verificamos uma significativa expansão deste tema junto às práticas dos movimentos sociais. Essa conjuntura permitiu o surgimento de um novo discurso, baseado nos princípios do direito à saúde e na autonomia das mulheres e dos casais na definição do tamanho de sua prole<sup>14</sup>.

Contudo, no ano de 1994, na Conferência realizada na cidade do Cairo foi que se reconheceu pela primeira vez, em sede oficial, a denominação “*direitos reprodutivos*” (*reproductive rights*) e a partir de então se conduzem os maiores avanços no sentido de incorporá-los a normas legais internacionais.

Em vista disso, a aludida Conferência, representa um marco, já que pela primeira vez foi introduzida, de forma global e politicamente articulada, a previsão de gênero, reordenando o lugar da reprodução e da sexualidade no universo social.

Depois da Conferência do Cairo, no ano seguinte, outras Conferências Internacionais, realizadas em Pequim e Copenhague, também reafirmaram essa mesma concepção.

Em linhas gerais, as principais conclusões dessas Conferências, podem ser assim cotejadas:

---

<sup>14</sup> CITELLI, Maria Tereza. **Mulheres e direitos reprodutivos na periferia**: releitura feminista de um movimento de saúde. 1994. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

De um lado, apontam para um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção, violência, no que toca a decisão de ter ou não filhos, e de quando ter filhos.

Por outro, o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demandam políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva dos indivíduos.

Reconhecem o papel central que a sexualidade e a relação entre homens e mulheres desempenham no tocante à saúde e aos direitos da mulher.<sup>15</sup>

Afirmam que os homens devem assumir a responsabilidade pelo próprio comportamento sexual, sua fecundidade, contágio de doenças sexualmente transmissíveis, bem de suas companheiras e paternidade de todos os filhos.<sup>16</sup>

Asseguram, nos casos de abortos legais, os serviços médicos prestados em condições de higiene e segurança<sup>17</sup>.

De todo modo, deve-se destacar que os movimentos feministas, jamais pautaram seus discursos no direito de ter filhos. Pelo contrário, evidencia-se como seu principal objetivo, na luta pelos "direitos reprodutivos", a necessidade de enfatizar o controle da fecundidade: o direito à contracepção e ao aborto legal. Dessa maneira, em primeiro plano, foram reivindicadas condições de controlar o corpo para *evitar* a reprodução, recusando a definição hegemônica da identidade feminina e sua redução à maternidade.

Portanto, a reivindicação de "direitos reprodutivos" evoluiu deste entendimento, de que controlar a fecundidade seria uma condição essencial na luta pela igualdade social dos gêneros nestas sociedades, visando, sobretudo, repudiar a definição

---

<sup>15</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direitos reprodutivos e sexuais: Constituição e efetivação da cidadania. **Revista Jurídica dos Formandos em direito UFBA**, ano 4, n. 144, 1999, p. 23.

<sup>16</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>17</sup> *Ibid.*, *id.*

hegemônica da mulher como reprodutora, confinada à esfera do lar: vulnerável, subjugada, excluída, "*escrava da espécie*".<sup>18</sup>

Em vista disso, tornava-se imprescindível o controle do corpo reprodutivo feminino, tanto em nome de uma sexualidade mais igualitária, livre da ameaça da gravidez não-desejada, como para ensaiar condições mais eqüitativas para concorrer na esfera pública da política e do trabalho remunerado. Para tanto, priorizava-se a conquista de espaços e valores públicos com o fito de se reconhecer os direitos de *não* reproduzir.<sup>19</sup>

Entrementes, no que concerne especificamente à evolução das técnicas de reprodução assistida, cumpre explicitar que o pensamento feminista esboçou três tendências fundamentais a esse respeito.

A primeira corresponde:

[...] a estrada do encantamento do tudo é possível ou da cega audácia - que vai da atitude tímida e maravilhada sobre os benefícios ate quase o delírio tecnocrático, com base no qual se reivindica o próprio controle das NTRS e genéticas, para se alcançar à liberdade feminina.<sup>20</sup>

A segunda linha de pensamento parte da avaliação dos "riscos e benefícios" dos implementos científicos nos organismos humanos, e desse modo, se expressa "em diversas modalidades críticas de alerta ou vigília sobre os desdobramentos negativos das NTRS nas mulheres, seja em termos de saúde, seja em relação às implicações sociais e políticas".<sup>21</sup> Ademais, essa tendência também se centraliza na discussão sobre a delimitação e o sentido de alcance dos direitos reprodutivos, além dos fundamentos liberais do processo de autodeterminação das mulheres.

---

<sup>18</sup> BEAUVOIR, S. **The second sex**. New York: Knopf, 1953. p. 67

<sup>19</sup> ÁVILA, M. B.; GOUVEIA, T. Notas sobre direitos reprodutivos e direitos sociais. In: PARKER, R.; BARBOSA, R. (Orgs.) **Sexualidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001, p. 160-172.

<sup>20</sup> ROTANIA, Alejandra Ana. Biologia moderna feminismo e ética. In: SCAVONE, Lúcia (Org.).

**Tecnologias reprodutivas**. São Paulo: Unesp, 1996. p. 164.

<sup>21</sup> *Ibid., id.*

Por derradeiro, vislumbra-se uma atitude de recusa veemente as tecnologias já que essa corrente não se acredita na possibilidade de um controle social e político sobre as mesmas<sup>22</sup>.

Assim, é possível depreender que a primeira linha se caracteriza pela aceitabilidade da RHA como uma consequência “natural” do desenvolvimento da ciência e da tecnologia como um todo e que possibilita a intervenção nos eventos da reprodução humana. Considera que a RHA representa um conjunto de técnicas de um processo “natural” de desenvolvimento humano, que são seguras quando oferecidas no mercado, que vieram para resolver problemas que atingem homens e mulheres e têm por objetivo realizar sonhos e desejos de casais inférteis.

Dentro dessa lógica, a aludida vertente ressalta que as técnicas são absolutamente necessárias para se enfrentarem obstáculos relativos à reprodução, não havendo motivos para a imposição de uma regulação ou limitação, a não ser para garantir proteção aos profissionais e aos pacientes, uma vez que elas são frutos de uma autonomia responsável e respeitam, dentro do possível, os direitos dos envolvidos.

Defendem, ainda, que o desenvolvimento das pesquisas em clonagem reprodutiva humana, já que a mesma pode futuramente corresponder a mais uma técnica de RHA, uma vez que visa ao bem-estar e ao desejo do indivíduo infértil.

Destarte, pode-se inferir que predomina, nesta tendência, um viés determinista, cientificista e liberal; resistente a aceitar perspectivas limitadoras do agir humano nos diversos campos, tais como o conhecimento, a liberdade de pesquisa, a liberdade pessoal ou a livre escolha.

Não obstante, insta revelar que as feministas colocaram-se quase que majoritariamente em pólo de resistência as conquistas travadas nos campos da engenharia genética e reprodutiva. Eis, algumas de suas principais motivações:

---

<sup>22</sup> ROTANIA, 1996. p. 164.

A primeira crítica verificada na literatura feminista condiz à intervenção tecnológica sobre o corpo da mulher, que desmembra em órgãos autônomos: úteros, ovários e, mais detalhadamente ainda, em partes elementares como célula e moléculas (óvulos, hormônios sexuais etc.).<sup>23</sup>

Por conseguinte, aduzem as feministas:

[...] essa decomposição, primeiro movimento fundamental para a aceitação de um acesso ilimitado ao corpo da mulher e para sua apropriação e manipulação indiscriminada pela medicina, reproduz, inclusive, a própria dominação masculina.<sup>24</sup>

Em palestra sobre o assunto, Gena Corea, avaliando os riscos da fertilização in vitro, sustenta que tal técnica reforça a visão do corpo da mulher como objeto, como um mero recipiente. Ademais, denuncia que as mulheres foram usadas como verdadeiras cobaias humanas, já esses métodos foram empregados em seus corpos antes de serem testados em primatas. A autora ainda chama a atenção para outra consequência: a de que as mulheres nesses procedimentos são usadas como uma espécie de matéria prima de óvulos e trompas, o que em sua visão “descarateriza a essência delas como seres humanos”.<sup>25</sup>

Portanto:

A mulher acabaria por ser tratada de acordo com a representação clássica segundo a qual, no processo reprodutivo, ela funciona como recipiente da reprodução, o que pode ser especialmente exemplificado nos casos de esterilidade masculina.<sup>26</sup>

Pois, nesses casos, torna-se premente que a mulher seja submetida a pesados tratamentos hormonais, mormente quando o médico propõe a técnica de ICSI.

Klein<sup>27</sup>, feminista citada por Marilena Correia ainda considera que:

<sup>23</sup> CORRÊIA, Marilena Vilela. **Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: EDVERJ, 2003. p. 226.

<sup>24</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>25</sup> COREA, Gena. Os Riscos da Fertilização in vitro. In: SCAVONE, 1996, p. 164.

<sup>26</sup> CORRÊIA, 2003, p. 226.

<sup>27</sup> KLEIN, R. When medicalisation equals experimentation and creates illness: the impact of the new reproductive technologies on women *apud* CORRÊIA, 2003, p. 228.

[...] os desenvolvimentos e desdobramentos das diversas técnicas, ao apropriar-se de todas as possibilidades reprodutivas do corpo feminino, enquadram as mulheres como “máquinas de nascimento [...] cujas partes podem ser combinadas à vontade mas cujos cérebros e ansiedade não têm importância” [...] contanto que se produza o “sucesso”. Com taxas de sucesso inferiores a 10% (segundo ela), o uso dessas técnicas constitui verdadeiras “experiências desumanizadoras” sobre o corpo e a mente femininos.

Na mesma linha, se verificam as críticas tecidas por Gena Corea:

A medida que as tecnologias se expandem sua concepção industrial também cresce: os óvulos tornam-se matéria-prima e são tirados do ovário de uma mulher para serem implantados em outra. Essas mulheres serão consideradas procriadoras, como animais de procriação, vendidas como tais<sup>28</sup>.

Assim, para essa facção de feministas, as novas tecnologias reprodutivas apresentariam o condão de reforçar aquele velho paradigma feminino que identifica totalmente o papel da mulher com a maternidade e a reprodução, identificação muito provavelmente, tanto ou mais poderosa da que se fazia apenas em nome da natureza<sup>29</sup>.

### **2.1.1 A trajetória brasileira**

O movimento feminista, ao longo da história do Brasil construiu um caminho muito próprio de tendência política, entretanto, sempre guardando vínculos com os movimentos de cunho internacional.

No período colonial marcado por forte influência da Igreja Católica, o discurso promovido por esta Instituição, era caracterizado por uma mentalidade andocêntrica de subordinação, obediência e servidão da mulher em relação ao homem. Nessa fase, a ideologia que predominava pautava que o nascimento dos filhos era determinação Divina, não sendo permitido que qualquer meio interferisse no percurso natural da natureza.

---

<sup>28</sup> COREA, 1996, p. 165

<sup>29</sup> CORRÊIA, *op. cit.*, 2003, p. 228.

Tal situação vigorou do Brasil colônia até o início do período republicano, quando no governo de Getúlio Vargas, surge novamente, uma tendência pró-natalista.

Em 1932, as mulheres conquistam seu direito ao voto. A conquista a cidadania, entretanto não trouxe mudanças significativas, no contexto da liberdade de decisão sobre a constituição familiar, tendo em vista que nesta época ainda predominava a subjugação do gênero feminino. O próprio direito revelava isso quando considerava a mulher relativamente capaz e destinava ao homem o papel de direcionar o núcleo familiar.

Mas, somente a partir da retomada dos estudos desenvolvidos por Thomas Maultus, no cenário internacional desponta-se uma pequena centelha de discussões no sentido de controle de natalidade, cuja gestão, até então, era atribuída somente ao Estado.

Em 1952, Margaret Sanger criou, com sede em Londres, o International Planned Parenthood Federation (IPPF) que contava com apoio financeiro de diversas instituições interessadas no controle demográfico, principalmente dos países pobres e, portanto, restringindo à liberdade reprodutiva da mulher ou dos casais. O Brasil, também integrante do programa, através dos meios de comunicação existentes, estimulava um controle populacional, pois, para a concepção da época, creditava-se o subdesenvolvimento nacional às altas taxas de natalidade.

Em agosto de 1960, chegou ao mercado consumidor o primeiro anticoncepcional oral. A pílula provocou uma revolução na vida sexual feminina e conduziu a uma redução drástica da taxa de natalidade mundial.

Na década seguinte, o país então dominado pela Ditadura Militar, estava contagiado pelo ideário de que a segurança nacional estaria ameaçada pelo grande contingente de pobres, reforçando por idéias eugênicas que pregavam uma condição de sub-raça brasileira<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> BUGLIONE, 2002, p. 133.



Entretanto, os temas relativos à reprodução e sexualidade não inauguraram a primeira pauta do movimento feminismo contemporâneo brasileiro. Basterd ilustra bem os acontecimentos dessa fase:

A conjuntura política do regime militar, a aliança com a igreja e com os partidos políticos de esquerda eram fundamentais na luta contra o arbítrio e, em função disto, as questões referentes à sexualidade e reprodução tiveram estrategicamente fora do emergente discurso feminista. A inclusão desse temário no final dos anos setenta tem vários significados: superação de tabus, ampliação dos espaços democráticos na oposição do regime e ao mesmo tempo, desconpreensão política por parte do regime autoritário. O debate sobre aborto, a sexualidade, que coloca o corpo como tema da política, se instala nos anos oitenta. As feministas trazem a grande contribuição para expandir a agenda da luta política por democracia. a chegada de mulheres brasileiras do exterior, com a Promulgação da Anistia política em 1979, representa uma profunda contribuição aos termos desse debate no Brasil em função da experiência de militância feminista em outros países que apontava para internacionalização do debate em nosso país<sup>31</sup>.

Assim, somente nos idos de 1980, que o movimento de mulheres, juntamente com outros atores políticos, intervieram no debate nacional sobre planejamento familiar, construindo novos espaços de articulação crítica. Visando romper com a opressão de sua sexualidade e reprodução, instigaram a discussão à cerca das políticas controlistas e ao gerenciamento da sexualidade, que as afetavam diretamente. A nova ideologia preconizava o fim da polarização do natalismo tradicional e o neomalthusianismo crescente que caracterizava o debate nacional nas décadas de setenta e oitenta e desse modo, sinalizavam para a revisão das concepções acerca do público e do privado na cultura política brasileira pregando a autonomia entre sociedade civil, sociedade política e Estado.

Nesse mesmo período identificamos a luta democrática pelas eleições diretas presidenciais e as eleições dos governos estaduais. Em 1983, o governo do governador Franco Montouro, cria o primeiro Conselho da Condição Feminina que tem como uma de suas pautas a discussão sobre o planejamento familiar.

---

<sup>31</sup> BARSTED, Leila Linhares. Relatório do encontro Saúde e Direitos Reprodutivos: um debate entre as mulheres. Rio de Janeiro: Cepia, 2001. (Coletânea traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero). p. 67.

É exatamente nesse contexto em que se verifica a mudança do termo controle de natalidade para planejamento familiar, termo mais condizente às enunciações feministas e suas reivindicações por liberdade de decisões na esfera reprodutiva, uma vez que a reprodução biológica opera-se no corpo feminino.

Desse modo, impulsionado pela pressão feminista, o Estado cria o Programa Nacional de Assistência Integral a Saúde da Mulher (PAISM), que introduziu a política de gênero no Brasil. Este se constituiu em um conjunto de princípios e diretrizes programáticas abrangentes, destinadas às mulheres nas diversas etapas e situações de sua vida, incluindo-se a fase reprodutiva.

O ponto prioritário do conteúdo do PAISM foi assegurar medidas de inclusão à anticoncepção como uma das atividades da assistência integral à saúde feminina, além da atenção pré-natal, ao parto e puerpério, sendo fortemente influenciado pelas mudanças ocorridas nas políticas de saúde nos anos 80, decorrentes da intensa discussão que vinha se realizando desde os anos 70 sobre universalidade e integralidade, no âmbito do Movimento Sanitário.

Mas é com o advento da Constituição Federal de 1988, é que se depreendem conquistas mais significativas. Como observa a doutrina contemporânea, a Constituição de 1988 pode ser considerada uma das mais avançadas no tema relativo à igualdade dos gêneros, sendo considerada por muitos doutrinadores, como Silvia Pimentel “o documento mais importante e abrangente sobre os direitos das mulheres<sup>32</sup>.”

Na esfera do planejamento familiar a Constituição dispõe em seu art. 226 § 7º, 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.

---

<sup>32</sup> PIMENTEL, Silvia. **Perspectivas jurídicas da família**: o novo Código Civil Brasileiro e algumas considerações sobre a violência familiar e o direito. São Paulo. Editora Forense, 2003. p. 45.

Contudo, a Carta Maior não faz nenhuma alusão específica ao um direito à reprodução, o que conduziu alguns estudiosos da envergadura de Tycho Brale Fernandes<sup>33</sup>, a afirmar categoricamente pela sua inexistência em nosso ordenamento pátrio.

Em 1996 sobreveio a Lei 9.263, que passou a regular, em nível infraconstitucional, a matéria, estabelecendo normas a respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também relacionadas com o homem e a mulher, individualmente considerados. De acordo com o tratamento normativo fornecido pela lei, qualquer pessoa, homem ou mulher, e também o casal, deterá o direito ao planejamento familiar, o qual inclui programas estatais de atenção à saúde em todos os ciclos vitais da vida reprodutiva humana, tais como, a assistência à concepção e a contracepção, ao parto, dentre outras.

Entretanto, tal legislação não teve o condão de aplacar os debates doutrinários nesse sentido, mesmo porque ainda não se evidencia expressamente um direito dessa natureza.

Por conseguinte, parte da doutrina recorre a outros valores, princípios e direitos fundamentais, postos muitas vezes a serviço de uma interpretação maximalista de liberdade, o que na visão de Ana Maria Vega tende a reforçar o principal núcleo do problema apresentado pelos direitos reprodutivos: “em sua delimitação e definição está em jogo, em último termo, o modo de conceber uma integração harmônica ou despótica entre liberdade e natureza humana, entre dignidade da pessoa humana e os direitos que lhes são inerentes, de livre desenvolvimento da personalidade”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> FERNANDES, Tycho Brale. **A reprodução assistida em face da bioética e o biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 62.

<sup>34</sup> VEGA, Ana María. **Los "derechos reproductivos" y sus interpretaciones**: una causa que se promueve en la ONU. Disponível em: <<http://www.vidahumana.org/vidafam/onu/derechos-rep.html>>. Acesso em: 23 dez. 2006. Do original em espanhol: Y aquí radica el principal núcleo del problema que plantean los derechos reproductivos: en la definición y delimitación de su contenido está en juego, en último término, el modo de concebir la integración -armónica o despótica- entre la libertad y la naturaleza humana; entre la dignidad humana y los derechos que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad.

## 2.2 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E SUA DISTINÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na acepção de Norberto Bobbio:

Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais<sup>35</sup>.

Desse modo, pode-se inferir que os direitos humanos derivam da confluência entre diversas fontes, filosóficas, jurídicas, e especialmente teológicas, em que se apregoam idéias universalizantes de que tais direitos conquistados possam alcançar todos os indivíduos, independente da nacionalidade, raça ou credo.

A concepção moderna de direitos humanos segundo Piovesan constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Nas palavras da autora “Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução<sup>36</sup>”.

É neste contexto que se trava a reconstrução dos direitos humanos, como referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea, mas, principalmente como resultado de verdadeiras batalhas travadas por direitos no curso da história.

Piovesan ainda relata que a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 introduz a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada notadamente pelos ideais de universalidade e indivisibilidade destes direitos. Assim, explica a autora:

[...] universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos e indivisibilidade porque, ineditamente, o

---

<sup>35</sup> BOBBIO, N. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 78.

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flávia. Reprodução e Sexualidade. In: BUGLIONE, 2002, p 62.

catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>37</sup>.

Mas, o conceito de Direitos Humanos, nessa exposição, será apresentado pelo ilustre mestre Herkenhoff:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir<sup>38</sup>.

Para Luño, citado por Tavares<sup>39</sup>, os direitos humanos compreendem:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Na lição de Hannah Arendt<sup>40</sup>, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Nesse mesmo sentido, Alan Rosas salienta, que “o conceito de direitos humanos é sempre progressivo. [...] O debate a respeito do que são direitos humanos e como devem ser definidos é parte da nossa história, do nosso passado e do nosso presente”<sup>41</sup>.

Conquanto, para alguns doutrinadores os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais possam ser empregados como sinônimos, na esteira dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>42</sup>: os “direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, ao passo, que a expressão:

<sup>37</sup> PIOVESAN, 2002, p. 63.

<sup>38</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**: a construção Universal de uma utopia. São Paulo: Santuário, 1997. p. 78.

<sup>39</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 362.

<sup>40</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1979. p. 88.

<sup>41</sup> ROSAS, Allan. So called righth of third Generation. In: EIDE, Abbsjorn; KRUISE, Catarina; ROSAS, Allan. Economic, Social and Culturla Rights. Dordrecht Beston e Londres Martinu Nihoff, 1995. p. 243 *apud* PIOVESAN, 2002, p. 63.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

[...] direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referirem-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>43</sup>

Ademais, a despeito de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderá tais conceitos, serem compreendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente, por isso, Sarlet destaca, a importância de se considerar a diferenciação quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional). Em sua opinião é desnecessário aprofundar a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.<sup>44</sup>

Em breves linhas, os direitos humanos apresentam um alcance mais amplo do que os direitos fundamentais, sendo empregues, de uma maneira geral, para fazer referência aos “direitos dos homens”, sendo albergados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos diversos instrumentos de Direito Internacional Público. Contudo, em face de fatores instrumentais não apresentam aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas. De outro modo, os direitos fundamentais são constituídos por regras e princípios, positivados constitucionalmente, cujo rol não está limitado aos dos direitos humanos, que visam garantir a existência digna (ainda que minimamente) da pessoa, tendo sua eficácia assegurada pelos tribunais internos.

Finalizando a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet que estas duas categorias, em que pese não se excluïrem, apresentam dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta

---

<sup>43</sup> *Ibid., id.*

<sup>44</sup> *Ibid., id.*

a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas<sup>45</sup>.

## 2.3 CONFERÊNCIAS INTERNACIONAIS E “DIREITOS REPRODUTIVOS”

Na transição do Estado Liberal para o estado Democrático de Direito e social de direito, na primeira metade do séc. XX, o rol de direitos humanos se amplia significativamente para além do direito de liberdade em suas variadas manifestações em prol do indivíduo, incorporando outros direitos que buscam corrigir as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes na sociedade<sup>46</sup>.

Nessa senda, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil no mesmo ano, que dentre outras determinações, estabelece a isonomia, independente de sexo, e o princípio da não discriminação, o qual avança na idéia de proteção para a participação igualitária.

A partir de então, desencadeia-se o que a doutrina vem chamar de Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados para a proteção dos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Mas, dentro do enfoque do tema apresentado, não se pode deixar de fazer alusão a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em 1968 no Teerã, que vem a definir como direito humano a liberdade de decisão sobre a vida reprodutiva. Vislumbremos o disposto em seu capítulo 16: “Os pais têm o Direito Humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos”.

No ano de 1974, realiza-se a Conferência da População Mundial em Bucareste, cujo principal escopo foi aumentar a conscientização, e promover o desenvolvimento de

---

<sup>45</sup> SARLET, 2006, p. 42.

<sup>46</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ethica Cadernos Acadêmicos, 1998. p. 11.

<sup>47</sup> PIOVESAN, 2002, p. 72.

políticas e programas de população e encorajar a expansão da cooperação e assistência internacional. Antes deste evento as elevadas taxas de crescimento populacional eram consideradas barreiras ao crescimento econômico das nações. Contudo, evoluiu-se para um novo ponto de vista, o de que o rápido crescimento populacional era causado pelo subdesenvolvimento e não o contrário.

O documento resultante desta conferência foi o Plano de Ação da População Mundial (WPPA), que recomendavam a todos os governos:

Respeitar e assegurar, independentemente das suas metas demográficas, o direito das pessoas a determinar, de uma forma livre, informada e responsável, o número e espaçamento dos seus filhos<sup>48</sup>. (Parágrafo 29(a))

Em 1975, a Primeira Conferência Mundial sobre Mulheres, realizada na Cidade do México introduziu uma nova dimensão, declarando que o direito ao planejamento familiar é essencial para a equidade do gênero. Dez anos depois, no México, em outra Conferência Internacional versando sobre a mesma temática, reconheceu-se o grande aumento do conhecimento do planejamento familiar e do seu acesso desde 1974. Não obstante, dados do Estudo de Fertilidade Mundial para os países em desenvolvimento, demonstravam que das mulheres com risco de gravidez e que não desejavam mais crianças, apenas metade tinha acesso à contracepção.

O papel dos homens emergiu também como fator crítico. Nesse sentido, a conferência declarou que:

Para providenciar às mulheres a liberdade de participação total na vida social, é igualmente necessário que os homens partilhem totalmente com as mulheres as responsabilidades nas áreas de planejamento familiar, na educação das crianças e em todos os outros aspectos relacionados com a vida familiar. O cumprimento destes objetivos é fundamental para o cumprimento das metas de desenvolvimento, incluindo as relacionadas com a política de população<sup>49</sup> (Parágrafo 7).

Todavia, a Convenção sobre Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, de 1979, é considerada a primeira a trazer alguns delineamentos internacionais acerca dos direitos reprodutivos. Confira-se o teor de seu art. 12<sup>o</sup>:

---

<sup>48</sup> PERROW, Francis. O caminho para saúde reprodutiva global. **Saúde e direitos Reprodutivos na agenda internacional 1968-2003**. Edição Portuguesa APF. Mar. 2003. p. 89

<sup>49</sup> *Ibid*, p 89



Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas esferas dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços médicos, em condições de igualdade entre homens e mulheres, inclusive referentes ao planejamento familiar<sup>50</sup>.

Na precisa análise de Piovesan essa Convenção simboliza a semente de todo um desenvolvimento normativo posterior no tocante à construção conceitual de direitos reprodutivos, como direitos que demandam do Estado um duplo papel - um negativo, já que não deve exercer qualquer ingerência no tocante a decisão para a decisão dos indivíduos na constituição do projeto parental e o papel positivo e promocional, adotando as medidas necessárias de acesso aos serviços de saúde.<sup>51</sup>

Contudo, com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada na cidade do Cairo em 1994, é que verifica-se um enfoque mais abrangente sobre as políticas sociais visando os direitos humanos e a igualdade de gênero, extrapolando desse modo, os aspectos específicos do controle da natalidade, planejamento familiar e saúde materno-infantil, vindo a ocupar-se com os temas como saúde, direitos sexuais e reprodutivos.

Com esta Conferência visou-se promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminando todo o tipo de violência contra a mulher, garantindo que ela controle sua própria fecundidade, além de afirmar que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício de sua maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer tais direitos e responsabilidades. Enquanto, que o homem tem a responsabilidade pessoal e social, a partir de seu comportamento sexual e fertilidade, pelos efeitos dessas decisões na saúde e bem estar de suas companheiras e filhas.

No Cairo emerge o conceito de cidadão como sujeito de direitos e deveres, sem condicionamentos religiosos, com a ampliação dos sujeitos de direito incluídos nas relações da vida reprodutiva e sexual: os adolescentes, as mulheres solteiras, os

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>51</sup> PIOVESAN, 2002, p. 73.

homens e as pessoas da 3ª idade, há uma ampliação da própria idéia de humanidade – pauta das discussões.

Nessa seara, confira-se o princípio 4º da aludida Conferência:

Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural e econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.<sup>52</sup>

Portanto, a partir da aludida Conferência houve consenso internacional quanto aos seguintes pontos:

- Existe um direito humano sobre planejamento de natalidade, isso é reconhecido. Hoje, também, pela maioria dos representantes dos países do Sul e é avanço em relação à primeira conferência de Bucareste.
- Aborto e esterilização forçada não podem constituir meios de planejamento de natalidade
- É necessidade urgente superar a pobreza estrutural no mundo, e, sobretudo uma mudança no comportamento de consumo das pessoas do Norte rico.
- A posição da mulher deve ser melhorada em todos os aspectos, mas, sobretudo, no sentido, de melhor formação básica.
- De urgente necessidade são os planos especiais de ação para que se possibilite em âmbito universal o planejamento da natalidade.
- É importante uma saúde da reprodução. Segundo as palavras do plano de Ação do Cairo, isso significa direitos a informação e acesso aos métodos seguros, baratos e inofensivos para a regulação da fertilidade, bem como o direito serviços adequados de saúde que proporcionem à mulher uma gravidez e um parto seguros que ajudem os pais a ter um filho saudável. Disso faz parte a educação sexual dos jovens, a conscientização dos homens e mulheres sobre problemas de saúde, a descoberta e o tratamento de doenças venéreas, os cuidados maternos antes e depois do parto, a vacinação de bebês e crianças pequenas<sup>53</sup>.

De igual modo, foi declarado que o aborto não deve ser promovido como método de planejamento familiar. Foram também reconhecidas as complicações pós-abortivas. São as seguintes as considerações propaladas nesse sentido:

[...] Todos os governos [...] são impelidos a consolidar o seu empenhamento em prol da saúde das mulheres, a lidarem com o impacto do aborto não seguro na saúde como sendo uma principal preocupação de

<sup>52</sup> *Ibid.*, 67

<sup>53</sup> PESSINI Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Op cit, 1995, p. 215.

saúde pública e a reduzirem o recurso ao aborto através da expansão e do melhoramento de serviços de planeamento familiar... Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para a gestão das complicações associadas ao aborto. (Parágrafo 8.25)

Na precisa avaliação de Alves o Programa de Ação do Cairo conseguiu, algo extraordinariamente positivo. **Contemple-se seu posicionamento:**

Além de evitar uma perigosa estratificação entre a fé e a ação social, fez prevalecer o enfoque humanista no tratamento de uma questão até então eminentemente econômica. Nesse sentido, representou uma esperança de progresso histórico, proporcionando impulso substantivo a mais positiva das tendências dos tempos presentes: a que estabelece os direitos humanos como fundamento, condição e meio para a consecução do desenvolvimento da humanidade<sup>54</sup>.

Ao passo que Dourado obtempera, pois, a seu ver, os direitos reprodutivos podem ser para os direitos humanos um novo paradigma, que rompa com a hierarquia das gerações de direitos humanos, retomando com a idéia da integralidade. Na opinião do autor, desafiam, ainda, o princípio da universalidade dos direitos humanos, uma vez que, não existe a possibilidade de criarmos um padrão acerca de como os seres humanos devem reproduzir-se, quantos filhos devem ter e nem mesmo de que forma devem comportar-se na sua vida reprodutiva<sup>55</sup>.

Já no ano de 1995, a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, reafirmou-se as noções encetadas no Cairo, proporcionando ênfase, outrossim, à necessidade de erradicação da pobreza, incluindo iniciativas destinadas a medir e a reduzir os impactos sociais do ajuste econômico, especialmente sobre as mulheres e crianças, sendo que o Brasil ratificou a ambas.

No mesmo ano, em Pequim, realiza-se a Conferencia Mundial sobre as Mulheres onde também denotamos um grande empenho para não deixar cair os compromissos assumidos sobre saúde reprodutiva um ano antes na CIPD. Fundamentalmente, a Plataforma de Ação de Pequim, assinada por mais de 180 governos, deu continuidade ao progresso feito na CIPD. A Plataforma de Ação especificou que:

<sup>54</sup> ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

<sup>55</sup> DORA, Denise Dourado. Os direitos humanos das mulheres. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch de (Orgs.). **Direitos Humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: THEMIS, 1998. p. 33.

[...] os direitos humanos das mulheres incluem o seu direito a controlar e a decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas com a sua sexualidade, incluindo saúde sexual e reprodutiva, livre de coerção, discriminação e violência<sup>56</sup>. (Parágrafo 96)

Os delegados reforçaram a linguagem da CIPD sobre o aborto, reconhecendo que o aborto não seguro ameaça as vidas de muitas mulheres, especialmente as mais jovens e pobres. Reconheceu-se que medidas de saúde reprodutiva seguras e eficazes reduzem as mortes e lesões relacionadas com o aborto não seguro.

A Plataforma de Pequim levantou também a possibilidade da descriminalização do aborto, convidando os governos a considerarem a revisão das leis que contemplam medidas punitivas contra mulheres que se sujeitaram a abortos ilegais.

Em 1999, realizou-se a CIPD + 5 na cidade de Nova Iorque, especialmente, com o propósito de avaliar efetivamente o emprego das noções propostas no Cairo.

A conferência observou alguns resultados positivos desde a CIPD, incluindo:

- Aumento da utilização do planeamento familiar
- Aumento no acesso à contraceção
- Aumento da qualidade dos cuidados nas provisões em saúde reprodutiva
- Um aumento dos serviços de saúde reprodutiva<sup>57</sup>

Todos estes elementos resultaram num maior número de casais e de indivíduos a escolherem o número e espaçamento dos seus filhos.

Em resposta a esta situação, a revisão dos cinco anos da CIPD reafirmou o objetivo para os países se empenharem na meta de acesso universal à saúde reprodutiva até 2015.

As metas financeiras foram também reafirmadas, sendo reconhecido que quer os países doadores quer os países em desenvolvimento não estavam a cumprir os seus compromissos financeiros. O documento do Cairo + 5 foi também o primeiro

---

<sup>56</sup> PERROW, Francis. O caminho para saúde reprodutiva global. **Saúde e direitos Reprodutivos na agenda internacional 1968-2003**. Edição Portuguesa APF. Mar. 2003. p. 94

<sup>57</sup> *Ibid*

documento das Nações Unidas a incluir metas e objetivos relacionados com o VIH/SIDA.

No ano de 2000, em Pequim, realizou-se uma sessão especial da Assembleia Geral das Nações Unidas foi realizada na sede das Nações Unidas em Nova Iorque para rever o progresso da Plataforma de Ação de Pequim.

Essa conferência identificou a necessidade de um maior envolvimento masculino na saúde sexual e reprodutiva, com um destaque para a:

Elaboração e implementação de programas para encorajar e capacitar os homens na adoção de comportamentos de saúde sexual e reprodutiva seguros e responsáveis e na utilização eficaz de métodos que previnem gravidezes não desejadas e infeções sexualmente transmissíveis, incluindo o VIH/SIDA. (Parágrafo 107g)<sup>58</sup>.

Por derradeiro, no ano de 2002, na Conferencia Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida na cidade de Joanesburgo, ficou assentado o fato da questão da população não ter sido focada, apesar das interligações estabelecidas entre desenvolvimento sustentável e população. Esta foi a primeira das conferências internacionais a não abordar as questões da CIPD. Proponentes da agenda da CIPD estavam relutantes relativamente a este fato... Além de quererem manter a pressão sobre a comunidade internacional para o tema da saúde reprodutiva, não queriam que a linguagem do Cairo fosse esquecida ou relegada para trás. 179 Governos adotaram por consenso o Programa de Ação do Cairo. Quase todos, exceto um pequeno grupo, estão completamente empenhados nos seus princípios e recomendações. Mas, na precisa avaliação de Francis Perrow, se for permitido a esses governos bloquearem os acordos sobre saúde reprodutiva nas futuras conferências da ONU, tal desenvolvimento poderá ter um impacto negativo no princípio do Cairo sobre a saúde e direitos sexuais e reprodutivos enquanto direitos humanos<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> PERROW, Francis. O caminho para saúde reprodutiva global. **Saúde e direitos Reprodutivos na agenda internacional 1968-2003**. Edição Portuguesa APF. Mar. 2003. p. 89

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 89.

## 2.4 AS DIRETRIZES PROPAGADAS PELAS CONFERÊNCIAS INTERNACIONAIS NA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Depois da definição das Conferências internacionais que trouxeram a lume os *direitos reprodutivos*, impende, doravante considerar se as diretrizes traçadas pelas mesmas, foram incorporadas pelo sistema jurídico brasileiro.

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecida e sancionada pela Constituição Brasileira de 1988 em seus artigos 5º, §1º, 2º e 3º:

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º 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.

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dessa forma, os tratados internacionais, uma vez ratificados, comprometem legalmente o governo, tendo em vista, que passam a configurar o ordenamento jurídico existente.

Contudo, o status dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil não é pacífico. A doutrina nos orienta no sentido de dá-los status constitucional, através da interpretação do art. 5º, § 2 e 3 em harmonia com o § 1º desse mesmo art., c/c art. 1º, III e art. 4º, II; todos da Carta Magna.

Nesse sentido, cumpre explicitar que a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos é abordada por, pelo menos, duas doutrinas diametralmente opostas<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Flávia Piovesan apresenta outras duas correntes, *in verbis*: “Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados status paritário à lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados e direitos humanos têm hierarquia supra-constitucional, enquanto que a

Influenciada pela doutrina jusnaturalista a doutrina humanista defende a aplicação imediata da norma mais favorável à vítima, mesmo que esta norma seja internacional e ainda não tenha sido integrada formalmente ao ordenamento jurídico interno dos países.<sup>61</sup>

Por outro lado, existem doutrinadores que somente admitem a aplicação do direito internacional (independentemente do seu conteúdo) quando integrado ao ordenamento jurídico interno. Para tanto, afirmam, partindo de conceitos como o de soberania e de competência nacional exclusiva para legislar, que não há lei no direito interno sem que se respeite todo procedimento de criação de normas definido constitucionalmente pelo Estado. Esta última teoria se subdivide em duas correntes: dualista<sup>62</sup> e monista<sup>63</sup>.

Em breves linhas, a corrente dualista defende que normas internas e internacionais são independentes e, portanto, para que estas sejam aplicadas internamente devem, em primeiro lugar, ser transformadas em lei interna, mediante procedimentos formais estabelecidos na Constituição do país. Ao passo que, os monistas entendem que apenas o ato de ratificação pelo poder executivo é suficiente para transpor a norma do plano internacional para o plano interno<sup>64</sup>.

Tais considerações poderiam conduzir a uma interpretação do texto constitucional que autorizasse a aplicabilidade direta e imediata dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. No entanto, não é esse o entendimento consagrado pelo ordenamento pátrio<sup>65</sup>.

---

outra corrente defende a hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal dos tratados de direitos humanos." (PIOVESAN, 2002, p. 91)

<sup>61</sup> TRINDADE, Antônio Augusto C. **A proteção internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>62</sup> Os principais representantes da corrente dualista são Triepel, Anzilotti e, no direito brasileiro, Amílcar de Castro.

<sup>63</sup> A concepção monista foi desenvolvida por Hans Kelsen e, no Brasil, apresenta como principal expoente Celso D. De Albuquerque Mello.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.15-16.

<sup>65</sup> PIOVESAN, 2002, p. 78.

A aplicabilidade de uma norma internacional, qualquer que seja a matéria, depende, segundo o texto constitucional, de ato do Congresso Nacional (artigo 49, I) e também da promulgação do Presidente da República (artigo 84, VIII).

Portanto, pode-se inferir que o Brasil adota a corrente dualista moderada, pois, se por um lado não é necessária a elaboração de uma lei interna, por outro, um simples ato do executivo não é suficiente para integrar a norma ao ordenamento jurídico interno<sup>66</sup>.

Outrossim, ressalta-se que, com o advento do § 3º incorporado ao artigo 5º pela Emenda Constitucional 45/2004 um procedimento especial para a incorporação das convenções internacionais sobre direitos humanos ao ordenamento pátrio com equivalência de emenda constitucional.

Contudo, até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal jamais manifestou nenhuma decisão conferindo às conferências Internacionais aludidas no corpo dessa exposição, status, sequer de lei ordinária.

Esse, por sinal, é o entendimento propalado pela emérita professora Maria Auxiliadora Minahim<sup>67</sup>, em seminário realizado em 30 de outubro de 1998, asseverou, que as referidas Conferências não se integraram no sistema jurídico nacional enquanto lei, muito embora, em sua opinião, pudessem inspirar políticas públicas que se harmonizem com os princípios constitucionais.

Para chegar a tal conclusão, a referida doutrinadora lastreou-se em uma análise de cunho formal condizente à vigência e validade no sistema jurídico dos tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Brasil<sup>68</sup>.

Na perspectiva formal, aduz a jurista, a Constituição Brasileira dispõe que um Tratado - entendido aqui como gênero do qual os acordos, convenções e demais

---

<sup>66</sup> *Ibid., id.*

<sup>67</sup> MINAHIM. **Saúde e direitos reprodutivos no Brasil**. Impacto da Conferencia do Cairo nas políticas publicas. Relatório do Seminário Salvador 28-30 de outubro de 1998./Direitos Reprodutivos e Sexuais/ Maria Auxiliadora Minahim, Guacira César de Oliveira, Maria Tereza Citelli Debatedora: Maria Bethânia Ávila. Salvador, Ed. Musa, 2000.p.73.

<sup>68</sup> MINAHIM, 2000, p. 73.



atos internacionais seriam espécies – apenas ingressa na legislação interna após um procedimento previsto por lei, conforme explicamos em linhas pretéritas, dentro da concepção dualista moderada assumida por nosso país.

Assim, embora o Brasil, algumas vezes por pressões de organismos internacionais, outras na defesa de valores que supostamente endossa, tenha participado com visibilidade tal como o fez na Conferencia Mundial de Direitos Humanos (Viena,1993), na Conferencia Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo,1994) e na IV Conferencia Mundial sobre a mulher (Beijing,1995) tal participação pode limitar-se a um enunciado de intenções, sujeitas a algumas sanções estabelecidas na própria convenção se não atendidas as regras para a validade no território nacional.

Entretanto, a insigne doutrinadora reitera que não reconhece nenhuma decisão por parte do Supremo Tribunal Federal que confira eficácia jurídica às diretrizes propostas pelas Plataformas aduzidas.

Nesse caso, quando muito, podem ser reputados como fontes de inspiração para a produção normativa, naquilo, em que evidentemente puderem se coadunar com os princípios e normas adotados pela ordem jurídica.

## 2.5 AS DUAS VERTENTES DE UM CONCEITO

A despeito do termo “direitos reprodutivos” ter surgido explicitamente com a criação da Rede Mundial pela Defesa dos Direitos Reprodutivos das Mulheres em 1979, a doutrina brasileira ainda discute o seu reconhecimento em nossa ordem jurídica, avaliando, outrossim, todas as imbricações que esse fato tende a importar.

Alguns doutrinadores partidários de seu reconhecimento, a exemplo de Flávia Piovesan esboçam o seu conceito, assim, para essa doutrinadora, os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre

exercício da sexualidade e da reprodução humana, circulando no universo dos direitos civis e políticos, quando se referem à liberdade, autonomia, integridade etc. e aos direitos econômicos, sociais e culturais quando se referem às políticas do Estado. Esse conceito compreende, inclusive, o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde<sup>69</sup>.

Samantha Buglione<sup>70</sup>, por sua vez, ressalva que a partir da concepção de direitos reprodutivos, incorpora-se o princípio de que, na vida reprodutiva, existem direitos a serem respeitados, mantidos ou ampliados, que implicam em obrigações positivas para promover o acesso à informação e aos meios necessários para viabilizar as escolhas.

Na visão de Wilza Vieira Vilela<sup>71</sup> os “Direitos Sexuais e Reprodutivos estão estreitamente ligados à idéia de saúde como produção humana, pois diz respeito à autonomia de cada um em relação ao próprio corpo”.

Segundo Ávila<sup>72</sup> o termo “direitos reprodutivos” surge a partir de uma redefinição do pensamento feminista sobre liberdade reprodutiva. “Implicando, assim, na ampliação dos direitos das mulheres para além da área de sua saúde, passando pelos direitos sociais”.

Por fim, para Paolo Iagulli<sup>73</sup>, esses direitos são entendidos como do de “decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”.

---

<sup>69</sup> PIOVESAN, 2002, p. 73.

<sup>70</sup> BUGLIONE, 2002, p. 34.

<sup>71</sup> VILELA, Wilza Viera. Assessoria jurídica e estudos do gênero. In: BUGLIONE, 2002, p. 139.

<sup>72</sup> ÁVILA, Maria Betânia. Feminismo e sujeito político. Proposta, v. 29, p. 84-85, 2000 *apud* BORGES, Lenise Santana. Direitos Reprodutivos. In: LIBARDONI, Marlene. (Coord.) **Curso nacional de advocacia feminista em saúde e direitos sexuais e reprodutivos**. Brasília: Agende, 2002. p. 186.

<sup>73</sup> IAGULLI, Paolo **Riprodutivi e Riproduzione Artificiale**, Torino, G. Guippichelli Editore, 2001, p. 3. *apud* BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes Temas da atualidade bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Curitiba: Forense, 2003. p. 156.

De todo modo, o conteúdo dos direitos reprodutivos pressupõe duas importantes vertentes: a negativa, isto é, “o que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer ingerência ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto a procriar ou não” e a positiva, consistente no reconhecimento de que o conceito de procriar “compreende, sobretudo o fator meramente genético, de dar origem a um filho que derive do próprio patrimônio genético, e assim desenvolver em concreto à função de genitor”<sup>74</sup>.

Assim, a vertente negativa apregoa o livre exercício da sexualidade, desvinculada da função reprodutiva que, por conseguinte implica na capacidade do ser humano de desfrutar com plenitude de uma vida sexual, decidindo com quem e com que frequência deseja se reproduzir, mesmo porque, o direito de fundar uma família pode mas, não de maneira imprescindível ou necessária implicar na função procriativa.

Por isso, a referida vertente refere-se aos direitos inerentes a homens e mulheres de receberem informações precisas sobre os métodos disponíveis para a regulação da fecundidade, desde que, não estejam legalmente proibidos, nem que importem riscos para sua saúde.

Desse modo, é perfeitamente possível inferir que a essência da liberdade de fundar uma família constitui uma manifestação dos direitos à privacidade e liberdade.

Como exemplo de conceito de direitos reprodutivos, reputando apenas sua vertente negativa, cita-se o prolapado pelo mestre Pessini<sup>75</sup>:

Os direitos reprodutivos consistem no direito básico de todos os casais e indivíduos, homem e mulher de decidir livre e responsabilmente sobre o número o espaçamento e o momento de ter filhos e de ter informações e acesso aos métodos contraceptivos, e no direito de obter um melhor padrão e saúde sexual e reprodutiva. É o direito de ter relações sexuais prazerosas. Isso inclui o direito de todos de tomar decisões livres de discriminação, coerção ou violência, termos esses expressos em documentos internacionais sobre direitos humanos. Assim com a descoberta da ciência nos anos sessenta, dos métodos contraceptivos, pode-se ter a liberdade sexual e o controle reprodutivo. Separou-se um processo que nunca aconteceu antes de um lado a reprodução, do outro a

---

<sup>74</sup> BARBOSA, 2003, p. 156.

<sup>75</sup> PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2003, p. 215.

sexualidade. Começa a ganhar a ideologia de que a reprodução deve ser conduzida racionalmente.

Por outro lado, a vertente positiva do conceito de direitos reprodutivos pressupõe o direito de engendrar filhos próprios. Por evidente, diante da impossibilidade física do organismo para procriar, o indivíduo pode contar com a prerrogativa de valer-se dos recursos científicos disponíveis, desde que assentidos por lei, com o fito de viabilizar o nascimento de uma criança.

A aludida corrente escuda-se, dessa maneira, na necessidade de se democratizar os avanços tecnológicos da ciência, para tornar possível a cada ser humano a realização do desejo de ter filhos, pois, a partir do reconhecimento de um direito específico de reprodução, surge à obrigação para os órgãos públicos de custear os procedimentos clínicos necessários para o tratamento da infertilidade.

Em recente Carta de Princípios Éticos sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos dirigida à prática de ginecologistas e obstetras a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, em 18 março de 2006, redigiu uma orientação, cuja finalidade foi normatizar a conduta de seus associados, para tornar efetiva na prática médica a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos. (ANEXO 1)

O reconhecimento da reprodução enquanto direito exposto na Carta, não toca exclusivamente o seu conteúdo negativo, haja vista, que o conteúdo do segundo princípio ético, determina que “Todos os recursos científicos, no âmbito público e privado, devem ser garantidos e disponibilizados para que homens e mulheres efetivamente exercitem seus direitos sexuais e reprodutivos”<sup>76</sup>.

Assim, de modo inequívoco a classe médica acaba por reconhecer que todos terão direito de disponibilizar de todos os meios científicos existentes, inclusive, se for o caso, para viabilizar o nascimento de outras vidas.

Apesar de não ser dotado de *ius congens*, tendo em vista tratar-se de um documento cujo escopo é apenas nortear os procedimentos clínicos dos

---

<sup>76</sup> Carta de Princípios Éticos sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos dirigida à prática de ginecologistas e obstetras, 2º princípio ético.

profissionais de saúde, a referida Carta disciplina alguns princípios e direitos decorrentes do direito à reprodução e sexualidade.

De igual modo, a feminista DAHL, identifica que os direitos reprodutivos apresentam conteúdo positivo, pois, a seu ver:

O direito à procriação não se resume a prevenir a gravidez para a mulher a possibilidade de decidir sobre sua sexualidade e a oportunidade de engravidar: o seu objetivo é também o de criar, preservar e desenvolver a vida<sup>77</sup>.

Doravante, com fulcro nos subsídios teóricos apresentados através da distinção entre as vertentes transpostas dos conceitos de Direitos Reprodutivos, cotejados a partir de elementos doutrinários, passa-se, ao exame específico do conceito desenvolvido pela Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo.

Nesse sentido, nos escudamos na doutrina de Paolo Iagulli, jurista italiano especialista na questão, o qual revela que embora entendidos como direitos de “decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e o sobre o intervalos entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”, todos os programas de ações das referidas conferências restringiram-se ao aspecto negativo da fecundidade, vale dizer, voltaram-se para “*um direito não reprodutivo*, ou de exercer uma sexualidade divorciada da reprodução”<sup>78</sup>.

Do mesmo modo se manifesta Maria Helena Diniz<sup>79</sup>, que é categórica ao afirmar que “é fácil se perceber que tais direitos reprodutivos, na atualidade, têm muito mais liberdade negativa que positiva: o direito de não ter filhos ao invés de tê-los.”

Bem assim, é o entendimento da doutrinadora espanhola, Ana Maria Vega:

---

<sup>77</sup> DAHL, Tove Stang. Direito das mulheres: uma introdução à Teoria do Direito Feminista. Tradução portuguesa do original inglês, Lisboa, 1993, p.144 *apud* SEGUN, Elida. **Biodireito**. 2. ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2003. p. 88.

<sup>78</sup> IAGULLI, 2001, p. 3 *apud* BARBOSA, 2003, p.156.

<sup>79</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 151.

Uma aproximação da análise do primeiro nível, no caso dos direitos reprodutivos – reconhecimento e proteção de um conjunto de faculdades - manifesta que tem muito mais uma liberdade negativa do que positiva: de não ter filhos do que tê-los. Contudo, a liberdade para decidir o número de filhos e o espaçamento de nascimentos pertence no âmbito de intimidade e de não ingerência externa que corresponde a todo indivíduo. Esta liberdade é reconhecida também pela igreja católica.[...].

Do contrario, o conteúdo dos direitos reprodutivos implicaria um atentado contra os próprios direitos humanos, como se deduzem em algumas reivindicações que se amparam em outros direitos: como de aborto livre e gratuito, o direito a um filho mediante as técnicas de reprodução assistida, sem contar com uma assistência legal, o direito à esterilização. Em tais situações não se pode invocar o direito de alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva, como alude a definição.<sup>80</sup>

Tais argumentos permitem a ilação de que o principal desígnio de todas as Conferências internacionais que versaram sobre direitos humanos, foi o de prestar reconhecimento à autonomia reprodutiva das mulheres, ressaltando a sua capacidade decisória no tocante a opção de manter uma vida sexual independente da procriação, o que coincide perfeitamente com as pretensões bradadas no discurso feminista no curso da história, o qual, - frise-se - jamais reivindicou o direito de gerar filhos, e sim, a liberdade de decisão de autonomia sobre o seu próprio corpo.

Entretanto, deve-se reconhecer que são inúmeras e divergentes as opiniões reinantes sobre o sentido e abrangência dos *direitos reprodutivos*, de maneira que, a questão em lume, ainda encontra-se muito longe de estar pacificada.

---

<sup>80</sup> VEGA, Ana María. Los "derechos reproductivos" y sus interpretaciones: una causa que se promueve en la ONU. Disponível em: <<http://www.vidahumana.org/vidafam/onu/derechos-rep.html>>. Acesso em: 23 dez. 2006. Do original: No existe aún ningún texto internacional sobre derechos humanos que aluda de forma expresa a los derechos reproductivos. Ciertamente, están reconocidas nacional e internacionalmente muchas de las facultades que la procreación humana comporta, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la integridad física, a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia; el derecho a la intimidad personal y familiar; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho de la maternidad y la infancia a cuidados y asistencia especiales; el derecho a la educación, etc [...] Una aproximación al análisis del primer nivel, en el caso de los derechos reproductivos - reconocimiento y protección de un conjunto de facultades-, manifiesta que tienen hoy mucho más de libertad negativa que de positiva: de no tener hijos que de tenerlos. Con todo, la libertad para decidir el número de hijos y el espaciamento de nacimientos pertenece al ámbito de inmunidad y de no injerencia externa que corresponde a todo individuo. Esta libertad es reconocida también por la Iglesia católica.

## 2.6 ALGUMAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS CORRELATAS AO ASSUNTO EM ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

Em nível internacional, a indagação quanto à existência de reprodução encontrou diferentes respostas.

A doutrina norte-americana, por exemplo, parte da premissa de que cada pessoa tem tanto o direito de procriar, como não de procriar, encontrando tal fundamento na liberdade pessoa, tutelada pela constituição norte americana, sendo um dos aspectos do “right privacy”<sup>81</sup>. Este direito que foi reconhecido pelo Tribunal Supremo dos Estados Unidos, implica que dentro do direito á intimidade, está implícito que o individuo solteiro ou casado, está livre de toda e qualquer intromissão estatal injustificada em assuntos que afetam tão fundamentalmente uma pessoa, como a decisão de engendrar ou não filhos. Saliente-se, contudo, que mesmo para a doutrina mais liberal norte-americana, o direito de procriar positivo não recebe tutela plena, devendo ser acompanhado pelo desenvolvimento adequado da função de genitor. Para esse Ordenamento ninguém deve ser privado de criar filhos genéticos, salvo por inidoneidade devidamente comprovada. Nesta regra, conforme aduz, a professora Barbosa, reside o temperamento praticado pelo ordenamento norte-americano entre dois princípios potencialmente contrários: um expresso no tradicional parental *rights doctrine* e outro na mais recente e dominante, *best interest of child doctrine*<sup>82</sup>.

Por sua vez, o sistema positivo italiano reconhece, expressamente, no art. 1º da Lei nº 1994, de 1978, o direito à procriação. Esse ordenamento, inclusive, disciplina a interrupção voluntária da gravidez, valorizando o poder de autodeterminação feminina e o respeito à escolha individual por ela feita.<sup>83</sup>

A Lei francesa nº 94-654, de 29 de julho de 1994, que introduziu novas disposições no Código de Saúde Pública prevê no seu art 152-2 o direito à reprodução com a

---

<sup>81</sup> BARBOSA, 2003, p. 156.

<sup>82</sup> BARBOSA, 2003, p. 156.

<sup>83</sup> CORTI, Inês. La maternidade per substuzione *apud* In: AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e Bioética**. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

assistência médica, mas impõe diversas condições. A primeira versa sobre a titularidade de tal direito: os cônjuges e os companheiros, sendo que os companheiros deverão ter mais de dois anos de convivência. O recurso às técnicas, segundo esse ordenamento, não é incondicionado, somente podendo dela recorrer os casais que perfaçam a condição de infertilidade, excepcionando apenas para os casos férteis, quando comprovado um risco significativo de transmissão de doença hereditária de natureza grave. Ademais, proíbem-se as inseminações *pós-mortem* e circunscreve o seu acesso às pessoas que ainda estejam em idade para procriar, evitando, assim, a elevada distância entre a idade de pais e filhos<sup>84</sup>.

O ordenamento espanhol se afigura como o mais liberal na tradição romano-germânica, sendo questionado juridicamente acerca de vários pontos. Entretanto, não referenda expressamente um direito à reprodução, muito embora em lei infraconstitucional consinta que qualquer mulher possa ser receptora destas técnicas, independente de seu estado civil, consoante depreende do seu art. 6º da Lei 35/1988<sup>85</sup>.

O direito alemão, por outro lado, se caracteriza pelo extremo rigor e imposição de proibições. O entendimento da Associação dos Médicos e a orientação constante no Relatório de Benda destinam-se a circunscrever o recurso à reprodução assistida aos casais formalmente unidos em casamento, e excepcionalmente, aos companheiros, sendo explícita a proibição quanto à pessoa solteira. Nesse Ordenamento, inclusive, não se verifica qualquer menção inequívoca ao um direito relativo à procriação em seu aspecto positivo<sup>86</sup>.

A legislação mexicana, também não explícita um direito de ter filhos, o artigo 4º da constituição desse país estabelece que: "*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos[...]*", de maneira que alguns doutrinadores o inferem a partir da exegese desse e de outros dispositivos constitucionais.

---

<sup>84</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação – O Biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 249.

<sup>85</sup> GAMA, 2005, p. 268.

<sup>86</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Rt, 1995 *apud Ibid.*, p. 265.



O Ordenamento argentino, por sua vez, apresenta uma nova peculiaridade desde da reforma introduzida em sua Constituição em 1994, a de introduzir regra expressa no sentido de que vários tratados, especialmente, os direitos humanos tivessem valor de norma constitucional para o direito argentino. Podemos considerar nesse sentido, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher de 1979, As Convenções do Cairo e Pequim, dentre outras<sup>87</sup>.

No Direito Constitucional Português, o art. 36 n° 1 da CRP consagra o direito fundamental de constituir uma família, o que significa, para muitos doutrinadores, o direito fundamental de procriar. A doutrinadora Juliana Frozel de Camargo julga que pelo Ordenamento Português um casal sem filhos tem direito constitucional de procriar, restando ao legislador ordinário estabelecer as condições de exercício daquele direito. Já o art. 26 da CRP estabelece o direito à intimidade da vida privada e familiar. Esta pode ser entendida como o direito de utilizar os meios de procriação assistida sem intervenção do Estado e da Lei. Art. 67- Garantia da família da efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de seus membros. Aceitando que a procriação artificial pode constituir um aspecto da realização pessoal dos indivíduos para permitir o acesso aos novos meios de procriação assistida<sup>88</sup>.

No Chile encontramos um Projeto de Lei, encetado pelos senadores Girardi Gómez, Muñoz Barra, Navarro Y Ominami, ainda em votação, que propõe uma reforma constitucional, a fim de estabelecer a garantia constitucional do direito à liberdade sexual e reprodutiva. Vislumbremos sua proposta:

*PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL*

*Artículo Único: Introdúcese la siguiente modificación a la Constitución Política de la República.*

*Agrégase a continuación del numeral 1 del art. 19 un numeral 2 nuevo bajo el siguiente tenor, pasando el actual numeral 2 a ser número 3 correlacionando en consecuencia los restantes numerales de igual artículo :  
"2° EL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.*

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>88</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003. p. 294.

*ESTE DERECHO CORRESPONDE ESPECIALMENTE A LA MUJER Y COMPRENDE LA LIBERTAD Y AUTODETERMINACIÓN PARA ELEGIR LOS MÉTODOS CIENTÍFICAMENTE MAS APROPIADOS PARA LA PREVENCIÓN Y PLANIFICACIÓN DEL EMBARAZO. AL ESTADO LE CORRESPONDE GARANTIZAR, PROMOVER, INFORMAR Y ORIENTAR ACERCA DEL EJERCICIO DE ESTE DERECHO.*

Uma vez reformada, a Constituição Chilena, delimitará o conteúdo dos direitos reprodutivos à esfera da anticoncepção, reconhecendo, portanto, sua vertente negativa, não havendo mais espaço nesse Ordenamento para discussão sobre a existência do direito de ter filhos.

### 3 QUESTIONANDO OS FUNDAMENTOS PARA UM DIREITO À PROCRIAÇÃO

No capítulo preliminar, a matéria foi examinada à luz dos direitos humanos. Em um breve relato histórico, foi narrado a luta empreendida pelos movimentos feministas em busca da autonomia reprodutiva das mulheres e a perspectiva do ordenamento jurídico nacional frente às determinações cotejadas, mormente das Conferências do Cairo, Beijing e Copenhague, que erigiram os “*direitos reprodutivos*” à categoria de direitos humanos.

Entretanto, cabe reiterar que os documentos básicos que incorporam as Convenções Internacionais aludidas no limiar desse trabalho, não apresentavam status de textos legais, uma vez que, o Supremo Tribunal Federal nunca manifestou nenhuma decisão nesse sentido. Na realidade, configuraram-se a partir de seus princípios, como fontes de direito, as quais podem, mas não de maneira congente ou obrigatória ser incorporadas em sua interpretação e aplicação.

Porém, consoante já explicitado, a literatura concernente ao tema, registra a existência de duas correntes doutrinárias com entendimentos dissonantes: a primeira manifesta-se favoravelmente ao reconhecimento de um direito específico de reprodução, haja vista, considerar o ato da procriação como sendo algo de competência estrita da autonomia e da vontade individual, e, por consequência dos direitos individuais; conhecida como corrente positivista, a segunda, por sua vez, a despeito de reconhecer a complexidade do assunto, parte do pressuposto de que a autonomia é um critério fundante das questões reprodutivas, porém, estas questões não se esgotam nela, devendo-se, pensar a autonomia de forma contextualizada, sendo necessário problematizar a sua concepção moderna com as consequências

das práticas reprodutivas, já que a procriação não deve figurar a esfera jurídica, por se tratar na realidade, de uma faculdade inerente aos indivíduos.

Doravante, no presente capítulo serão travados os questionamento acerca dos fundamentos que estribam a corrente positivista que pugna pelo reconhecimento de um direito à procriação, consubstanciado, nomeadamente, nas noções balizadas pelas Conferências Internacionais do Cairo, Beijing, Copenhague e na exegese de dispositivos normativos.

Isso porque, consoante já apontado alhures, a ordem jurídica pátria não expõe de maneira peremptória um direito dessa natureza. Assim, acaso ele exista, lastreia-se em uma interpretação de ordem hermenêutica de princípios e outros direitos de índole constitucional que com o mesmo mantenham certa correlação.

Mister então, colacionarmos excertos doutrinários, conferidos por alguns dos mais proficientes doutrinadores pátrios, expressando os principais argumentos propalados no discurso positivista, para em seguida nos atermos em sua análise pormenorizada. Assim, segundo Oliveira.<sup>89</sup>

A realização do desejo de ter filhos é um fator de grande relevância para o pleno desenvolvimento da personalidade e, por conseguinte, negar ao ser humano a realização do desejo de procriar corresponderia a uma afronta a sua dignidade humana.

Por seu turno Gama<sup>90</sup> assinala dentre outros pontos, “a noção de saúde que, por sua vez, abrange não apenas doenças ou moléstias físicas, mas também congrega os males psíquicos e mentais”, e nesse sentido, considerando a esterilidade um mal psíquico que poderia ser remediável, de certa forma, pelos resultados das técnicas de reprodução assistida, o direito à reprodução pode ser inferido como consectário do direito constitucional à saúde.

---

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Ana Maria Brochado de. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações éticos-jurídicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>90</sup> GAMA, 2005, p. 709.

O direito à procriação também pode ser deduzido do direito ao livre planejamento familiar, na visão da doutrinadora Juliane Queiroz, que assevera que quando a Constituição Federal assegura proteção à família, sendo esta constituída por descendentes e genitores, por via obliqua, acabaria conferindo proteção à procriação, já que este é o recurso por meio do qual uma família é constituída. Desse modo, para a autora, “seria ilógico não reconhecer o direito de procriação, pois estaria tutelando a família sem tutelar sua origem, é que nos assegura<sup>91</sup>.”

Por derradeiro, Alves, salienta que não se deve objetar um desejo tão ínsito à condição humana, quanto o de engendrar filhos, mormente, em face de todas as possibilidades que a ciência apresenta para proporcionar a sua realização. Assim, para o doutrinador “mais do que justo que se confira um direito de gerar filhos biológicos decorrente do legítimo desejo de concebê-los<sup>92</sup>”.

Do cotejo dessa exposição, depreende-se que a discussão acerca da existência de um direito à reprodução alicerça-se especialmente nos seguintes fundamentos: 1) direito baseado no desejo ou necessidade de procriar; 2) direito baseado no livre desenvolvimento da personalidade; 3) direito decorrente da proteção à saúde. 4) fundado no direito de fundar uma família. Logo, passa-se à consideração de cada um deles.

### 3.1 DIREITO FUNDADO NO DESEJO OU NA NECESSIDADE DE PROCRIAR

Seu desejo não era desejo corporal  
Era desejo de ter filho  
De sentir, de saber que tinha filho,  
Um só filho que fosse, mas um filho.

Carlos Drummond de Andrade

No excerto da poesia “Maternidade” de Drummond, se depreende em uma súplica emocionada “o desejo de ter um filho”. Dentro de uma concepção hodierna de

<sup>91</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos das técnicas de inseminação artificial. In: CASABONA; QUEIROZ, 2004, p. 311.

<sup>92</sup> ALVES, Juliana Maria. **Reprodução assistida heteróloga**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 67.

maternidade, sequer ousa-se dissentir sobre quão lúdimo e genuíno pode se afigurar tal desiderato.

No entanto, essa visão nem sempre predominou no curso da história. Em “Um amor conquistado o mito do amor materno”, Elizabeth Badinter<sup>93</sup> revela de maneira muito clara, que o amor materno inato é um mito. Não configura um “dado”, mas sim, como deixa antever o título da sua obra, um sentimento “conquistado”.

Tanto é assim, que a referida autora narra, que por volta de 1700 na França, as mães não se preocupavam com o destino de sua prole, simplesmente, entregava-os para fossem criados por amas de leite, que viviam na zona rural, esquecendo até mesmo de seus nomes e datas de nascimento, mesmo porque, na percepção da época, as crianças eram consideradas como seres incompletos que deveriam dispor do último lugar na hierarquia na casa<sup>94</sup>.

Segundo a professora Brauner<sup>95</sup>, a noção de maternidade tal qual é concebida nos dias de hoje, deve-se especialmente a Jean Jaques Rousseau, que em sua obra “Emilio e a Educação” prega o ideal do amor materno e toda a dedicação que uma mãe deve dispor a sua prole. A partir de então a mãe passa a figurar como um ser puro a quem devem ser atribuídos apenas sentimentos nobres de acolhimento, abrigo e continência no que diz respeito a sua cria. A criança, por sua vez, passa a ser vislumbrada como um ser que se satisfaz total e plenamente com uma relação fusional com ela satisfazendo-a do mesmo modo.

Ademais, pode-se atribuir o aumento do interesse social pela criança a uma série de outros fatores, tais como: o desenvolvimento de disciplinas, como a medicina e a higiene, a nascente psicanálise, além de interesses estatais, paradigmas que, aos poucos, foram entrando em cena para tentar apagar a indiferença e, muitas vezes, a crueldade da forma de maternidade de certas organizações sociais e familiares

---

<sup>93</sup> BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>95</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47.

anteriores. Começa-se, então, a era das "provas de amor", como a amamentação, o cuidado, a higiene, a presença materna constante.<sup>96</sup>

Esse 'apelo' foi sendo gradativamente correspondido, já que este novo papel permitiria às mulheres alcançar um status social valorizado: tornarem-se necessárias à sociedade através do trabalho reprodutivo familiar, com a conseqüente valorização de sua posição social. "Sede boas mães, e sereis felizes e respeitadas. Tornai-vos indispensáveis na família, e obtereis o direito de cidadania"<sup>97</sup>, era a mensagem implícita.

Mas, como bem expressaria o poeta Walter Kaufmann "o tempo é a dimensão da mudança."<sup>98</sup>. Talvez, nessa mesma ordem de idéias, a médica Marilena Correia, tenha diagnosticado profundas mutações na concepção do desejo de ter filhos, já que cada tempo é permeado por circunstâncias hábeis a exprimir novos valores e desejos.

Nesse sentido, destacam-se as novas tecnologias reprodutivas e todas as transformações que implicam as diferentes possibilidades de se gerar uma nova vida. Tal relevante circunstância conduziu a conscienciosa médica Marilena Correia a concluir, depois de um refletido estudo que: "Provavelmente essas novas tecnologias também estão ocupando um lugar na demanda atual por filhos e também, possivelmente, criam um" novo desejo do desejo de filhos<sup>99</sup>

Em face dessa perspectiva, no presente capítulo, pretende-se bosquejar as principais motivações inconscientes que incitam "esse novo desejo do desejo de ter filhos", com o fito de questionar se o mesmo afigura-se lídimo e suficiente a conferir um direito de procriar, notadamente, em face dos avanços biotecnológicos.

---

<sup>96</sup> BANDITER, 1985, p. 33.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>98</sup> KAUFMANN, Walter. In: O Tempo é um artista. Disponível em:

<http://www.citador.iol.pt/pensar.php?op=10&refid=200409271442> acesso em 02/02/2007

<sup>99</sup> CORRÊIA, 2003, p. 185.

Assim, como também se almeja elencar as casuísticas que demonstram aqueles desejos que alguns autores denominam de “narcisiscos,<sup>100</sup>” outros de “patológicos<sup>101</sup>”, além de apresentar a perspectiva da criança advinda das técnicas artificiais e toda a sua representação social na satisfação dos anseios de seus pais de provar à sociedade a sua capacidade de gerar um ser “perfeito” a sua imagem e semelhança.

Costuma-se deduzir em primeira ordem que a aspiração por um filho genético decorre de uma pulsão natural inerente à função sexual numa perspectiva biológica, de manutenção da espécie.

Entretanto, Añón, obtempera a existência de um instinto, ou uma razão evolutiva apto a justificá-lo, sobretudo, considerando o longo período previsivelmente transcorrido na história: da descoberta da humanidade da relação do sexo com a procriação. Na opinião abalizada pelo autor, não se deve entendê-lo como produto determinado por fatores de ordem puramente biológica, sem sopesar as influências culturais que tanto implicam transformações na concepção de uma sociedade no curso da história<sup>102</sup>. Por conseguinte, em suas palavras: “basta atentarmos para variação do número de filhos segundo circunstancias históricas e de classes sociais”<sup>103</sup>.

De igual modo, a professora Brauner corrobora, salientando que essa pretensão parece estar muito mais adstrita a fatores de ordem culturais, sociológicos e econômicos, pois, no curso da história os casais procuravam uma descendência numerosa para suprir suas necessidades de forças no trabalho, indispensáveis também para a própria sobrevivência do grupo familiar. Contemporaneamente são freqüentes os casais que optam por gerar um único filho, alguns, inclusive, sequer demonstram interesse em ingressar em um projeto parental<sup>104</sup>. O que permite concluir que o desejo por filhos naturais venha a ser desenvolvido num quadro

---

<sup>100</sup> Expressão conferida por Mary Warnock. In: WARNOCK, Mary. **Fabricando bebês?** Existe um derecho a tener hijos? Espanha: Gedisa Editorial, 2002. p. 67.

<sup>101</sup> Expressão conferida por CORRÊIA, 2003, p. 144.

<sup>102</sup> AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, poder y derecho**: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trota, 1999. p. 303.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>104</sup> BRAUNER, 2003, p. 48.



sociocultural, submetido a diversas normas que variam segundo as épocas. Por isso, é sempre o tempo que opera como o fator decisivo para as mudanças na dinâmica dos desejos humanos, vencendo a biologia, a natureza, e tudo aquilo em que se supõe, outrora, ser inato.

Outrossim, o anseio por um descendente biológico, pode vir a justificar a tentativa de superação do sentido da morte, tendo em vista que o homem na ávida busca pela transcendência, tende a visualizar na figura de seu filho a perpetuação de sua própria existência.

Rebelato, em depoimento pessoal a Scaparo asseverou que:

O fato de se gerar uma nova vida confere e reassegura a onipotente fantasia de superar a própria condenação à morte: garante sentimento de perpetuidade e a conseqüente imortalidade individual, pois quem gera um filho exparge seu plasma para o futuro, e por todos os séculos<sup>105</sup>.

Não obstante, é fácil entrever em linhas pretéritas, que o desejo de procriar fundado na pretensão de imortalidade configura uma ilusão, pois, ainda que os genes paternos passem a configurar a carga genética do ser concebido, não se pode contestar que sua individualidade restará preservada bem como suas características pessoais, hábeis a torná-lo um ser único e particularizado.

Nesse passo, imperioso vislumbrar a criança concebida como um ser humano detentor de uma identidade própria, inteiramente divorciada da visão de "produto" de seus pais, que tendem a projetar em sua "criação" o espelho refletor de suas próprias imagens. A busca por um filho biológico, inclusive, é citada por Weber<sup>106</sup> como uma valorização da "cultura do sangue", em que "o ser humano [...] tem uma grande necessidade de encontrar e enfatizar as semelhanças físicas com os filhos. As pessoas sentem-se orgulhosas quando alguém diz que o filho 'é a sua cara!'".

---

<sup>105</sup> REBELATO, Paulo. Entrevista concedida a Mônica Scaparo. In: SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida, questão aberta**: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 31.

<sup>106</sup> WEBER, L. N. D. **Laços de ternura**: pesquisa e histórias de adoção. Curitiba: Juruá, 2001 p. 14

Tal fato também não escapou da análise criteriosa de Corrêia<sup>107</sup> que, num estudo realizado com mulheres que passaram pela fertilização *in vitro*, conclui que o:

[...] filho é percebido como um reflexo dos pais não somente no sentido social do termo, mas também e, sobretudo como um reflexo biológico, representação que as tecnologias reprodutivas tendem a reforçar.

Entretantes, como a autora citada, é possível entrever que essa razão não se ampara quando considerada no âmbito da reprodução assistida heteróloga, pois, nesta modalidade, não se pode prever com segurança se criança concebida trará caracteres predominantes de um dos integrantes do casal ou do doador (ou dos doadores, se for realizada a inseminação exclusivamente com material fecundante de terceiros) e nesse último caso tal expectativa restaria infundada.

Nesse mesmo sentido, é o posicionamento da psicanalista francesa Manuel<sup>108</sup>:

[...] os exemplos nos mostram que as precauções institucionais que mantêm as esperanças de um total adequação entre a criança imaginária que o marido teria podido conceber e aquele que nascerá de inseminação artificial não podem garantir a programação dos significantes biológicos ( cor dos olhos, dos cabelos etc.) nem sobretudo evitar que os últimos não assumam significado negativo em função dos desejos e conflitos com meio social e os parentes.

Ademais, é possível visualizar nesse horizonte, um fenômeno ainda mais preocupante: o surgimento de uma mentalidade nova, segundo a qual o recurso às técnicas de reprodução artificial poderia exercer um "controle" mais eficaz sobre a qualidade do concebido, em relação aos desejos de quem o requer.

Tudo isto pode contribuir para considerar o filho obtido mediante as técnicas de reprodução assistida como um "produto", cujo valor, na realidade, depende em grande medida da sua "boa qualidade", submetida a controles severos e cuidadosamente selecionados. A dramática consequência é a eliminação sistemática daqueles embriões humanos que resultam privados da qualidade considerada suficiente, segundo parâmetros muitas vezes desprovidos de qualquer amparo ético.

---

<sup>107</sup> CORRÊIA, 2003, p. 144.

<sup>108</sup> MANUEL, C. La ressemblance de l'enfant né par insémination artificielle avec son père stérile *Psicanalyse à Université*, v. 7, n. 28, p. 613 *apud* CORRÊIA, 2003, p. 187.

No admirável mundo novo<sup>109</sup> das clínicas de reprodução assistida no Brasil um casal recebe um cardápio de doadores do banco de sêmen e nele encontra ofertas variadas. Um professor de origem libanesa que adora surfe ou um escrivão de ascendência espanhola cujo hobby é estudar filosofia. A lista informa que o professor é católico e o escrivão, muçulmano. Descreve seus tipos sanguíneos e relaciona peso, altura e cor dos olhos. O casal estuda as opções, faz sua escolha<sup>110</sup>. O desejo de ter um filho confunde-se a possibilidade de gerá-lo, (ou fabricá-lo) de acordo com os seus próprios desejos. E não se ilustraria de melhor maneira esse “novo desejo do desejo de ter filhos<sup>111</sup>”.

Por outro lado, cumpre aduzir na esteira de estudos da psique freudiana, que a aspiração de constituir uma prole com sua própria carga genética é reputada no homem e na mulher de diferentes maneiras. Nesse sentido, Paulo Rebelato, nos ensina que para mulher o fato de ter filhos constitui “desejo e necessidade”, enquanto para o homem se afigura apenas como desejo. Tal noção, na visão do psicanalista, se justifica pela necessidade da mulher de compensar a castração freudiana e propiciar a integridade de sua estrutura psicológica<sup>112</sup>.

Em outros termos, o exercício da função materna pressupõe a prática de um desejo. Mas qual desejo? O desejo do falo. Seguindo o desenvolvimento psíquico feminino a maternidade é visualizada como resposta à castração. A mulher reconhecendo que lhe falta algo, em razão do vazio genital da perda imaginária do pênis, que num transe edípico fantasia ter perdido, passa a almejar alguma coisa que lhe conduza a completude: ter um filho, fazendo a equivalência filho-falo<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Alusão ao título obra de Aldous Huxley “Admirável mundo novo” que reporta em sede de ficção, a manipulação genética de indivíduos que seriam fecundados em série para exercer determinadas tarefas. No sonho ficcional “a reprodução deveria deixar o domínio da imitação da natureza para entrar no mundo muito mais interessante da invenção humana”.p. 250.

<sup>110</sup> TEICH, Daniel Hessel; ROSSI, Thaís Oyama. Em busca do bebê perfeito: butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões – o Brasil entra na Era dos Superbebês. **Revista Veja**, ed. 1622, p. 67, 03 nov. 1999.

<sup>111</sup> CORRÊIA, 2003, p. 144.

<sup>112</sup> SCARPARO, 1991, p. 31.

<sup>113</sup> *Ibid.*, *id.*

Nas palavras do próprio Freud<sup>114</sup>:

Ela abandona seu desejo de um pênis e coloca em seu lugar o desejo de um filho, com esse fim em vista, toma o pai como objeto de amor. A mãe se torna objeto de seu ciúme. A menina transformou-se em uma pequena mulher.

Por isso mesmo, ter um filho alojado em seu útero corresponderia a:

[...] ter um pênis instalado e esvaziado do trauma infantil da ferida narcísica da castração feminina e, deste modo, ver restaurada a perda, sentindo-se, portanto, em igualdade de identidade em relação ao homem<sup>115</sup>.

Passini<sup>116</sup>, inserto nessa mesma ordem psicodinâmica, em sua obra "Desejo de gravidez e desejo de filho" sugere que em nível inconsciente querer um filho é lutar contra a própria castração. Trata-se de uma vingança contra as limitações infligidas, de realizar projetos mágicos que remontam à infância, onde se procurava rivalizar com os pais e deixar de estar num estado de inferioridade. Adquire-se o estatuto de adulto numa atitude de procriar igual à dos pais. Neste contexto, o desejo pela gravidez, é, pois, um meio de se atribuir um excedente de identidade.

De todo modo, guardadas as devidas distinções entre os posicionamentos colacionados, é perfeitamente viável inferir que as motivações inconscientes que ensejam o desejo pela descendência biológica podem advir da tentativa de suprir um vazio na mulher, ora atribuído à castração do instrumento fálico, como sugerem os estudos freudianos, ora em decorrência de outras perdas relativas à sua própria identidade.

Em virtude disso, boa parte da literatura psicanalista aponta que a medicina reprodutiva está contribuindo para produção de crianças-nasciscas, crianças-próteses, enfim, crianças-objeto do anseio de seus pais de suprir suas próprias

---

<sup>114</sup> FREUD, Sigmund. **Algumas conseqüências psíquicas da distinção anatômica entre os sexos**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Edição Standard Brasileira. v. XIX. 1925). p. 56.

<sup>115</sup> SCARPARO, 1991 p. 31.

<sup>116</sup> PASSINI, Renato. **Desejo de gravidez e desejo de filho**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 74.

carências e vazios existenciais, especialmente, em vista de uma condição de esterilidade<sup>117</sup>.

Nessa senda, não se pode olvidar das situações em que as mulheres ao confirmarem um diagnóstico de infertilidade, em razão de uma insatisfação ligada à perda da sua capacidade reprodutiva se investem de maneira imperativa na busca por um filho, realizada, muitas vezes, de forma dissociada do objeto de amor, ou até mesmo, sem conferir-lhe o estatuto de pessoa, mas sim de posse.

Auxiliadas pelos avanços da medicina, na área da genética e com o apoio do reconhecimento social de sua capacidade de independência, prescindem de uma ligação com um pai e partem para a maternidade em produção independente; cujo discurso, invariavelmente, passa pelo ser pai e mãe para a criança, o que vem marcado pelo sabor de ser tudo.

Há aquelas ainda, que apesar de manterem seus parceiros, se submetem a toda sorte de intervenções médicas, investindo-se em procedimentos médicos arriscados a sacrificar demasiadamente seu próprio corpo, como se para este não existisse outra função, a não ser a de gerar outro ser, como a única chance de exteriorizar o seu valor pessoal.

Contudo, em contraponto com a posição psicanalítica tradicional, Ana Maria Sigal<sup>118</sup>, na apresentação de seu trabalho "Mais que um brilho fálico", discute a associação do feminino e da maternidade, e conclui que o filho pode ocupar um lugar narcísico em oposição a um lugar fálico definido por Freud, atribuindo a esta possibilidade um pensar menos reducionista do que a equação simbólica pênis-bebê, e transcendendo para o conceito de falo que não se iguala o ao conceito de pênis, e abarca outra dimensão do desejo.

Em sua opinião, a criatura humana dentro do corpo da mãe é uma representação a ser construída. Para começar, o que está no imaginário é o projeto e o desejo de ter

---

<sup>117</sup> CORRÊIA, Marilena Vilela, Op. cit. 2003, p. 179.

<sup>118</sup> SIGAL, Ana Maria. **A woman is not born a mother, she can become a mother Psychoanalysis, the feminine and its relationship with new fertilization techniques.** Disponível em: <[http://www.estadosgerais.org/mundial\\_rj/trabGeral.htm](http://www.estadosgerais.org/mundial_rj/trabGeral.htm)>. Acesso em: 05/12/2006

uma criança tem um lugar guardado no discurso, reconhecido pela história da família, um lugar que representa mais do que um acidente histórico<sup>119</sup>.

E desse modo, para a psicanalista, se a feminilidade estiver firmada, se o homem desejar esta criança tanto quanto a mulher, se a criança não for um fetiche, se esta objeto-criança atual não for usada para substituir um infantil objeto fálico sexual, é possível lograr uma maternidade com os meios de fertilização *in vitro* não condenável no ponto de vista da psicanálise. Mesmo por que, as mulheres não são encarregadas pelo subconsciente de gerar, elas não nascem mães, elas tornam-se mães<sup>120</sup>.

Com isso, pode-se notar certa identificação entre a concepção de maternidade proposta por Elizabeth Banditer no limiar desta exposição, pois, do mesmo modo que inexistente uma imposição biológica para gerar e amar uma criança, não se identifica qualquer determinação emanada pelo subconsciente nesse mesmo sentido. Assim sendo, os elos e sentimentos relativos à maternidade ou paternidade constroem-se, em razão do tempo de convivência, dos laços de união e afetividade, e, principalmente descendem de um desejo profundo de amor e dedicação à sua prole. Não sendo, dessa maneira, reputados aos laços de sangue, ao biologismo, ou derivados de qualquer sentimento inato à espécie humana.

A paternidade/maternidade configura antes de tudo, uma atividade cultural, insuflada, por conseguinte, por ações e costumes que são referendados pela vida em sociedade em um determinado momento histórico.

---

<sup>119</sup> *Ibid.* Do Original em inglês. *The human creature inside the body is a representation to be built. In the beginning, what is in the imaginary is the project and the desire to have a child, it has a singled place in the discourse, recognized by the family history, a place which is more than a historic accident. The child is not represented by what it really is, a developing embryo, but for its imagined body, a complete and united body, with all the attributes. It is on this imaginary embryo that the mother places her libido, but women, who intend to have a child with the aid of science, even if they have a project for their children, are more in contact with the results brought by the biological. Since fecundation has taken place outside the body, and the genetic material is not her own, and the implantation is less guaranteed, the elaboration processes are more complex. As far as I can see, if femininity is affirmed, if the man has room for the desire of the woman desire, if the man wants this child, if the child is not fetish, if this present object-child is not supposed to substitute the infantile sexual phallic object, even if a more difficult route has to be taken, it is possible to achieve maternity through in-vitro means and not be condemned by psychoanalysis as altruistically perverse.*

<sup>120</sup> SIGAL, 2002.

O mesmo se diga em relação à aspiração por filhos biológicos, a qual se mantém adstrita a certas valorações, ora, refletidas em manifestações político-religiosas que promovem um incentivo nesse tocante, ora, estão à mercê de fatores socioeconômicos ou culturais que estimulam uma redução nas taxas de natalidade.

Assim, não há como contestar a influência marcante de ideologias hegemônicas, que pregam em determinados momentos históricos a redução ou o aumento da prole, dentro de uma conveniência política, e contando para tanto, com um forte apelo da mídia e dos meios de publicidade.

Mas, independentemente das razões e influências do contexto social, haverá sempre aqueles que almejarão legitimamente por um filho biológico, sem manifestar quaisquer narcisismos ou exageros.

Nesse diapasão, faz-se conveniente registrar que não se pretende através do presente trabalho, negar sumariamente a legitimidade do desejo de maternidade de uma pessoa estéril. Mesmo porque não há como adentrar no íntimo de cada indivíduo para revelar em qual se manifesta um desejo sincero, ou quem realmente está pronto efetivamente para o exercício da maternidade. Porém, com essa reflexão, almeja-se chamar a atenção para o modo como as descobertas biotecnológicas no campo da reprodução artificial, influenciam na dinâmica dos desejos humanos.

Não há como negar o fascínio que exercem com ‘a possibilidade de criação’, ou melhor, dizendo, de viabilização do nascimento de uma vida, com todos os recursos que são oferecidos para esse propósito, nos quais se incluem as escolhas prévias do sexo ou de alguns caracteres genéticos da criança.

Ademais, o discurso propalado pela medicina promete a postergação desse projeto, para um momento de vida oportuno, visando, o atendimento de interesses e conveniências pessoais, das prioridades elencadas de forma particular, por cada indivíduo.

Assim, conscienciosa, se revela a reflexão da doutrinadora Maria Cárcaba Fernández quando assevera que o desejo exarcebado de ter filhos, que se mostra patente em nossos dias, através da reivindicação de ter filhos, provavelmente se encontra contra eles mesmos, já que a impressão que atualmente está se assinalando é de que a criança é uma espécie de coisa, e que estamos adentrando em uma era da criança-objeto, concepção que não é estranha na interrupção voluntária da gravidez e nem aos métodos de procriação artificial, ambos orientados para um mesmo fim: a satisfação dos desejos a ter ou não ter um filho<sup>121</sup>.

No mesmo sentido, o psicanalista Delasi de Persaval avalia que é muito raro que a pessoa infértil possa conferir a criança o estatuto de sujeito, pois freqüentemente ela será vislumbrada como um objeto<sup>122</sup>.

Seibel, inclusive, avalia através de dados conferidos em suas pesquisas, que mesmo quando o tratamento de inseminação artificial é bem sucedido, a maior parte das mulheres continua a considerar-se como infértil, adotando comportamentos que as impedem de dispor de tempo para pensar no bebê: evitam imaginar como ele será, comprar-lhe roupas, objetos para o quarto e brinquedos.<sup>123</sup>

Na opinião do autor, a negação da gravidez ocorre nestes casos, como uma defesa contra o novo sofrimento em caso de perda, não sendo compatível com a vivência saudável da gravidez e implicando no risco de ensejar problemas na relação mãe-bebê<sup>124</sup>.

Por isso mesmo, que ainda considerando situações que ilustrem o desejo pelo nascimento de um filho genético divorciado de narcisismos, não se pode contestar o modo como à veiculação das técnicas artificiais, cuja principal ambição é a de

---

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ, María Cárcaba. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995. Do original em espanhol: *“si el deseo exacerbado de hijos, que se hace patente en nuestros días a través de la reivindicación del derecho a tener hijos, no va en contra del niño mismo, ya que da la impresión de que actualmente se está asimilando el niño a una especie de cosa, y de que nos estamos adentrando en la era del niño objeto, concepción a la que no son extraños ni la interrupción voluntaria del embarazo, ni los modos de procreación artificial, orientados todos ellos hacia el mismo fin: satisfacer el deseo a tener o no tener un niño.”*

<sup>122</sup> Idem. Op. cit. p.158

<sup>123</sup> SEIBEL, Op.cit., p.45

<sup>124</sup> Idem. Op. cit. p.



cumprir uma função operativa, poderá importar no risco de produção de “filhos terapêuticos” que vem curar e substituir a frustração de seus pais ocasionada pela infertilidade, uma vez que, não ainda não existe uma cura definitiva para esse mal. E desse modo, nas palavras de Junges, “o filho torna-se um meio terapêutico de realização da função perdida<sup>125</sup>”.

Um filho advindo da tecnologia pode reafirmar a vergonha em relação à esterilidade e o sentimento de culpa pela realização do desejo de filhos, a qualquer preço. Sem mencionar, que sua presença sempre rememorar a ausência da função procriativa do seu genitor estéril e todo sofrido processo para conseguir a realização do seu intento.

Outrossim, não se deve desconsiderar, a possibilidade de eventuais problemas futuros, justamente pela quebra do vínculo e pelo sentimento de inferioridade que é acometido aquele que membro do casal que não é o progenitor genético da criança, muitas vezes vindo a sentir-se menos “pai” ou menos “mãe”. E não raro tal sentimentos tendem a exteriorizar-se por meio de complicações nas relações familiares<sup>126</sup>.

Imperioso, reiterar que com tais afirmações, não se ousa desmerecer os sentimentos daqueles que almejam a constituição de uma prole genética, pelo contrário, antes, visa-se atentar para as diversas conseqüências que envolvem esse projeto, não raro elucubrado por motivações pouco legítimas e que se divorciam do papel inerente ao de pai e mãe no plano de vida de uma criança.

Senão, tomem-se alguns desses exemplos que identificam o desejo narcísico referido no curso desse capítulo. No que concerne aos anseios masculinos pela paternidade, nos destaca Costa<sup>127</sup>, que os homens, não costumam conceber a paternidade como uma construção do passado. Eles tendem a relacionar a reprodução como situação do presente, chave para a confirmação da sexualidade e virilidade.

---

<sup>125</sup> JUNGES, Jose Roque. Op, cit, 2003. p.158

<sup>126</sup> CAMARGO, 2003, p. 92.

<sup>127</sup> COSTA, R. G. Reprodução e Gênero. **Revista de Estudos Feministas**, n. 2, v. 10, UFR, 1999, p. 39.

As motivações empregadas pelo autor citado alhures confirmam a confusa associação que o homem costuma fazer da concepção com a sexualidade, e nesse jaez, o diagnóstico da infertilidade tende a ser equivocadamente relacionado, como aspecto comprometedor de sua própria virilidade. Não sendo raros os casos de homens que buscam os procedimentos científicos para provar à sociedade sua masculinidade.

Além disso, ao se observar as representações que os casais (homens e mulheres, reputados conjuntamente) constroem sobre o filho biológico, não se pode esquecer que as representações sociais, em torno da temática da infertilidade, são permeadas por crenças e simbologias em torno do significado de uma criança para a manutenção do próprio casamento.

Uma pesquisa fomentada por Trindade, com 50 mulheres que freqüentavam o Ambulatório de Infertilidade do Serviço de Pós-Graduação da Santa Casa de Misericórdia de Vitória/ES, revelou que muitas mulheres procuravam a reversão de laqueadura. Segundo a autora:

[...] em alguns grupos sociais e religiosos, a presença de filhos é condição básica para a concretização definitiva do casamento, satisfazendo suas funções biológica e social [...] Além disso, é bastante antiga e difundida a crença feminina de que filhos biológicos, apenas por existirem, fortalecem os vínculos conjugais<sup>128</sup>.

A aspiração por filhos genéticos também pode descender das pressões sociais de terceiros, na esfera de vida de um casal, já que o processo de socialização é pautado por certos atos ou convenções sócio-culturais que determinam os papéis que cada um deve representar na sociedade. A literatura, nesse aspecto, pode ilustrar bons exemplos do modo como terceiros exercem influência determinante na concepção do desejo por filhos biológicos. Frederico Garcia Lorca, proeminente dramaturgo espanhol, transpôs para o teatro o sofrimento vivenciado por uma mulher casada, Yerma, cujo desejo ardente pela maternidade não pôde se concretizar, em face da esterilidade de seu marido Juan, na conhecida tragédia que

---

<sup>128</sup> TRINDADE, Z. A.; ENUMO, S. R. F. Representações sociais de infertilidade feminina entre mulheres casadas e solteiras. **Psicologia: Saúde & Doenças**, 2001, p. 199.

leva o mesmo nome da protagonista. Ao final do último ato, Yerma acaba ceifando a vida de seu companheiro, através de um gesto radical que a liberta da esterilidade, muito embora, não consiga libertá-la de sua própria tragédia pessoal. Sua determinação em cometer o homicídio, obedece, notadamente, a uma imposição social, já que sua decisão de ter um filho é insuflada pela gestação de todas as mulheres casadas que residem, ao seu redor, representando, a seu ver, o único modo de alcançar valor e reconhecimento na sociedade.

Da construção histórica do papel feminino se depreende a compreensão que a mulher estéril deve ser considerada imperfeita, já que não está hábil a cumprir sua função social esperada: a maternidade. Ou, como bem salienta Faria “A mulher infértil sente-se incompleta. O corpo é encarado como algo defeituoso e menos feminino. A confirmação da infertilidade leva a uma profunda ferida narcísica”.

É fato que ao longo dos anos a civilização assistiu a mudanças, que permitiram alterar o papel da mulher. A possibilidade de recorrer à contracepção permitiu que a mulher se tornasse mais livre, controlando a sua capacidade para ter filhos. Entretanto, mesmo vivenciando uma época onde a sexualidade tenha de certa forma, se desvinculado da reprodução, a sociedade ainda efetua cobranças nesse sentido, tendo em vista, a paternidade ser ainda muito valorizada. Registrem-se, nesse sentido, as suplicas dos avós por netos, dos exemplos de amigos e colegas de trabalho, de modo que a decisão gerar filhos pode peremptoriamente vinculada à necessidade do indivíduo de pertença ao grupo.

Porém, o que mais interessa, nessa ordem de idéias é indagar se tais motivações inconscientes configuram argumentos suficientes a conferir um direito subjetivo de conceber um filho biológico.

Em interessante palestra sobre a temática do desejo ligada triangulação familiar pai, mãe e filho, Dantas<sup>129</sup> passa a perquirir o que uma criança deseja de sua mãe, ou do “Grande Outro”, ao nascer.

---

<sup>129</sup> DANTAS, Andreneide *et al.* **Seminário**: o que é o desejo? Disponível em: <<http://www.apoa.com.br/correio.php?sec=3>>. Acesso em: 05/12/2006.

Em sua fala a psicanalista aduz que:

[...] pela necessidade humana, há a questão da fome, sede, frio, etc., que são respondidos à medida que a mãe dá a criança. Mas por ser atravessada pela linguagem, não lhe dá só o leite, às vezes não lhe dá nem o leite, mas pode dar a sua presença em forma de carinho, contato, palavras, olhar.

Desse modo é imprescindível atentar prioritariamente para a perspectiva da criança que será concebida, de modo a reconhecer suas necessidades, vontades e desejos próprios.

Logo, a reivindicação pelo direito a um filho biológico, parece revelar uma concepção objetual da procriação, não só condenável sobre o ponto de vista ético como rechaçável dentro do ponto de vista jurídico, uma vez ser inaceitável que uma criança possa constituir como instrumento de um pretense direito de seus pais.

Em outros termos, não há como se exigir o direito absoluto a um filho, haja vista ser inconcebível que um ser humano possa representar um objeto para um direito de outrem. “Tem-se, assim, direito a algo, nunca a alguém”.<sup>130</sup>

Ou, como bem adverte Barbosa: “os efeitos do ato de geração não se restringem ao desejo, à esfera de interesses de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interferem de modo decisivo em outro”<sup>131</sup>.

O que se deve exaustivamente atentar é que a dignidade, especialmente a do ser concebido, merece ser resguardada, pois “o ser humano, dotado de um valor próprio, intrínseco não pode ser transformado em objeto ou instrumento”. Na concepção de Kant, acolhida por Ingo Sarlet, “a pessoa é vista como um fim, e não como um meio, e, portanto, não pode ser coisificada ou instrumentalizada”<sup>132</sup>.

Ademais, não há como se sustentar um direito consubstanciado unicamente na existência de um desejo, (até mesmo, se for o caso de considera-lo legítimo), tendo em vista, que o ser humano tende a apresentar desejos e necessidades ilimitadas.

---

<sup>130</sup> JUNGES. Op. cit., 2003, p.157

<sup>131</sup> BARBOSA, 2003, p. 159.

<sup>132</sup> SARLET, 2002, p. 88.

Nesse aspecto, Fachin explica de modo claro que as relações jurídicas aptas a operacionalizar o exercício de direitos subjetivos são, apenas as reconhecidas pelo Direito como relevantes, havendo, portanto, uma divisão entre as relações sociais abrigadas pelo manto jurídico e aquelas que estão excluídas desse âmbito de regulação<sup>133</sup>.

Dessa forma, tendo o Direito positivado modelos para as relações que julga relevante, ou dignas de regulamentação e proteção, só pode haver direito subjetivo - e, portanto, direitos fundamentais - no âmbito de tais relações.

O Estado-legislador, por meio de tal proceder, impõe molduras jurídicas em que pretende não só abarcar as potenciais relações travadas no mundo dos fatos, mas dirigir o comportamento social ao preenchimento de tais molduras<sup>134</sup>.

Todavia, os desejos humanos estão situados em uma esfera própria, sendo intangíveis para o direito<sup>135</sup>, (encontram-se, por certo, do lado de fora da moldura jurídica de Fachin).

Desse modo, o direito confere liberdade ao o indivíduo para que o mesmo possa perseguir seus anseios mais profundos, os quais muitas vezes, coincidem com seu ideal de felicidade, sem necessariamente, ter que invadir a seara particular de seus desejos.

Em outros termos, a busca pelo nascimento de um filho biológico é admissível juridicamente, uma vez que, que o ordenamento pátrio considera lícita à utilização das técnicas de reprodução assistida, o que não significa que para isso exista um direito à reprodução previamente consignado. O que inequivocamente há, é um direito de liberdade na tomada de decisões no tocante à procriação e uma regulamentação jurídica a fim de nortear as possibilidades existentes.

---

<sup>133</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 67.

<sup>134</sup> FACHIN, 2000, p. 67.

<sup>135</sup> AÑÓN, 1999, p. 302.

Na expressão de Leite: “não há um direito à reprodução, havendo apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade” que deverá ser analisada e balanceada a fim de que não fira os direitos da prole vindoura também constitucionalmente consagrados, como os seus direitos à vida e a dignidade humana<sup>136</sup>.

Por derradeiro, impende debater a existência de uma necessidade de procriar. Mister, então, recorrer à doutrina de Mary Warnock<sup>137</sup> para quem não se pode comparar, ao menos sob o ponto de vista biológico, a “necessidade” de se engendrar filhos, à necessidade da nutrição, indispensável para a sobrevivência da espécie, tendo em vista que o ser humano pode sobreviver com plenitude e sem qualquer comprometimento às suas funções vitais, sem jamais ter vivenciado a experiência da reprodução.

Posto isto, não se coaduna também com o reconhecimento de um direito subjetivo, pautado na existência uma necessidade vital de ter filhos, pelo que, diante da veracidade do argumento acima expendido, torna-se, premissa indubitavelmente vencida.

Assim sendo, o binômio desejo/necessidade de ter um filho não é algo inelutável ou imprescindível para a construção da feminilidade, para a realização de um pretense ideal de imortalidade, para o cumprimento de papéis sociais, ou para completude de realizações pessoais dos indivíduos. Mesmo porque, a maternidade/paternidade muito provavelmente reside em uma fronteira muito complexa entre força impulsionadora e construção permanente. Talvez, por isso mesmo, valha a pena sonhar e experimentar sua possibilidade de virtualidade, sem que para isso tenha que se adquirir, por preços altíssimos em todos os sentidos, sonhos prontos e empacotados nas sofisticadas vitrines registradas e amparadas pelo rótulo de científicas.

Por mais que se reconheça a importância de um Estado Democrático de Direito conferir a liberdade de utilização de certos métodos científicos destinados a viabilizar

---

<sup>136</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações assistidas e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 139.

<sup>137</sup> WARNOCK, 2002, p. 67

uma procriação, deve-se atentar, especialmente, no caso específico de um país subdesenvolvido como o Brasil, que a biotecnologia, não deve ser idealizada como uma proposta prioritária para a realização do sonho de paternidade. A materialização desse ideal não impescinde de laços da consangüinidade independe da identidade de certos caracteres genéticos, atributos físicos ou traços da personalidade. Restando assim inconste que o verdadeiro sentido do exercício da paternidade, é conferir amor a uma criança, muito maior que o desejo manifestado pelo seu nascimento.

### 3.2 DIREITO FUNDADO NA PROTEÇÃO DA SAÚDE

*Tener un hijo no es tener un ramo de rosas.  
Hemos de sufrir para verlos crecer. Yo  
pienso que se nos va la mitad de nuestra  
sangre. Pero esto es bueno, sano, hermoso.  
Cada mujer tiene sangre para cuatro o cinco  
hijos, y cuando no los tiene se les vuelve  
veneno, como me va a pasar a mi.*

Frederico Garcia Lorca, Yerma, acto II

Em 1948, a organização Mundial de Saúde definiu o conceito de saúde como: “A saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. Apesar de definir saúde em um conceito multidimensional, esse modelo se baseou num modelo predominantemente bioético. E dessa forma o conceito de saúde foi sendo redefinido por discussões posteriores. Mais recentemente, a Organização Mundial de Saúde, desenvolveu nova definição de saúde que reconhece os laços entre o individuo e o meio ambiente:

A habilidade de identificar e realizara aspirações, satisfazer necessidades, e de mudar ou interagir com o meio ambiente. Logo saúde é um recurso para a vida diária, não o objetivo de viver. Saúde é um conceito positivo enfatizando os recursos pessoais e sociais, assim como as capacidades físicas.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> SHAH, C. **Public health and prevence medicine in Canadá**. Uiversity of Toronto Press, 1999. p. 3-4.

Nessa perspectiva, saúde não é somente uma responsabilidade do tradicional do setor “saúde”, mas de todos os setores que podem influenciar o bem estar dos indivíduos e das comunidades<sup>139</sup>.

Do mesmo modo em que se verifica uma sensível evolução no conceito de saúde propalado pela Organização Mundial de Saúde, identifica-se coincidente fenômeno no ordenamento jurídico pátrio.

A noção de saúde contemplada na atual Carta Constitucional comportou uma significativa ampliação, pois ao contrário dos documentos anteriores que reduziam o conceito e, portanto, a extensão do direito à saúde, à simples e restrita assistência médica, encontramos agora uma conceituação ampla e generosa: a saúde "é assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos". Ademais, aparece incluída na própria definição o direito "ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (Art. 196 da CF).

No Brasil é aplicada a dimensão *positiva* do Direito fundamental à saúde, ou seja, este direito é um direito subjetivo do cidadão, que poderia exigir da União Federal, dos estados e dos municípios, solidariamente, por meio de uma ação judicial, o fornecimento de um determinado tratamento médico, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia ou mesmo o fornecimento de um medicamento ou qualquer outro meio para proteger a sua saúde.

Tal direito está previsto no art. 6º da Constituição Federal, de forma genérica, onde estão descritos os direitos sociais do cidadão, estando este artigo inserto no Título II do Capítulo II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem. Outrossim, encontra disposições específicas, topograficamente localizadas, Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo II, Seção II, arts. 196 a 200 da Carta Maior.

---

<sup>139</sup> *Ibid., id.*



Como o seu conceito também abrange as noções de saúde reprodutiva, saúde da mulher e saúde materna tem-se de bom alvitre destacar o proposto por Fanthalla, adotado pela Organização Mundial de Saúde:

a) que as pessoas tenham a habilidade de reproduzir-se assim com de regular sua fertilidade com o maior conhecimento possível das conseqüências pessoais e sócias de suas decisões, e com acesso aos meios para implementá-las; b) que as mulheres possam ter acesso à maternidade segura; c) que a gravidez seja bem-sucedida quanto ao bem-estar e á sobrevivência materna e da criança. Além disso, que os casais sejam capazes de manter relações sexuais sem medo de gravidez indesejada e de contrair doenças.<sup>140</sup>

O termo saúde reprodutiva surge, no Brasil, em meados dos anos 80, após a realização do Congresso Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos (Amsterdã, 1984), quando é defendido o direito à saúde e a autonomia das mulheres e dos casais na definição do número de filhos.

Em 1992, a fundação Ford propôs uma expansão do conceito de saúde para incluir sexualidade<sup>141</sup>. Por outro lado, as definições de saúde da mulher, especialmente a de Van Kwaak<sup>142</sup>, foram ainda mais abrangentes indo além das funções reprodutivas para incluir aspectos sociais da vida das mulheres.

Contemple-se seu posicionamento:

Como Lewin e Oleson sugerem, a saúde da mulher exclui uma ampla gama de aspectos relativos a enfermidades, doenças bem estar assim como atividades de prevenção, diagnóstico, cuidado e cura. Saúde é nesse sentido, um modo de bem estar total, que não é somente determinados por fatores biológicos e reprodutivos, mas também por efeitos do trabalho, nutrição, estresse, guerra, migração, entre outros.

Questão que suscita maiores controvérsias condiz à busca pelo tratamento da esterilidade, fator que inviabiliza uma gestação, e nesse jaez as técnicas de reprodução assistida são apresentadas como remédio, pois dentro do discurso médico, tal mal é percebido como uma enfermidade.

<sup>140</sup> FANTHALLA, M. F. Reaserch Needs in Human Repodution. In: Diczfalusy, E.,Griffin,P.D.&Knannaj **Reaserch Needs in Human Repodution**: Biennal Report 1986-1987. Genebra: World Health Organition, 1999..

<sup>141</sup> BARZELATO, J. Reprodutive heath and population program. In: GALVÃO; DIAZ, 1999, p. 170.

<sup>142</sup> KWAAK, VAN der. **Womam e Health**. *Vena Jornal*. In: *Ibid.*, 1999, p. 170.

Doravante, faz-se imperioso traçar algumas noções preliminares sobre esterilidade e infertilidade, em que pese constituir assunto de capítulo particularizado, onde serão dissecadas suas características de maneira pormenorizada.

Segundo Stedman<sup>143</sup> enquanto a esterilidade é a incapacidade de fertilização ou reprodução, a infertilidade é uma esterilidade relativa, esclarecendo o referido autor que a primeira é irreversível, o que não ocorre com a segunda.

Por sua vez, a Organização mundial de Saúde tem definido a infertilidade como a incapacidade de um casal conseguir a gravidez ou o parto de um bebê vivo após um ano de relações sexuais regulares sem o uso de métodos anticoncepcionais, aumentando sua possibilidade de ocorrência com a idade, sendo que segundo Schaffer & Diamond<sup>144</sup> um em cada quatro casais com mais de 35 anos sofrerá de infertilidade.

Traçados esses necessários esclarecimentos, insta também explicitar que a Organização Mundial de Saúde congrega tanto a infertilidade como a esterilidade no rol de Classificação Internacional de doenças.

Para Marciano Vidal:<sup>145</sup>

A esterilidade é uma enfermidade, ou conseqüência de uma enfermidade com elementos físicos, psíquicos e inclusive sociais. Deste ponto de vista, qualquer procedimento dirigido a remediá-la, desaparecendo a causa que a origina, deve ser entendido como terapêutica.

Assim sendo, numa perspectiva individualista, o principal remédio à esterilidade são as atuais técnicas de reprodução assistida.

<sup>143</sup> STEDMAN (1979) Dicionário Médico, 23ª edição, ilustrado (coord. Manuila, L., et al. Lisboa, Climepsi Editores, 2000 p. 879.

<sup>144</sup> SCHAFFER, J. A.; DIAMOND, R. Infertilidade: dor pessoal e estigma secreto. In: IMBER-BLACK, E. (Org.). **Os segredos na família e na terapia familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. p. 113-127.

<sup>145</sup> VIDAL, Marcelo. La humanidad in vitro. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 29 In: Fernandes Ticho Brale. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**. Florianópolis. Diploma Legal, 2000, p. 62. Do original em espanhol: *la esterilidad es una enfermedad, o consecuencia de una enfermedad con sus componentes físicos, psíquicos e incluso sociales. Desde puento de vista, cualquier procedimiento dirigido a remediárla, desaparezca no la causa que lo origina, debe ser entendido como una terepêutica.*

A reprodução assistida, produto dos avanços tecnológicos na área da saúde reprodutiva são definidas por Corrêa<sup>146</sup> como "um conjunto de técnicas de tratamento médico paliativo, em condições de in/hipofertilidade humana, visando à fecundação". Tais técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica, provocando mudanças nos moldes tradicionais de procriação. Além do casal, pode, também, envolver o médico e em outras vezes um doador do material reprodutivo humano. Em algumas circunstâncias, a doação temporária do útero (mãe de aluguel ou mãe substituta).

Entretanto, os resultados com êxito de tais técnicas são muito variáveis, conforme o tipo de esterilidade apresentada.

Segundos os dados apresentados por Pessini<sup>147</sup>, de uma maneira geral o sucesso da gravidez com as técnicas de reprodução diminui conforme a idade aumenta. Em mulheres até 30 anos, a taxa fica em torno de 45%; aos 35 anos diminui para 35%; de 35 a 40 anos, a chance é de 25% a 30%, a acima dos 40 anos a chance diminui de 20% a 18%. Na opinião do especialista, antes de optar pela reprodução assistida, o casal precisa ser bem investigado, devendo esta ser a última opção.

Outras informações, colhidas pelo especialista citado, indicam que os processos de inseminação também costumam ser extremamente dispendiosos. A técnica de bebê de proveta, por exemplo, o casal tem apenas 20% a 25% de chance de engravidar e cada tentativa situa-se na faixa de 8 a 10 mil reais, considerando que muitas vezes nem conseguem lograr êxito na primeira tentativa, sendo dessa forma necessário repetir diversas outras vezes o procedimento<sup>148</sup>.

A angustia e a ansiedade dos casais que submetem às técnicas de reprodução assistida, costuma ser reconhecida até mesmo pela literatura que estimula a veiculação de tais procedimentos. Não raro, se aconselha a procura por auxílio psicológico para suportar o desgastante processo, marcado por diversas

---

<sup>146</sup> CORRÊIA, 2003, p.115.

<sup>147</sup> PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2003, p. 215.

<sup>148</sup> *Ibid.*, *id.*

expectativas infundadas e pelo fantasma do insucesso, já que em muitos casos a tão sonhada gravidez, não chega a se consumar.

Todos estes altos e baixos são de uma violência gigantesca, que ameaçam a sanidade mental da pessoa que os vive assim como toda a sua vida quotidiana e todos os que a rodeiam.

E mesmo quando se consuma a imagem do filho, remeterá certamente a frustração da esterilidade, já que para esse mal não existe uma cura.

Corrêa<sup>149</sup> compartilha esse mesmo pensamento:

A medicina aplicada á reprodução humana é mais protética que terapêutica, pois, ela não cura ou reabilita a função reprodutiva provocada pela esterilidade, mas cria uma prótese ou um substitutivo artificial para a gestação através das técnicas de reprodução assistida. Seu objetivo é corrigir uma deficiência física e psíquica da esterilidade masculina ou feminina mais do que readquirir a função procriativa perdida por uma doença ou causa desconhecida.

Na verdade, na visão de muitos especialistas, a melhor alternativa que se afigura é a de cunho preventivo, aplicável, mormente nas hipóteses advindas de enfermidades infecciosas e nas atinentes ao contexto social e laboral a que são expostas certas pessoas<sup>150</sup>.

Entrementes, com essa reflexão, não almejamos negar a licitude das técnicas de reprodução assistida, mas pôr em cheque sua legitimidade, frente ao problema social da infertilidade. Mesmo por que tais técnicas não resolvem a “enfermidade” apresentada pelo indivíduo, mas tão somente possibilitam em dado momento, a reprodução humana.

Nesse passo, não se vislumbra admissível depreender um direito à procriação decorrente do direito constitucional à saúde, consoante sugere boa parte da doutrina que pugna pelo seu reconhecimento, pois, conforme restou exaustivamente aduzido,

---

<sup>149</sup> CORRÊIA, 2003, p. 183.

<sup>150</sup> AÑÓN, 1999.

não existe uma cura para a esterilidade e desse modo os ideais de saúde no sentido de tratamento para um mal de origem física restariam supérfluos.

Por outro lado, sopesando que os conceitos colacionados nessa exposição também congregam as noções de saúde em sentido amplo, como bem-estar psíquico, os mesmos métodos de reprodução assistida, que podem realizar o sonho de ter um filho podem incurrir no risco de apresentar lastimáveis implicações de ordem psicológica.

Juges, nesse diapasão, analisa, a partir das noções propostas por Delaisi de Parseval, que todo casal infértil deve atravessar pelo processo do “luto simbólico da fertilidade”, pois do contrário tenderá “a desenvolver a patologia da filiação e um encarnçamento procriativo, isto é, a busca desenfreada por um filho”.<sup>151</sup>

O supracitado doutrinador explica que aqueles que passam pelo processo de perda de um ente querido tendem canalizar sua energia na dor, sendo a fase do luto normal e necessária, do mesmo modo aquele que perde sua capacidade procriadora deve investir-se nesse luto como forma de superar estes distúrbios psicológicos, pois do contrário tenderá a buscar o filho como substitutivo para sua limitação orgânica<sup>152</sup>.

Na impossibilidade de elaborar o luto e de simbolizar a falta, os indivíduos acabam-se desse modo, tornando-se prisioneiros do “Outro”, nesse caso, do desejo desmesurado por um filho. Portanto, o processo básico de constituição desse sujeito será extremamente prejudicado uma vez que a formação da subjetividade exige um trabalho de luto contínuo que envolve separação, perda e tristeza. Implicando, outrossim, em aceitar a ausência, lidar com as perdas e frustrações, por mais dilacerantes que sejam.

Dessa maneira a saúde em sua acepção psicológica estará comprometida se a utilização dessas técnicas se fizer divorciada de um imprescindível

---

<sup>151</sup> JUNGES, Op. cit, 2003, p. 158.

<sup>152</sup> JUNGES, Op. cit, 2003, p. 158.

acompanhamento psicológico e sem o necessário discernimento da pessoa infértil, que deve administrar psicologicamente a ausência de sua capacidade reprodutiva.

Ademais, não podemos olvidar as gestações múltiplas, (muito comuns nessas técnicas artificiais) podem trazer riscos à saúde da criança, uma vez que, diversos estudos têm revelado, que devido ao número de embriões transferidos para o útero aumentam-se as chances de parto prematuro, no qual, o bebê pode nascer com o peso abaixo do normal, com alguma deficiência crônica, ou até mesmo morto<sup>153</sup>.

Outrossim, podem suscitar riscos à própria saúde da mulher, em vista da sobrecarga resultante de tratamento hormonal<sup>154</sup>.

Sem mencionar, que um estudo trazido pela revista *The New England Journal of Medicine* de 7 de março de 2002, traz dois artigos relativos ao aumento significativo de risco de ocorrência de malformações em crianças concebidas por métodos de fertilização artificial.

A observação de pesquisadores da Divisão de Saúde Reprodutiva do Centro de Tratamento de Doenças Crônicas de Atlanta mostra que recém nascidos concebidos por diferentes métodos de fertilização "in vitro" apresentaram um número desproporcionalmente elevado de crianças prematuras com peso muito baixo<sup>155</sup>.

Outro estudo realizado por cientistas do Instituto de Pesquisa de Saúde da Criança da Universidade do Oeste da Austrália apresenta dados ainda mais preocupantes. Foram estudadas 301 crianças concebidas pelo método de injeção intracitoplasmática de espermatozóide, 837 através da técnica de fertilização "in vitro". O grupo controle foi constituído por 4000 crianças concebidas naturalmente. O estudo comparativo demonstrou incidência significativamente maior de

---

<sup>153</sup> SIQUEIRA, José Eduardo de. Ética e Tecnociência: Uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 56, 2004.

<sup>154</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>155</sup> SHIEVE, L. A. *et al.* Low and very birth weight in infants conceived with use assisted reproductive technology. **N. Engl. J. Med.**, n. 10, v. 346, p. 731-737, 2002.

malformações cardiovasculares, urogenitais, cromossômicas e músculo-esqueléticas nos recém nascidos concebidos artificialmente<sup>156</sup>.

Os autores especulam sobre as causas da maior presença de malformações e sugerem como fatores que poderiam ser responsabilizados: idade avançada das mães, causas subjacentes à infertilidade, medicamentos usados para induzir a ovulação ou manter a gravidez nos estágios iniciais da gestação ou, ainda, fatores relacionados à técnica de congelamento dos embriões<sup>157</sup>.

Assim, diante de tudo que fora exposto, ainda se afigura possível pleitear um direito à procriação lastreado no direito de proteção à saúde?

### 3.3 DIREITO BASEADO NO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

O homem durante sua vida deve: plantar  
uma árvore, ter um filho e escrever um livro.

José Martí<sup>158</sup>

No que toca ao terceiro prisma, o direito à procriação, segundo a corrente positivista, poderia ainda ser depreendido a partir do livre desenvolvimento da personalidade humana. Fundado, portanto, no princípio da liberdade do indivíduo, a qual propiciará, sempre, a plena satisfação de seus anseios, e, assim, o completo desenvolvimento de sua personalidade.

Taylor<sup>159</sup> é um dos autores hodiernos que bem retrata a evolução e o processo de (re)fundamentação da pessoa humana, fundamenta a personalidade em três eixos-

<sup>156</sup> HANSEN, M. *et al.* The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization. **N. Engl. J. Med.**, n. 10, v. 346, p. 725-730, 2002.

<sup>157</sup> SIQUEIRA, 2004, p. 78.

<sup>158</sup> MARIÑO Hubert Jerez, **El cantar de Martí**, Plantation, Jerez Publishing, Inc., 1999. Do original em espanhol: El hombre durante su vida debe: para plantar un árbol, tener un hijo y para escribir un libro.

<sup>159</sup> TAYLOR, Charles. **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

base, que podem ser vistos como uma generalização, sob a ótica secular, do pensamento teológico-cristão.

O primeiro eixo de proteção da personalidade é o respeito pela autonomia da vontade, pois “respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa”. A pessoa humana dotada de liberdade deve buscar construir, para si mesma, suas normas, de acordo com sua concepção de bem e justo<sup>160</sup>.

O segundo eixo, indissociável do primeiro, é o reconhecimento e afirmação do outro (alteridade). A personalidade e a pessoa só ganham sentido perante o *outro*. Mais que isso, a personalidade é fruto de um constante erigir da consciência de si em face da alteridade (consciência crítica e dialógica do outro). A pessoa constrói-se na interação social e na interação comunicativa da sociedade<sup>161</sup>.

O terceiro eixo é a dignidade. No entanto, esse eixo não pode ser visto como alheio aos dois anteriores. A dignidade é fruto de autoconstrução (autonomia) e realização em sociedade (alteridade). Portanto, a dignidade não é algo “dado” (pelo Estado, pela ciência, etc.), mas, sobretudo, uma busca de auto-realização<sup>162</sup>.

Diante do exposto, infere-se que a noção de desenvolvimento pleno da personalidade, quando considerada no âmbito da procriação humana, não deve ser focalizada sob uma ótica estritamente objetiva, senão, pelo menos, por duas fortes razões:

Preliminarmente, porque não se deve olvidar que como resultado das técnicas de reprodução assistida nascerá uma vida humana merecedora de profundo respeito e consideração.

Desse modo, não há como se depreender um direito de ter filho, consubstanciado unicamente no direito ao pleno desenvolvimento da personalidade de seus pais, sob

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>161</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>162</sup> TAYLOR, 1989, p. 12.



pena se admitir que seres humanos possam ser utilizados como instrumentos para a realização pessoal de outros, sendo nesse sentido, que se reafirma a noção de alteridade proposta por Taylor em linhas pretéritas.

Ademais, a dignidade humana, mormente a da criança concebida mediante tais métodos, deve ser protegida, pois o ser humano não pode ser transformado em objeto ou instrumento para a concretização das satisfações de seus pais. É muito fácil e cômodo aduzir o livre desenvolvimento da personalidade como argumento para justificar o máximo respeito às decisões procriativas. Mas a liberdade exige responsabilidade, especialmente quando o exercício dessa liberdade estão implicados os direitos fundamentais de outras pessoas, nesse caso, do futuro filho.

Segundo, porque a decisão pela procriação, tanto é marcada pela subjetividade, já que deve ser visualizada sob o ponto de vista pessoal, pois a noção de satisfação e bem-estar, inerentes ao desenvolvimento da personalidade, é variável de um indivíduo para o outro, quanto sofre forte influência de uma forte carga axiológica, determinada pelas constantes transformações de mentalidade da vida em sociedade.

Basta atentarmos para as situações protagonizadas por casais, que conquanto férteis, decidem não procriar. Na realidade, a “realização pessoal” de ter um filho, não é comum a todos os homens, já que a natureza humana peculiar por sua complexidade, admite uma série de diferentes pontos de vista acerca de questões comuns como felicidade, satisfação, desejo etc.

E mesmo tais conceitos, implicam numa ordem de subjetividade tamanha, que por mais que possam ser traduzidos em algumas ações, como na de casar ou constituir uma família, ou até como modernamente se observa, na de acumular riquezas materiais para si, gana da atual sociedade consumista, não significa dizer necessariamente, que estejam estas aptas a proporcionar a realização de todos os seres humanos individualmente considerados.

Por isso, seria equivocado erigir a maternidade/paternidade como pressuposto indispensável ou necessário para formação da personalidade humana, pois, por via

indireta iríamos reconhecer que aqueles que não engendraram filhos, por decisão voluntária, teriam sua personalidade cerceada, ou incompleta.

Reconhecendo que tal questão se instala no terreno da subjetividade, mais consciencioso se afigura o entendimento de que o Estado deve adotar a postura de “neutralidade liberal”, expungindo normas que venham a ditar o suposto “bem-estar do indivíduo” chamadas, ironicamente, de *Good Samaritan Laws*,<sup>163</sup>, afastando, dessa forma o reconhecimento de um direito à procriação.

E assim sendo, não se deve reputar o conselho do apóstolo cubano José Martí, citado no limiar dessa exposição, como uma regra máxima de vida, já que, no final das contas, cada indivíduo dentro de sua própria concepção, desde que respeitando as condições de dignidade e existência do outro, tende a estabelecer o mais conveniente para desenvolvimento pleno de sua personalidade.

### 3.4 DIREITO BASEADO NO DIREITO DE FUNDAR UMA FAMÍLIA

Somadas umas cousas e outras, qualquer pessoa imaginará que não houve minguagem nem sobra, e conseqüentemente que saí quite com a vida. E imaginará mal; porque ao chegar a este outro lado do mistério, achei-me com um pequeno saldo, que é a derradeira negativa deste capítulo de negativas: — **Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado da nossa miséria**<sup>164</sup>. (grifo nosso).

Machado de Assis

Por derradeiro, cumpre questionar o argumento de que o direito à reprodução pode ser inferido a partir do direito de liberdade de constituição familiar. Para tanto, vincula-se a idéia de família à existência de filhos, razão pela qual o direito à reprodução decorreria do direito de fundar uma família.

<sup>163</sup> Cf. WEINRIB, J. Ernest. Duty to Rescue. In: DWORKIN, Gerald. **Morality, harm and the law**. Boulder: Wetsview Press, 1994. p. 134-144. Como oposição à “neutralidade liberal”, tem-se o “perfeccionismo estatal”, o qual propugna a idéia de que o indivíduo deve aceitar planos e modelos de vida heterônomos (paternalistas). Tal ideologia encontra-se em pleno declínio

<sup>164</sup> ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 1. p. 258.

Tal ilação poderia descender primordialmente dos termos legais transpostos no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo teor traz-se a esta colação:

Art. 16 - Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

Entrementes, ousa-se dissentir, com a devida vênia, do fundamento aduzido, tendo em vista que o direito de fundar uma família pode implicar, porém, não de modo obrigatório e imprescindível na função procriativa.

Para tanto, traz-se a esta exposição os comentários tecidos por Moacyr Scliar, a respeito da matéria veiculada pela Newsweek<sup>165</sup>, intitulada “Beyond Babies”, que evidencia o espantoso aumento dos casais sem filhos em todo o ocidente. Dentre os dados colacionados por este autor em sua análise, destacam-se:

- 30% das mulheres alemãs com diploma universitário não têm filhos;
- em vários países a idade para ter filhos está sendo adiada para os 30 ou mesmo 40 anos;
- nos Estados Unidos, a percentagem de famílias sem filhos subiu de 9,5% em 1985 para 15,7% em 2005;
- o número de filhos por mulher é de 1,2 na Itália, 1,3 na Grécia e 1,4 na Alemanha - lembrando que, para repor a população é necessário, naturalmente, 2 filhos por casal;
- no Japão, 56% das mulheres com 30 anos ainda não tiveram filhos<sup>166</sup>.

Saindo do âmbito internacional, e passando para o caso brasileiro, denotamos que o número médio de filhos por mulher caiu de 6,2 em 1940 para 2,1 em 2005, considerando um detalhe muito importante: a taxa de fecundidade decresceu mais nas mulheres de menor escolaridade e poder aquisitivo, que assim, se aproximam mais da média geral<sup>167</sup>.

<sup>165</sup> STEFAN, Theil Beyond Babies. Even in once conservative societies, more and more couples are choosing not to have kids. That means good things for restaurants and real estate. But a backlash has already begun”. **Newsweek Internacional**, 04 set. 2006.

<sup>166</sup> STEFAN, Theil “Beyond Babies. Even in once conservative societies, more and more couples are choosing not to have kids. That means good things for restaurants and real estate. But a backlash has already begun”. Newsweek Internacional, 04 set. 2006 *apud* SCLAR, Moacyr. **Filhos**: melhor não tê-os? Disponível em: <[http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index.aspx?cnt\\_id=15&art\\_id=2435#topo](http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index.aspx?cnt_id=15&art_id=2435#topo)>. Acesso em: 20 out. 06.

<sup>167</sup> *Ibid.*

Desse modo, o aludido autor conclama para o surgimento de uma verdadeira cultura da ausência de crianças. E, mais do que isto identifica seus defensores: na Inglaterra foi fundada a Associação dos Livres de Filhos. No Canadá existe uma entidade similar<sup>168</sup>.

Scliar exemplifica que cidades como Roma muitos restaurantes avisam que só adultos são bem-recebidos. Na Austrália, são anunciados condomínios para casais sem filhos (um recente estudo inglês mostrou que o preço dos imóveis em um bairro cai 5% se uma família com filhos pequenos muda-se para ali)<sup>169</sup>.

Essa tendência, aliás, esta sendo corroborada pelo brasileiro, pois, em recente pesquisa divulgada pelo instituto Datafolha, (63%) dos entrevistados, acreditam que um casal sem filhos pode ser feliz como qualquer outro. Para 35%, porém, o fator é essencial. Não souberam responder 2% dos entrevistados<sup>170</sup>.

Diminuem a importância de se ter filhos principalmente os habitantes da região metropolitana (72% contra 58% entre os do interior), os descendentes de espanhóis (81%), os homens mais jovens (73%), os solteiros (71%), os que não têm filhos (72%), os mais escolarizados (80%) e os que têm renda individual entre 10 e 20 salários mínimos (78%)<sup>171</sup>.

Diante do exposto, o argumento de que se deva reconhecer um direito à reprodução implícito ao direito de fundar uma família, não deve prosperar, tendo em vista que muitos núcleos familiares são formados sem necessariamente possuir nenhuma prole.

---

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> INSTITUTO DATAFOLHA. Disponível em:

<[http://datafolha.folha.uol.com.br/po/dossie\\_familia\\_10111997c.shtml](http://datafolha.folha.uol.com.br/po/dossie_familia_10111997c.shtml)>. Acesso em: 05/12/2006

<sup>171</sup> INSTITUTO DATAFOLHA, 2002.

## 4 O DISCURSO MÉDICO E O RELIGIOSO EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

### 4.1 VERTENTES CIENTÍFICAS

#### 4.1.1 Aspectos históricos

Em uma breve digressão histórica, percebe-se que a humanidade sempre revelou uma profunda preocupação com a questão da fecundidade e, de modo diametralmente oposto, receou o risco da esterilidade<sup>172</sup>.

Desde as mais remotas épocas, a esterilidade é considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das

---

<sup>172</sup> Tal fato pode ser inferido, mesmo nas primeiras manifestações de arte, que remontam à época primitiva, as quais costumavam representar a mulher fecunda, grávida, capaz de gerar novos seres, a exemplo da mãe natureza. As manifestações artísticas pioneiras do homem se expressaram na escultura e na pintura de mulheres grávidas (Vênus de Lespurgne, Vênus de Brassempouy, Vênus de Savinhan, Vênus de Laussel). Na precisa avaliação de PERIN JUNIOR a representação que os homens faziam do corpo feminino expressa a origem de sua perplexidade diante da fecundidade. Todo o realce conferido às formas destacavam o ventre (origem de um novo ser), nádegas e seios (elemento sensual e de fertilidade) enquanto a cabeça e as pernas não passam de prolongamentos disformes do tronco. Na análise da Vênus de Savinhan, o pesquisador avalia que, "a cabeça se alonga de forma indefinida e, em outras "Vênus", o rosto se dilui numa massa informe, o que nunca ocorre com o ventre e seios, dando uma imagem nítida de preocupação com os elementos da fertilidade. A mulher devia ser equiparada à terra e a todo seu misterioso e indecifrável poder de gerar, de criar, de dar vida" In: PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 16 dez. 2006.

bruxas, ora aos desígnios divinos. A mulher estéril era encarada como um ser maldito que precisava ser banida do convívio social<sup>173</sup>.

Parece ínsito a mentalidade humana, desde suas mais distantes origens, contrapor as noções de fecundidade e esterilidade, atribuindo a cada uma delas valores que necessariamente se contrapõem, se excluem, se radicalizam em princípios maniqueístas. Nesse sentido a fecundidade estaria sempre adstrita à noção de bem, enquanto, à esterilidade, a noção de mal.

Essas sensações vivenciadas de forma empírica pelos povos primitivos recebem foros de autenticidade e legitimidade com a cultura clássica, representada pelos povos gregos e romanos. Na civilização romana, por exemplo, costumava-se condenar a mulher estéril a mais trágica posição, justificando mesmo o repúdio pelo marido. Dessa forma, o que antes era vivido de maneira sensitiva apresenta-se, em Roma, um elemento de rejeição institucionalizada<sup>174</sup>.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a infertilidade foi durante muito tempo atribuída ao sexo feminino, sendo que apenas no séc XXVIII cogitou-se a hipótese de que o referido mal pudesse também ter causa masculina<sup>175</sup>. Nicolas Venette, autor do importante *La génération de l'homme ou Tableau de l'amour conjugal*, obra de 1696, repetia os antigos afirmando que as mulheres eram mais responsáveis pela esterilidade do que os homens<sup>176</sup>. Sua opinião encontrava respaldo em presunções populares, correntes nos séculos XVI e XVII, de que as mulheres muito bonitas eram impotentes por castigo divino irado com suas vaidades. E as muito feias também o eram, num castigo divino, por sua inveja das bonitas<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> CAMARGO, 2003, p. 13. A autora ainda faz alusão a textos bíblicos que revelam como a mulher estéril era considerada maldita. Salmo 133:9: Faz a mulher estéril viva em família e seja alegre mãe de filhos"; Gênesis 30:1 "Vendo Raquel que não dava filhos a Jacó, teve ciúmes de sua irmã e disse a Jacó; dá-me filhos senão morrerá", I Samuel 1:10 [...] levantou-se Ana e com amargura na alma choro abundantemente.

<sup>174</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>175</sup> LEITE, 1995, p. 22

<sup>176</sup> VENETTE, Nicolas. *La génération de l'homme ou Tableau de l'amour conjugal* *apud* DARMON, Pierre. **O tribunal da impotência**: virilidade e fracassos conjugais na França. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988. p. 78.

<sup>177</sup> *Ibid.*, *id.*

Ademais, depreende-se da literatura especializada sobre o tema, um conjunto de contributos interessantes, que demonstram a maneira como as sociedades mais antigas, (até meados do séc XV) tentavam suplantar o mal da infertilidade, de maneira criativa e mítica, mas ainda muito distante de um viés científico.

Salienta-se, nesse sentido, o estudo fomentado por Del Priori, pesquisadora que se investiu a perquirir o modo como à esterilidade atingia o imaginário de homens e mulheres na América Portuguesa, relatando a forma como era combatida no período Brasil Colônia:

Além dos recursos devocionais a Santa Ana e Santa Comba, padroeiras da fertilidade conjugal, era preciso quebrar o obstáculo que obstruía a passagem da preciosa semente que poderia fecundá-la. As explicações médicas para os descaminhos fisiológicos do corpo faziam-se impregnadas de magia. As exigências do moderno casamento cristão, bem como as condições para sua dissolução, não pareciam, porém, penetrar as teorias sobre a infecundidade feminina. As dificuldades para reunir numa classificação os vários males “da madre”, as anomalias de órgãos que não podiam ser examinados porque internos, e o mito da passividade feminina na procriação contribuía para que o corpo feminino fosse encarado, segundo Lígia Bellini (1987), como uma “coisa obscura”.

Possuidora de “faculdades adormecidas, a madre devia despertar pela ação de piolhos e percevejos metidos no orifício do cano para que com mordeduras e movimentos que fazem excitam a faculdade repelente adormecida”. Sua desobstrução se faria “metendo-lhe na boca uma pequena castanha-da-índia, furando-a e atando-a bem com fio de retrós e deixando-a estar quatro ou seis horas, porque não só provoca bem a conjunção, mas alimpa a madre de todos os maus humores que são quase sempre a causa de muitas mulheres não conceberem” (Semedo, 1707, p. 177).

As analogias com animais de grande fecundidade faziam sugerir receitas à base de “sal fixo de ratos e caldo de galo velho”, por conceberem esses roedores “de uma só vez cinco ou seis ratinhos”. Beber “pelo tempo de três meses água cozida com uma mão cheia de sálvias machucadas” era indicação do “virtuoso” padre Jerônimo Lobo, religioso da Companhia de Jesus, que, assim, aprendera no Japão. Feijão-fradinho tomado em jejum misturado à água ou ingerir óleo de copaíba, como sugeria João Ferreira da Roa em Pernambuco, no século XVII, “alimpava o útero de sordícies” que atrasavam a concepção (*apud* Osório de Andrade, 1956, p. 282). Piso (1948, p. 123), por sua vez, lembrava que do óleo em que se assavam “aqueles vermes que vivem nas palmeiras” deviam fazer-se emplastos colocados sobre o umbigo: “tem-se visto não vulgares efeitos destes e semelhantes remédios, e mulheres consideradas estéreis vieram a recobrar a vitalidade para si e para a geração” “Achaques diabólicos contra a lei divina” atingiam também as mulheres estéreis, aconselhadas a pendurar “artemísia à entrada da porta” (Moura, *apud* São Paulo, 1936, p. 541) ou dissolver o malefício passando “esterco da pessoa amada no

sapato direito"; a primeira que sentisse o fedor dissolveria o encantamento<sup>178</sup>.

Entretanto, somente no final do século XVI (em 1590) o estudo da esterilidade conjugal ganhou foros de cientificidade com a invenção do microscópio, por Leenwenhoek<sup>179</sup>.

Segundo Scarparo, no séc XII, foram testadas as técnicas de inseminação artificial em salmões, pássaros e ovos do bicho da seda, por iniciativa do medico Marcelo Malpigni, médico do papa Inocêncio XII. Em 1968, Swammardam conseguiu lograr êxito nas primeiras inseminações artificiais em peixes<sup>180</sup>.

Em 1784, o médico Spalazzani conseguiu êxito na inseminação artificial em uma cadela , mas foi ao inglês Jonh Hunter, em 1799, a quem atribui-se a adoção da técnica em seres humanos. Em 1833 o médico francês Giraud é responsável pelo primeiro caso de reprodução homóloga. Um ano mais tarde, nos Estados Unidos nasce o primeiro caso de inseminação heteróloga, por iniciativa do médico Pacoast<sup>181</sup>.

Mas é por volta de 1912, portanto mais de três séculos depois, que o cientista, Brackett conseguiu, pela primeira vez, cultivar embriões de mamíferos<sup>182</sup>.

E somente em 1971, Mastroiani consegue filmar, pela primeira vez, um óvulo. No mesmo ano, Hayashi, da Universidade de Toho, apresenta seu filme "Começo de vida", onde mostra todo o processo reprodutivo do ser humano. De 1970 a 1975 diversos cientistas realizam estudos da fertilização *in vitro* com óvulos humanos, formação de embriões com transferência para o útero, coleta de óvulos. Destacam-se as equipes de Brackett, Jacobson, Soupart e Strong (nos EUA), Edwards e Steptoe, Taylor, Craft e Collins (na Inglaterra), Lennart Nilson (na Suécia), Talbot, Lopata, Wood, Neil Moore e John Lecton (na Austrália)<sup>183</sup>.

<sup>178</sup> DEL PRIORE, M.: 'Homens e mulheres: o imaginário sobre a esterilidade na América portuguesa'. *História, Ciências, Saúde — Manguinhos*, vol. VIII(1): 98-112, mar.-jun. 2001.

<sup>179</sup> PERIN JUNIOR, 2002.

<sup>180</sup> SCARPARO, 1991, p. 7.

<sup>181</sup> PERIN JUNIOR, *op. cit.*

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> *Ibid.*



Em 20 de julho de 1978 nascia *Louise Joy Brown*, no General Hospital, na cidade de Oldham (Inglaterra), graças ao trabalho infatigável dos Drs. Steptoe e Edwards, que vinham se dedicando com afinco à pesquisa há mais de quinze anos. No mesmo ano, Randolph W. Sedd e Richard W. Seed desenvolvem o transplante de embrião do útero de uma mulher para outra, conhecida como técnica de maternidade por substituição<sup>184</sup>.

Mas, mesmo hodiernamente, onde não se verifica uma vinculação necessária entre o ato sexual e a reprodução, uma pessoa infecunda tende a sentir-se, de certo modo, desviado do padrão dominante, já que a esterilidade, no contexto social, ainda apresenta um conteúdo nitidamente pejorativo.

Estudos psicológicos indicam que quem por ela é acometido, passa a ostentar um sentimento de culpa, para o que contribui, em grande medida, a idéia do pecado, advinda do catolicismo.

A impossibilidade do projeto não realizado transforma a surpresa e inquietude numa progressiva angústia. Quando o desejo de ter filhos se manifesta e ele não é preenchido, inicia-se para o casal um período de provações com final nem sempre feliz<sup>185</sup>. Pois, a liberdade da contracepção, tão natural neste final de século, revelou uma faceta inimaginável ao casal moderno; ela não confere igualmente a possibilidade de procriar.

A concepção, o poder de fecundar, apesar de todas as conquistas científicas, guarda segredos e permanece um mecanismo complexo. Se hoje dispomos do poder de inibir completamente, não dispomos na mesma proporção, da capacidade de conduzi-la a termo em cada tentativa. Quanto mais a idade avança, mais as chances de conceber se reduzem, tornando a espera ainda mais angustiante, pois o tempo se escoia inexoravelmente.

O sentimento de derrota é muito intenso quando o casal descobre:

---

<sup>184</sup> SCARPARO, 1991, p. 8.

<sup>185</sup> *Ibid.*, *id.*

[...] que sua decisão de conceber, na hora mais apropriada e racionalmente calculada, coloca-se contra sua incapacidade de completar esse desejo; isso rapidamente lhes dá uma sensação de fracasso<sup>186</sup>.

Em vista disso, o casal com problemas para procriar vê-se obrigado a fazer permanentes ajustes no seu dia-a-dia, passando a sua vida a girar em torno de um ciclo mensal de esperança-perda. O processo de diagnóstico é penoso, stressante e sempre incerto.

Mas normalmente, a constatação da esterilidade feminina ou masculina, vem acompanhada de um desejo irrepreensível e intenso de superar o diagnóstico e de buscar a oportunidade de engravidar por todo ou qualquer meio científico.

Considerando as diversas possibilidades oferecidas atualmente pela medicina moderna, à mulher e ao homem infértil para gerar, dependendo do caso poderá se recorrer à inseminação artificial homóloga, “que é a realizada com a utilização de sêmen do marido ou do companheiro da paciente<sup>187</sup>, ou uma técnica heteróloga, na qual”utiliza-se o esperma de um doador fértil”<sup>188</sup>, ainda a fecundação artificial *in vitro* com participação genética do cônjuge ou de um doador (FIV), pela transferência de embriões (Fivete), que “consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina<sup>189</sup>, pela transferência intra-tubária de gametas (GIFT), ou ainda, por outras técnicas mais complexas que podem envolver doadora de óvulo, doação de embriões ou, até mesmo, a maternidade de substituição.<sup>190</sup>”.

Todavia, uma vez optando pelas técnicas de procriação assistida o casal deve preparar-se para iniciar um processo que requer extrema força de vontade e abnegação, já que tais procedimentos costumam apresentar-se extremamente dolorosos, pois, impescindem diversas tentativas antes de lograr o resultado desejado, sendo que, em alguns casos, chega a restar infrutífero.

---

<sup>186</sup> SCARPARO, 1991, p. 8.

<sup>187</sup> MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Gênese, 1998. p. 37

<sup>188</sup> *Ibid., id.*

<sup>189</sup> *Ibid., id.*

<sup>190</sup> *Ibid., id.*

#### **4.1.2 Esterilidade e infertilidade: conceito, distinção, modalidades e principais causas**

Na prática se pode considerá-las quase sinônimas, em que pese, muitos textos médicos apresentarem significados diferentes, mas sem nenhuma concordância entre os autores.

Mais comumente, a infertilidade é definida como a dificuldade em se alcançar uma gravidez. Alguns a consideram como a incapacidade de se levar uma gestação a termo, ou seja, a uma idade viável para o nascimento e sobrevivência do recém-nascido, ou nas palavras de Stedman, "é a incapacidade de fertilização ou reprodução".<sup>191</sup>

Por sua vez, a esterilidade, significa a incapacidade temporária ou definitiva de um casal em conceber após um ano de relações sexuais sem controle contraceptivo voluntário. Para incluir-se um casal num protocolo de cuidados da esterilidade, tal casal deve ter tido uma exposição adequada à gravidez durante um ano.<sup>192</sup>

Para Pessini a infertilidade atinge 20% da população mundial, sendo que a percentagem é igual para ambos os sexos<sup>193</sup>. Talvez a razão mais importante que explique o aumento desta incidência tenha sido a mudança no papel social da mulher e nas suas aspirações. No passado a mulher, se casava e engravidava muito jovem, tinha vários filhos e só a eles se dedicava. Estava em pleno processo reprodutivo no momento em que a natureza a deixava mais preparada para a gravidez e mais fértil. O intervalo entre os filhos era determinado pelos períodos de amamentação. Hodiernamente verifica-se que a mulher inicia a vida sexual mais cedo e tem acesso a métodos anticoncepcionais eficazes. Casa mais tarde, estuda, trabalha, participa do orçamento doméstico, adiando sua gravidez para um período de maior estabilidade profissional e financeira. Via de regra, a primeira gravidez é

---

<sup>191</sup> STEDMAN, T. (1979) Dicionário Médico, 23ª edição, ilustrado (coord. Manuila, L., et al. Lisboa, Climepsi Editores, 2000 p. 879.

<sup>192</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who/in/em>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

<sup>193</sup> PESSINI, Op. cit., 2002, p. 188.

adiada, com muita freqüência para depois dos 30 anos. Muitas deixam para engravidar após os 35 anos. Isto já ocorre em uma para cada cinco mulheres nos EUA<sup>194</sup>. Também não é incomum mulheres procurarem ajuda para engravidar após os 40 anos, tanto para uma primeira gravidez ou mesmo para uma nova gestação em um novo casamento ou relacionamento.

Por outro lado, deve-se esclarecer ainda a existência de duas modalidades de esterilidade classificadas nos manuais de medicina: a esterilidade primária, aquela que se dá quando o casal nunca conseguiu uma gravidez, e a esterilidade secundária que ocorre quando o casal apresenta antecedentes de uma ou várias gestações, sendo que após um ano de exposição não conseguem mais conceber.

Feitas tais considerações, passa-se a discussão das principais causas patológicas que o discurso médico atribui a esterilidade tanto masculina quanto feminina.

A infertilidade ou esterilidade feminina pode ser devida a infecções pélvicas que causam fibroses e bloqueios nas trompas; causas hormonais; endometriose; incompatibilidade com relação ao espermatozóide do parceiro; disfunção tireoidiana; cistos e tumores ovarianos; estreitamento do colo uterino; perda cirúrgica dos ovários; histerectomia; agenesia do útero ou das trompas; mudanças bruscas de peso; excesso de exercícios físicos; tensões; distúrbios emocionais; DST's; interrupção de contraceptivos; estresse e o arrependimento das esterilizações cirúrgicas<sup>195</sup>.

Se a fisiopatologia da infertilidade feminina vem sendo rapidamente desvendada, o mesmo não ocorre com a infertilidade masculina, que, segundo especialistas, continua um segredo. Questões tais como se processa a espermatogênese e a espermiogênese, assim como os andrógenos carecem de respostas objetivas e científicas. Na literatura mencionam-se como causas a oligoastenospermia,

---

<sup>194</sup> MARINHO Ricardo Mello, João Pedro Junqueira Caetano, Leonardo Meyer de Moraes.

**Infertilidade e Concepção Assistida:** um guia para o casal. Belo Horizonte - MG: MEDSI, 2000. p . 107

<sup>195</sup> QUEIROZ, A. B. A. **Ser mulher e a infertilidade:** um estudo de representações sociais. 2002.

Tese (Doutorado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem Anna Nery, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2002.

varicocele, alcoolismo, tensão, DST's, infecções urinárias, tabagismo, trauma físico nos órgãos genitais e má-formação dos órgãos sexuais.<sup>196</sup>

Existem outras causas como dificuldades de ereção e ejaculação inadequada, prostatectomia, esclerose múltipla, diabete, alterações do hipotálamo, falha renal, doenças hepáticas, alterações das células sanguíneas, que são menos reconhecidas, mas dificultam ou impedem a fertilidade no homem<sup>197</sup>.

A infertilidade também pode estar também associada a ambos por fatores concernentes ao coito. Podem ser atribuídas a dinâmica da relação sexual no tocante à técnica de copulação correta e ao depósito de sêmem na cavidade do colo uterino. Para tanto se exige do homem um desenvolvimento normal do pênis, ereção adequada e ejaculação na vagina oportunamente. Na mulher é necessário um aparelho genital harmonicamente desenvolvido, relaxamento e capacidade de recepção durante o coito. Este fator também costuma ser estudado através de interrogatório, exame clínico-ginecológico e teste de inseminação pós-coito que revelam a existência de espermatozoides na cavidade vaginal<sup>198</sup>.

Entrementes, por mais que o discurso médico propague que as causas da infertilidade sejam mormente patológicas, não há como se atribuir apenas a elas à situação de infertilidade.

Desta feita, segundo Añón, o incremento das taxas de infertilidade deve ser tratado de modo a ir mais além que as “causas femininas” e “causas masculinas”. Deve, ao revés, ser direcionado por duas questões: 1) A origem de tal incremento; 2) A introdução de uma perspectiva global do problema, em detrimento da perspectiva individualista de costume<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> GLINA, S. Ainda existe infertilidade masculina? **Medicina**, Brasília, CFM, ano XIV, n. 102, fev. 1999, p. 2.

<sup>197</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>198</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>199</sup> AÑÓN, 1999, p. 161.

No que toca à origem da evolução das taxas de infertilidade, pode-se falar em alguns fatores que exorbitam o ponto de vista estritamente médico.

O primeiro deles diz respeito à desestigmatização da esterilidade, que faz com que as pessoas se declarem como tais, e busquem tratamento médico adequado<sup>200</sup>.

O segundo fator concerne à evolução da Medicina, inaugurando procedimentos que, muito embora extirpem certas mazelas biológicas, apresentem como efeito secundário o advento da esterilidade (p. ex.: tratamentos quimioterápicos ou hormonais). Sabe-se que a administração de altas doses hormonais, para tratamentos de outras patologias, pode propiciar a esterilidade, de modo que não se pode admoestar a existência de uma forte relação entre a iatrogenia clínica e os métodos anticoncepcionais.

O terceiro fator se perfaz no ambiente de trabalho das pessoas. O manejo, pelo homem, de pesticidas e de substâncias como mercúrio, assim como o estresse laboral e o contato com solventes, em relação à mulher, propiciam o incremento da infertilidade. Uma outra causa seria ainda o uso de agrotóxicos, uma vez que estes causam mutações genéticas. A exposição a metais pesados também pode trazer a infertilidade. O chumbo altera a função espermática e os hormônios; o cádmio pode alterar a irrigação testicular; e o crômio pode diminuir a motilidade do espermatozóide<sup>201</sup>.

O quarto fator, já comentado, apresenta índole sociológica, é a postergação do projeto de paternidade, coroada com o império dos métodos contraceptivos, que propicia a tentativa frustrada de ser pai ao indivíduo que, mais economicamente equilibrado, porém mais velho, tem menor capacidade biológica para a procriação.

Conforme já anteriormente aduzido, a fertilidade da mulher é afetada de forma inexorável pela sua idade. Como exemplo, a infertilidade pula de 15% aos 30 anos para 28% aos 35.<sup>202</sup> A partir daí os milhões de folículos, que são pequenas

---

<sup>200</sup> AÑÓN, 1999, p. 161.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 157.

estruturas com células ovarianas envolvendo um ócito, vão entrando progressivamente em um processo de crescimento inicial, seguido de atresia ou degeneração, processo este que independe da puberdade, ovulação, gravidez ou uso de métodos anticoncepcionais<sup>203</sup>.

Em torno dos 50 anos, a mulher praticamente não tem óvulos nem folículos funcionantes. Devido a este mesmo mecanismo e pela idade dos óvulos ainda presentes, a fertilidade diminui com a idade, lentamente após os 30 anos e de forma um pouco mais acelerada após os 35 anos. Após os 40 anos já existe uma queda drástica da fertilidade, sendo que após os 45 anos, as chances de engravidar já são muito remotas<sup>204</sup>.

Assim, por conta dos fatores antes elucidados é que se conclui que o problema da infertilidade não se subsume a um tratamento individualizado, numa relação médico/paciente, já que nem sempre subjacente à causa da esterilidade existe uma doença física<sup>205</sup>.

#### 4.1.3 O discurso médico

Segundo Maturana<sup>206</sup>:

A medicina tem contribuído decisivamente para a construção das instituições, leis e costumes. O médico tem o poder, conferido pela sociedade, de discernir entre o que é enfermo ou são, o que é normal e o que não é, é, por conseguinte, (e de certo modo) o que é bom e o que é mau.

O mesmo se diga em relação à demanda por filhos, hodiernamente, endereçado ao mesmo, uma vez que, seu discurso reforça no imaginário popular as infinitas possibilidades de satisfação dos desejos, quer em vista de evitar uma criança

---

<sup>203</sup> PESSINI, 2003, p. 156

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>205</sup> AÑÓN, 1999, p. 161.

<sup>206</sup> MATURAMA, CARLOS Trejo. La responsabilidad ética en el ejercicio de la medicina. Revista Chilena de Derecho, Santyago, v. 13, n. 12, p. 251, 1986 *apud* MEIRELLES, 1998. p. 56.

“indesejada”, mediante métodos contraceptivos, ou para viabilizar o seu nascimento, através da “cura” oferecida para a infertilidade: os métodos de reprodução assistida<sup>207</sup>.

Mas, para realização dos desejos e anseios humanos, denota-se que seu discurso tende por propagar o êxito de métodos que não suplantam de maneira definitiva o problema da infertilidade, chegando, em alguns casos sequer a lograr os resultados que deles se esperam.

Segundo Oliveira, as novas técnicas de reprodução assistida, não se configuram métodos para o tratamento da infertilidade, servindo apenas como uma compensação. A autora ainda sugere que o método ainda mais eficaz para o tratamento da infertilidade é o secular aconselhamento das avós: as duchas alcalinas que introduzidas no período fértil, de 15 a 30 minutos antes das relações sexuais, que podem, muito freqüentemente, propiciar a sobrevivência dos espermatozoides e facilitar sua transposição da barreira do muco vaginal<sup>208</sup>.

Dados colhidos pela referida autora ainda indicam que os índices de sucesso das clínicas mais famosas de reprodução assistida do mundo, não chegam sequer a cobrir 15% dos casos<sup>209</sup>. Em sua opinião, a maior contribuição dos centros de tratamento de fertilização é o nascimento de crianças, justamente no “período de espera”. Ademais, assevera a autora:

[...] as fraudes e os erros de diagnóstico são impossíveis de serem delimitados, posto que circunscrever a demanda é também difícil, já que não se faz um diagnóstico com precisão, além do que se inventa de infertilidade!<sup>210</sup>

No mesmo sentido é a opinião da professora Gena Corea, que alude como maior responsável pelas causas de infertilidade na atualidade, as doenças sexualmente

---

<sup>207</sup> CORRÊIA, 2003, p. 177.

<sup>208</sup> OLIVEIRA. Fátima. Expectativas, falências e poderes da medicina de procriação: gênero, racismo e bioética *apud* SCAVONE, 1996, p. 188. A autora dá a receita para as duchas alcalinas, para cada litro de água, uma colher de bicarbonato de sódio, sendo que alguns profissionais ainda recomendam acrescentar uma pequena quantidade de glicose.

<sup>209</sup> OLIVEIRA. Maria de Fátima Expectativas falências e poderes da medicina da procriação; gênero, racismo e bioética *apud* BRAUNER, 2003, p. 60.

<sup>210</sup> *Ibid.*, *id.*



transmissíveis (em especial a clamídia). A doutrinadora, inclusive, chega a ser incisiva em suas críticas, na medida em que, avalia que se houvessem campanhas orientadas a diminuir e prevenir essas doenças poderia se fazer mais pela infertilidade que tudo que tem sido feito na área de tecnologia de reprodução<sup>211</sup>.

Entretanto, consoante Franca Bimbi, não é dessa forma que o discurso médico lida com o problema da infertilidade, havendo na realidade a eleição de três proposições fundamentais a esse respeito: 1) existe um percentual crescente de casais estéreis que recorrem à ajuda médica; 2) a resposta médica mais apropriada se perfaz nas técnicas de reprodução assistida; c) além de melhor responderem aos anseios dos casais estéreis as técnicas de reprodução assistida abrem horizontes à investigação científica<sup>212</sup>.

Das três premissas supramencionadas, inferimos que o discurso médico não se divorcia inteiramente do viés social à medida que busca a legitimação de seus novos procedimentos perante a sociedade, a fim de conferir maior segurança a seus profissionais e eximi-los de possíveis responsabilidades.

Da mesma maneira, denota-se que o emprego das tecnologias de reprodução assistida tendem a se escudam nas míticas, folclóricas e primitivas histórias que associam a infertilidade a um castigo, ou ainda, naquelas que instigam no ser humano um sentimento de inferiorização perante aos demais. E assim é que conseguem suplantar os temores das pessoas a que elas se submeterem (algumas implicam em riscos diretos à saúde, outras são muito questionáveis do ponto de vista ético, como as que se realizam mediante coquetéis de espermatozoides).

Assim, uma vez que o discurso social e o discurso médico acerca da esterilidade possuem ingerências recíprocas, convém salientar que a demanda do tratamento respectivo não advém das pessoas estéreis, mas do próprio discurso médico, que apresenta a esterilidade como um problema de saúde coletiva e revolvem uma situação quase esquecida pelos casais inférteis. É o próprio discurso médico que

---

<sup>211</sup> COREA, 1996, p. 164.

<sup>212</sup> BIMBI, Franca. La riproduzione artificiale come costruzione sociales *apud* AÑÓN, 1999, p. 161.

oferece a “cura” para essas frustrações, mediante a apresentação de procedimentos aparentemente cheios de êxito<sup>213</sup>.

Corrêa, nesse sentido, avalia que o discurso médico instiga na sociedade uma espécie de ilusão de que a medicina seria detentora da prerrogativa de realização de todos os anseios humanos, reforçando no imaginário popular as diversas possibilidades de satisfação dos desejos<sup>214</sup>.

Para tanto, contam com um imprescindível investimento da mídia que servirá para acentuar o fascínio acerca da tecnologia, revelando, muitas vezes as conquistas científicas, divorciadas muitas vezes de uma necessária reflexão social.

A mídia joga um papel importante na difusão da RA como um bem de consumo moderno, sofisticado e valorizado. Nesse processo, populariza-se a temática privilegiando os aspectos da RA que mais combinam com os dramas de família e com os valores tradicionais a ela associados. É pelo seu aspecto dramático que o tema aparece ligado aos sentimentos, o que supõe um impacto considerável que transcende uma dimensão meramente informativa.<sup>215</sup>

E indubitavelmente, todo esse contexto estará firmemente relacionado aos ideais capitalistas. Nesse mesmo sentido, o pensamento de Quinet:

Acreditamos que essas novas demandas endereçadas ao médico, sejam impulsionados pela mão, não mais tão invisível como queria Adam Smith, que regula um mercado ferozmente competitivo. Essa “mão” hoje dita as linhas de pesquisa científica a serem seguidas, por que é ela quem as financia: essa “mão” é que escreve os currículos dos médicos-cientistas fazendo-os aparecer como figuras do mestre moderno, quando, de fato, estão a serviço do discurso do capitalista, que constitui, como nos mostra Lacan, “o discurso dominante de nossa civilização, responsável, portanto por seu mal-estar<sup>216</sup>”.

Ou como bem consideraria Bárbara Ehrenreich DeVries “não é a tecnologia do séc XXI que devemos temer, mas o que acontecerá com essa tecnologia nas mãos dos capitalistas *old-fashioned* do séc. XX<sup>217</sup>”.

<sup>213</sup> AÑÓN, 1999, p. 157.

<sup>214</sup> CORREIA, Marilena Vilela. *Novas tecnologias Reprodutivas*. Limites da biologia ou Biologia sem limites? Rio de Janeiro. Ed. UERJ, 2001, p. 99.

<sup>215</sup> *Ibid*, p. 155 .

<sup>216</sup> QUINET, A. **As novas formas do sintoma na medicina**. 2002. Disponível em: <<http://www.estadosgerais.org>>. Acesso em: 05 out. 2006.

<sup>217</sup> EHRENREICH, Bárbara. The economics of cloning *apud* CORREIA, 2003.

#### 4.1.4 A esterilidade como negócio

A medicina e a tecnologia se revelam atualmente, mais que nunca, um produto da combinação entre o discurso científico e o discurso capitalista. Um mercado que se expõe como mais-valia, que obedece a um apetite cego e sem limites, sem ter o que o impeça; a oferta de uma tentação, sob a forma de possibilidade de escolha, grande demais para que se possa resistir<sup>218</sup>.

Desse modo, as novas tecnologias reprodutivas se oferecem como uma realidade ao consumidor, numa relação onde os resultados veiculados pela propaganda, muitas vezes ilusórios e imprecisos, têm seu espaço garantido. Não é claro, transparente e linear o caminho que vai do desejo pelo filho ao nascimento de uma criança; no entanto, são essas lacunas que a mitologia científica tenta e é chamada a preencher. Tecnologias de procriação se associam à investigação e à terapia genética, associação não muito distante de um ideal eugênico.<sup>219</sup>

Por outro lado, não se pode desconsiderar que os riscos estarão sempre presentes na utilização destas técnicas, mormente na ausência de uma legislação que as organize ou que estabeleça critérios e responsabilidades pelos descaminhos que podem, certamente, envolver a vida e os direitos da mulher, do homem e da criança nascida sobre tais intervenções.

Até a presente data não há lei especial que regule a utilização das novas tecnologias reprodutivas no país, embora já existam projetos de lei visando estabelecer critérios e responsabilidades na medicalização da reprodução humana.

Em que pese, muitos países já disporem de legislação especial sobre o tema, no Brasil dispomos tão somente da Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece algumas normas éticas a fim de nortear os procedimentos clínicos, não sendo evidentemente, dotada de *jus cogens*, o que significa que na

---

<sup>218</sup> QUINET, 2002.

<sup>219</sup> *Ibid.*

prática, cada clínica de reprodução assistida acaba estabelecendo suas próprias diretrizes de funcionamento.

Frente à gama de possibilidades que se apresentam à mulher e ao homem, envolvendo a realização do seu projeto de parentalidade exsurtem uma série de indagações. Como aquelas que assentem à possibilidade da escolha do sexo do bebê, ou, de seus caracteres genéticos, sem qualquer razão relevante.

São questionamentos desse gênero que conduziram a doutrinadora Oliveira, a concluir que as novas tecnologias de reprodução conceptivas propiciam a materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos e potencializam a exploração de classe, basta que se possa pagar por elas. O recorte de classe é o sustentáculo de tais desejos, cujas decorrências são: exploração de classe (mulheres e casais ricos custeiam o “tratamento” das pobres e assim se livram da super hormonização e obtém óvulos): o tráfico e a comercialização de embriões: sêmên, óvulos: (havendo vários sites que comercializam óvulos) a industrialização e a venda de óvulos obtidos do tecido ovárico de mulheres ainda vivas, de cadáveres de mulheres e de fetos abortados.

À medida que as tecnologias conceptivas se expandem, sua concepção industrial, também cresce: os óvulos tornam-se matéria prima e são tirados de um ovário de uma mulher para serem implantados no útero de outra. Essas mulheres são consideradas procriadoras, como animais de procriação vendidas como tais<sup>220</sup>.

Em matéria veiculada na revista *Veja*, intitulada “Em busca do bebê perfeito-butiques de sêmên, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês” o jornalista Daniel Hessel Teich descreve um cenário real de uma clínica de reprodução assistida no Brasil:

No admirável mundo novo das clínicas com seus bancos de sêmên e catálogo de doadoras de óvulos, fazem-se as mais incríveis combinações. Tia que gera a sobrinha porque a cunhada morreu. Embriões congelados, órfãos de pais milionários vítimas de acidente cuja fortuna ninguém sabe para onde vai. Mulheres que brigam com seus maridos por discordar da cor

---

<sup>220</sup> OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética** - O sétimo dia da criação. Editora Moderna. Rio de Janeiro 1995. 4ª edição, p. 45.

dos olhos ou da textura dos cabelos do doador do sêmen que vai permitir o nascimento do primeiro filho do casal. Ou o pai de origem árabe que manda jogar no lixo três embriões sadios prontos para ser implantados na mulher infértil – apenas porque eram do sexo feminino. Perto disso tudo, a jogada de marketing do fotógrafo americano Ron Harris, que abriu na semana passada um leilão on-line de óvulos de três belas modelos, empalidece. Harris, um sujeito de passado duvidoso, suspeito de patrocinar sites de pornografia na Califórnia, pede um mínimo de 15.000 dólares por óvulo de suas beldades (a se verificar no endereço [www.ronsangels.com](http://www.ronsangels.com)). Existem centenas de mulheres oferecendo-se para doar óvulos na internet. Harris é o primeiro a admitir abertamente ser apenas um intermediário e que os óvulos trocarão de útero mediante pagamento em dólares. Cobrar para ser mãe de aluguel ou doar óvulos são práticas comuns no mundo da reprodução artificial, embora dificilmente se encontre quem abra o jogo sobre elas. Talvez por isso o despudorado Harris tenha atraído tanta publicidade<sup>221</sup>.

Por conseguinte, as crianças advindas de tais técnicas, os tecidos e células humanas passam a ser vislumbrados como artigos de consumo capazes de serem produzidos pelo mercado biotecnológico.

De tal modo, que não se pode refutar que o mercado biotecnológico tenha alcançado projeção internacional. Ora, almejando burlar as restrições legais de determinado país, ora logrando alcançar substrato mais barato nos países subdesenvolvidos (p.ex.: mães de aluguel pagas a menor preço), é dessa forma que constatamos uma expansão, inclusive, a nível internacional do negócio que se tornou a fecundação artificial.

Esse, aliás, é o mesmo posicionamento de Aminatta Forna:

O negócio da reprodução assistida hoje se estende para muito além do laboratório, envolvendo patentes de técnicas e produtos, investimentos de alto nível, especuladores e capitalistas operando no campo volátil e potencialmente lucrativo da biotecnologia, controle acionário de empresa, pagamentos e dividendos e compra e venda- tudo o que se encontra normalmente num empreendimento comercial. O lucro com a criação dos sonhos é imenso e tem um potencial ainda maior<sup>222</sup>.

Por outro lado, à medida que diminui o número de filhos por casal, pressiona-se para que sejam cada vez mais perfeitos. Por isso, é possível vislumbrar em um

---

<sup>221</sup> TEICH Daniel Hessel. Thais Oyama e Claudio Rossi. Em busca do bebê perfeito-butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês” **Revista Veja**. Edição – 1622, 03/11/99

<sup>222</sup> FORNA, Aminatta. Mãe de todos os mitos como a sociedade modela e reprime as mães *apud* BRAUNER, 2003, p. 56.

futuro não muito distante, que se a eugenia for além, para de fato projetar bebês que se beneficiem de todos os avanços da genética, muito provavelmente, os casais (mesmo os férteis) tenderão a optar pela concepção artificial.

No final do século XX, o escritor britânico Francis Galton<sup>223</sup>, escreveu um romance intitulado *Kantsaywhere*, em que descrevia uma utopia eugênica.<sup>224</sup> Após o exame de suas características genéticas, os habitantes de *Kantsaywhere* com material genético inferior eram destinados ao celibato em colônias de trabalho. Os que recebiam um "certificado de segunda classe" podiam se reproduzir "com reservas" e os bem qualificados eram encorajados a casar entre si. Partindo da mesma premissa, o filme *Gattaca* de 1997, produzido nos estúdios Holiwoodianos, esboçava uma versão moderna de um paraíso eugênico em que a procriação ocorria por fertilização *in vitro* e só eram implantados embriões sem defeitos genéticos. Nos referidos exemplos ficcionais, pode-se inferir claramente, certas semelhanças, uma vez que, tanto em *Kantsaywhere* quanto em *Gattaca* as questões éticas levantadas são as mesmas, e ambos reproduzem na ficção, uma realidade que já começa a ser visualizada nas clínicas de reprodução assistida: a nova eugenia do séc. XXI.

#### **4.1.5 A esterilidade como fator legitimador das técnicas de reprodução humana assistida?**

O enfoque biomédico, consoante com os paradigmas da moderna ciência ocidental, passou a definir e tratar a doença enquanto um transtorno funcional, orgânico e individual, cabendo ao médico restaurar nos indivíduos sua 'normalidade' funcional, produtiva e reprodutiva. Como a medicina exhibe uma série de conotações acerca da concepção de saúde reprodutiva e sexual, na perspectiva adotada pelo saber médico, em sentido estrito a legitimação médica da Fivete é realizada quando se diagnostica uma anomalia anatômica ou funcional que impede a procriação.

---

<sup>223</sup> Credita-se a esse autor a criação da terminologia eugenia em sua obra de 1883, *Inquires into Human Faculty and its Development*

Todavia, sua legitimidade é questionável, frente ao problema social da infertilidade, já que tais técnicas não resolvem a “enfermidade” apresentada pelo indivíduo, mas tão somente possibilitam em dado momento, a reprodução humana, pois, conforme restou exaustivamente aduzido, não existe uma cura para a esterilidade, de modo que os ideais de saúde no sentido de tratamento para o mal de origem física restariam supérfluos.

Bem assim, sopesando a sobrecarga emocional que envolve esse projeto, não se pode desconsiderar que também não se destinam a resolver os problemas de origem psíquica, conforme insistem alguns doutrinadores<sup>225</sup>.

Como é sabido o tratamento clínico para engravidar costuma estar aliado a profundos desgastes físicos e psíquicos, uma verdadeira alquimia de angústia, esperança, tensão, frustração, ligada a conceitos e preconceitos culturais, preocupações com as questões econômicas, pressões sociais e familiares. Homens e mulheres são acometidos em seu íntimo, de todas as formas, além de que experienciam ressentimentos e culpabilização mútuos.

Todos estes altos e baixos são de uma violência gigantesca, que chegam a ameaçar a sanidade mental da pessoa que os vivencia, provocando uma verdadeira desordem em sua vida quotidiana, refletindo, inclusive, na convivência com seus familiares e amigos, pois, ainda, quando o tratamento é bem sucedido, estudos revelam que a maior parte das mulheres continua a considerar-se como infértil, adotando posturas que são inapropriadas para a condução de uma gestação normal.

Os estudiosos no assunto explicam que a negação da gravidez, nestes casos, ocorre como uma defesa contra o novo sofrimento em caso de perda, mas, não é compatível com a vivência saudável da gravidez e vai colocar posteriormente problemas na relação mãe-bebê.

---

<sup>225</sup> Nesse sentido, Tycho Braile Fernades, “As técnicas de reprodução assistida, embora não possam ser consideradas como terapia física, deverão ser aceitas como terapia emocional, o que já extremamente importante”. FERNANDES. *A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito*, 2000 p. 59

Outros estudos ainda apontam para o surgimento de diversos problemas de ordem afetiva dentro da família, justamente pela quebra do vínculo e pelo sentimento de inferioridade que é acometido aquele que membro do casal que não é o progenitor genético da criança, muitas vezes vindo a sentir-se menos “pai” ou menos “mãe”. E não raro tal sentimentos tendem a exteriorizar-se por meio de complicações nas relações familiares<sup>226</sup>.

Pelo exposto, denota-se que as aludidas técnicas, podem suscitar prejuízos ainda maiores à saúde em sua acepção psíquica, comprometendo não apenas à dos genitores, que ensejaram tal projeto, e inevitavelmente deverão atravessar por um ciclo mensal de esperança-perda, marcado por imensurável sofrimento, mas, sobretudo, podendo vindo a refletir-se no aspecto psicológico da criança concebida, que inevitavelmente será vislumbrada como uma prótese, como um substitutivo, de uma função perdida da pessoa estéril, que não reabilita com os procedimentos de reprodução assistida, já que a esterilidade não tem cura<sup>227</sup>.

Do mesmo modo poderão implicar no risco de consolidar a idéia de um filho “como propriedade”, ou nas palavras do Relatório Warnock, fortalecem os “impulsos de perpetuar os próprios genes através de uma nova geração, e decidir em um desejo narcisista de projetar-se no filho biológico<sup>228</sup>”.

Outro aspecto bastante relevante sobre a temática, concerne ao modo como a medicina cria significados sociais com relação às novas técnicas reprodutivas que incidem em modificações em nossos costumes.

A experiência psicológica da infertilidade para o casal pode caracteriza-se em muitos casos, por um sofrimento acentuado, uma sensação de perda dolorosa, associada à sensação de perda de controle do próprio corpo, tristeza, decepção e sentimento de fracasso.

---

<sup>226</sup> CAMARGO, 2003, p. 92.

<sup>227</sup> JUNGES. José Roque. Op. cit. 2003, p. 158.

<sup>228</sup> WARNOCK. Mary *apud* AÑÓN, 1999, p. 200.



Mas, entre as matérias publicadas na imprensa sobre RA há poucas referências à adoção de crianças como uma possibilidade, também desejável, para driblar a ausência involuntária de filhos, pelo contrário, essa possibilidade é sempre considerada subsidiária e como uma forma de aliviar “um pouco” a frustração de casais ou pessoas sem filhos, sem os satisfazer plenamente. O *status* conferido a cada uma destas formas de contornar a infertilidade é de diferença tamanha que os casais, cuja infertilidade a tecnologia ainda não poderia superar, são animados a continuar à espera do acelerado desenvolvimento tecnológico que, teoricamente, superaria todas as formas de infertilidade.

Por todas as razões antes expendidas é que se questiona a legitimidade das técnicas de reprodução assistida frente ao problema social da esterilidade, não somente por não conduzirem a uma cura em potencial, mas também por não representarem o único meio idôneo de satisfação do desejo de ter um filho.

#### **4.1.6 A esterilidade como fator limitador das técnicas de reprodução humana assistida?**

Como bem salienta RIOS:

[...] nos tempos atuais da civilização tecnocientífica a estrutura da família se altera na linha de direção de um filho encomendado e programado, diversamente do que ocorria no passado em que o filho era considerado uma dádiva, um dom<sup>229</sup>.

Nos dias de hoje com a manipulação de material genético, o DNA, e através de sua decodificação é plenamente factível a identificação do código genético de certas doenças que num futuro próximo poderiam atingir a pessoa. Outrossim, a prática da eugenia ativa para escolher as características físicas do filho configura-se uma realidade plenamente palpável<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> RIOS, André Rangel. Bioética no Brasil. Rio de Janeiro: espaço e tempo, 1999 *apud* GAMA, 2005, p. 91.

<sup>230</sup> Nesse sentido, MARTINEZ, Stella Maris *apud* GAMA, 2005, p. 92. “ la agnitude de estos avances demuestra ala posibilidad real de llevar a cabo programas de eugenesia activa, em los cuales

Em face disso, muitos doutrinadores<sup>231</sup> pugnam para que a esterilidade seja referendada como fator limitador para a utilização dos procedimentos clínicos de modo que se possa evitar que casais na plena potencialidade de suas funções reprodutivas façam uso preferencial pelas referidas técnicas, por motivações irrazoáveis, ou visando melhor selecionar a qualidade do produto final - o filho.

Em outros termos, devem funcionar como limite para frear os hipotéticos abusos que se possam produzir, operando inclusive, como limitadores das práticas e das modalidades que possam aleijar de alguma medida os modelos tradicionais de família<sup>232</sup>.

Mas, a despeito de se reconhecer que a prática da eugenia se apresenta uma realidade nas clínicas de reprodução assistida, ousa-se dissentir, no tocante ao fato de que a esterilidade deva configurar como o tal elemento limitador das mesmas. A prática da eugenia deve ser afastada antes, por leis severas, que proíbam qualquer tipo de escolha em relação á seleção do material genético, de modo a aproximar ao máximo a concepção assistida da concepção natural.

Indubitavelmente, restará inócuo se reconhecer a esterilidade como agente limitador, já que tão somente acabaria por cercear o acesso de casais férteis, mas não teria o condão de afastar as práticas eugênicas, por casais inférteis. Dessa forma, torna-se imperioso a produção das medidas coercitivas necessárias, a fim de para afastá-las peremptoriamente, de quem quer que seja, posto que condenáveis.

Insta reconhecer o fato de que esterilidade como agente limitador, impediria que pessoas solteiras férteis, ou casais homossexuais fizessem uso das referidas tecnologias reprodutivas. Mas, tendo em vista que tal questão se instala em terreno

---

mediante manipulación genética se defina el sexo, el colorde los ojos o la contextura física de los individuos por nacer. Es más, nos es dsacertado imaginar la sellection hipotética de um individuo perfecto- según los cânones culturales vigentes em determinado momento histórico- y subsecuente produtcción, medainte clonación, de individuos em serie, idénticos al modelo. O por el contrario, suponer la creación de baijíssimo nivel intelectual pero dotados de extraordinária fuerza física, a los que se destine a la realización de lãs tareas más rudas.

<sup>231</sup> Poderíamos elencar nesse rol Guilherme da Gama, Alice Mignon Almeida, Carlos Lema Anon, Léo Pessini, Juliana Frozel Camargo, Brauner, Maria Helena Diniz, dentre outros.

<sup>232</sup> AÑÓN, 1999, p. 156.

de bastante controvérsia, tais considerações serão tecidas de maneira detalhada, em capítulo particularizado.

## 4.2 VERTENTES RELIGIOSAS

### 4.2.1 A posição da igreja católica

As procriações medicamente assistidas tornaram possível uma procriação sem relação sexual graças ao encontro *in vitro* das células germinais retiradas do homem e da mulher. O que é tecnicamente possível, não é, porém, moralmente admissível. Ou, melhor dizendo, a possibilidade técnica não tem o condão de atribuir moralidade a uma conquista de natureza médica, pelo menos na ótica da Igreja católica.

Se a procriação de uma nova vida só pode ser fruto do casamento, a fecundação artificial - fora do casamento - é pura e simplesmente condenada como imoral. Em decorrência, a condenação da inseminação artificial fora da união conjugal.

Em 1897, a Igreja Católica pronunciou pela primeira vez seu entendimento sobre o assunto, o Santo Ófício, por meio da Sagrada Romana Inquisição, reputou as técnicas reprodutivas como moralmente ilícitas<sup>233</sup>.

No mesmo sentido, o Papa Pio XII, em 29 de Setembro de 1949, recebeu os participantes do IV Congresso Internacional de Médicos Católicos e proferiu idêntico entendimento acerca da fecundação artificial. Em breves linhas ressaltam-se suas principais considerações:

- 1) A prática da fecundação artificial, uma vez que trata do homem, não pode ser considerada exclusivamente, nem mesmo principalmente, sob o aspecto biológico e médico, deixando de lado o da Moral e do Direito;
- 2) A fecundação artificial fora do matrimônio é condenada pura e simplesmente como imoral. De fato, segundo a Lei Natural e a Lei Divina Positiva, a procriação de uma nova vida não pode ser fruto senão do

---

<sup>233</sup> MEIRELLES, 1998, p. 49.

matrimônio. Só o matrimônio salvaguarda a dignidade dos esposos (principalmente da mulher no caso presente), dignidade que constitui um direito pessoal. De si, só o matrimônio provê ao bem e à educação da criança. Por conseguinte, divergência alguma de opinião é possível entre católicos sobre a condenação da fecundação artificial fora da união conjugal. O filho concebido nessas condições será, ipso facto, ilegítimo.

3) A fecundação artificial dentro do matrimônio, mas produzida pelo elemento ativo de um terceiro (inseminação heteróloga), é igualmente imoral e, como tal, deve ser reprovada sem apelo. Só os esposos possuem um direito recíproco sobre os corpos em vista

da procriação de uma nova vida, direito exclusivo, inacessível, inalienável. E isso deve ser assim também em consideração da criança. A quem quer que dê a vida a um ser, impõe a natureza, exatamente em virtude desse laço, o encargo de sua conservação e educação.

Ora, entre o esposo legítimo e a criança, fruto do elemento ativo de um terceiro (ainda que com o consentimento do esposo) não existe laço algum de origem, laço algum moral e jurídico de procriação conjugal.

4) Quanto à liceidade da fecundação artificial no casamento, baste-nos, por agora, relembrar os seguintes princípios do Direito Natural: o simples fato de ser atingido por essa via o resultado que se visa, não justifica o emprego do meio em si mesmo (os fins não justificam os meios).

Nem o desejo, em si muito legítimo dos pais de ter filhos, é suficiente para provar a legitimidade do recurso à fecundação artificial, que realizaria esse desejo.<sup>234</sup>

E mais à frente o Santo Padre continua:

Ainda que não se possam excluir 'a priori' os novos métodos, só por serem novos, contudo, no que toca à fecundação artificial, não só se deve usar de extrema reserva, mas é necessário absolutamente reprová-la. Assim falando, não se rejeita necessariamente o emprego de certos meios artificiais destinados unicamente a facilitar o ato conjugal ou a fazer atingir sua finalidade o ato natural normalmente realizado (*Discurso de Pio XII em 29 de Setembro de 1949 aos participantes do IV Congresso Internacional de Médicos Católicos em Castel Gandolfo*)<sup>235</sup>.

Ademais, considerou o Pontífice, nessa oportunidade, que o uso das técnicas não solucionam o problema da infertilidade<sup>236</sup>.

A Igreja condena ainda a obtenção do sêmen por meio de poluição, masturbação, onanismo ou por meio de alguma prática anticoncepcional (Santo Ofício, 24 de

<sup>234</sup>Discurso de Pio XII em 29 de Setembro de 1949 aos participantes do IV Congresso Internacional de Médicos Católicos em Castel Gandolfo  
Disponível em: <<http://montfort.org.br/index.php?secao=cartas&subsecao=ciencia&artigo&lang=bra>.  
Acesso em: 05/12/2006.

<sup>235</sup>*Ibid*

<sup>236</sup>MEIRELLES, 1998, p. 51

Março de 1897; Discurso de Pio XII em 19 de Maio de 1956 ao II Congresso Mundial de Fecundidade e Esterilidade reunido em Nápoles). No mesmo sentido, declina-se o posicionamento proferido na sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, que reitera a gravidade do ato da masturbação, considerando-o “como abominação das abominações”.<sup>237</sup>

Apregoando uma espécie de terapia da fé, de modo a tentar consolar as frustrações daquele que não pode conceber uma criança biológica. Acaba por indicar a adoção como único caminho condizente aos ditames da moral cristã de realizar o desejo por um filho, salientando, outrossim, que o casal deve batizar a criança, se ela não o for (ou não o for validamente), e educá-la dentro dos preceitos da religião.

O posicionamento da igreja católica tem-se mantido, desde então, prova disso é a Instrução *Donum Vitae*, divulgada em 1987, pelo então papa João Paulo II<sup>238</sup> e *Evangelium Vitae*” Carta Encíclica de João Paulo II, sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana em 25 de março de 2003.

Quanto ao Fivet homólogo dispõe *Donum Vitae*:

[...] a Igreja permanece contrária, do ponto de vista moral, à fecundação homóloga ‘in vitro’; está é, em si mesma, ilícita e contrária à dignidade da procriação e da união conjugal, mesmo quando se tomam todas as providências para evitar a morte do embrião humano.

Já quanto à fecundação artificial heteróloga aduz o mencionado documento:

[...] é moralmente ilícita a fecundação de uma esposa com o esperma de um doador que não seja seu marido e a fecundação com o esperma do marido de um óvulo que não provém da sua mulher. Além disso, a fecundação artificial de um mulher não casada, solteira ou viúva, seja quem for o doador, não pode ser justificada moralmente

Há casos em que os embriões excedentes são destinados à pesquisa e a experimentação, quando não são descartados. Servem de material biológico para experimentos. A esse respeito o Santo Padre em sua encíclica *Evangelium Vitae* adverte:

<sup>237</sup> Scarparo. Mônica Sartori. Op. cit, 1991, p. 27.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p.51

A avaliação moral do aborto deve aplicar-se também às recentes formas de intervenção sobre embriões humanos, que, não obstante visarem objetivos em si legítimos, implicam inevitavelmente a sua morte.... impõe-se afirmar que o uso de embriões ou de fetos humanos como objeto de experimentação constitui um crime contra a sua dignidade de seres humanos, que têm direito ao mesmo respeito devido à criança já nascida e a qualquer pessoa.

A mesma condenação moral vale para o sistema que desfruta os embriões e os fetos humanos ainda vivos - às vezes "produzidos" propositadamente para este fim através da fecundação in vitro - seja como "material biológico" à disposição, seja como fornecedores de órgãos ou de tecidos para transplante no tratamento de algumas doenças<sup>239</sup> (EV 65).

À luz da ciência (biologia e da genética) a Igreja defende a vida humana desde a concepção. Na Encíclica *Evangelium Vitae* são propalados os seguintes ensinamentos:

Alguns tentam justificar o aborto, defendendo que o fruto da concepção, pelo menos até um certo número de dias, não pode ainda ser considerado um vida humana pessoal. Na realidade, porém, a partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se um nova vida que não é a do pai nem a da mãe, mas sim a de um novo ser humano que se desenvolve por contra própria. Nunca mais se tornaria humana, se não o fosse já desde então.

O ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção (E.V. 60).

Portanto, no caso de uma lei intrinsecamente injusta, como aquela que admite o aborto ou a eutanásia, nunca é lícito conformar-se com ela, <nem participar numa campanha de opinião a favor de uma lei de tal natureza, nem dar-lhe a aprovação com o próprio voto (E.V. 73)

Mas, sobre o que condiz à temática analisada no âmbito desse trabalho, cumpre explicitar que o Papa Pio rememorando o principio do direito natural através do qual nem sempre a bondade dos fins justifica os meios empregados, avaliou que as técnicas artificiais devem ser rejeitadas, pois, se apresentam imorais e absolutamente ilícitas, em que pese compreender que o desejo insatisfeito da paternidade e da maternidade é sentido como um sacrifício penoso e doloroso para os pais animados de intenções nobres e sadias.

Nessa ordem de ideais, convém explicitar suas considerações sobre a inexistência de um direito á reprodução:

---

<sup>239</sup> Disponível em: <http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc26784>. Acesso em 15/12/2006

O contrato nupcial não dá esse direito, porque não tem como objeto um filho, mas os atos naturais que são capazes de gerar uma vida e destinados a isso. [...] Os dois aspectos – unitivo e procriativo - da sexualidade são inseparáveis. Jamais se poderiam separar esses aspectos, até o ponto de excluir positivamente quer a intenção procriativa, quer a relação conjugal<sup>240</sup>.

Portanto, pode-se inferir visivelmente que a igreja católica tanto não se manifesta favorável ao emprego das mencionadas técnicas, quanto não julga plausível o reconhecimento de um direito à procriação.

#### **4.2.2 Posicionamentos conferidos por outras religiões e doutrinas da fé sobre as técnicas de reprodução assistida**

Do mesmo modo que a igreja católica, a igreja presbiteriana também apresenta uma oposição ferrenha ao tema da procriação artificial. Tal fato se deve, mormente, a postura de duas tradições religiosas frente aos fins do casamento, que para ambas se subsumem na função procriativa do casal, relegando, portanto, a participação de terceiros nesse processo. Não obstante, inadmitirem também a reprodução homóloga<sup>241</sup>.

Conforme explica Ecio Perin, a igreja anglicana ocupa uma posição especial em relação à matéria controvertida. Se por um lado aproxima-se em muito, da posição católica, por outro apresentam notas que se distancia do tratamento da teologia da Santa Sé. Com posições antagônicas; uma firme tendência majoritária e uma tendência dissidente<sup>242</sup>.

A tendência majoritária aceita a inseminação entre marido e mulher (homóloga), após a tentativa da relação sexual normal, o que é considerado legítimo. E mais: na ausência de outra alternativa, a masturbação é admitida<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> SCARPARO. Monica Sartori. Op. cit., 1999, p. 101.

<sup>241</sup> PERIN JUNIOR, 2002.

<sup>242</sup> PERIN JUNIOR, 2002.

<sup>243</sup> *Ibid.*

No que concerne à inseminação artificial heteróloga, a introdução de esperma estranho ao marido constitui uma ruptura do casamento. Do mesmo modo que ocorre no catolicismo, a inserção deste elemento alheio ao casal, configura ruptura do casamento porque viola a união exclusiva do homem e da mulher<sup>244</sup>.

Mas, em oposição a esta tendência mais tradicional, uma tendência minoritária - mas cada vez mais crescente - entende que o objetivo procriativo pode conduzir a um maior desenvolvimento da tolerância<sup>245</sup>.

Na visão do judaísmo, o casamento e a procriação são as primeiras obrigações do homem. Homem e mulher judeus devem ter filhos. O objetivo máximo do casamento continua sendo o de produzir uma descendência legítima. Por isso mesmo, essa religião se opõe fundamentalmente à prática da inseminação artificial, tendo em vista que uma mulher judia cujo marido é estéril, não pode se submeter a uma inseminação com o esperma de um terceiro. Assim, a inseminação de mulheres casadas pelo esperma de um doador estranho não poderia religiosamente criar laços de parentesco entre a criança e o marido<sup>246</sup>. O mesmo se diga com relação à técnica da gestação por substituição, igualmente repreendida na concepção desta religião.

A Seicho-no-iê também inadmite esses métodos por julgá-los anti-naturais.<sup>247</sup>

Por sua vez, a Igreja muçulmana submete-se rigorosamente aos ensinamentos tirados do Alcorão. O livro sagrado dos muçulmanos, dentro de um fatalismo radical, assim se refere à esterilidade: "Allah cria o que ele quer, ele concede a uns filhos, dá a outros crianças macho [...] Ele torna também estéril quem ele quer". Desse modo torna-se notório que sua doutrina condena a veiculação de métodos artificiais que impliquem no nascimento de uma criança<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> *Ibid.*

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> SCARPARO, Op. cit. 1991, p. 27.

<sup>248</sup> PERIN JUNIOR, 2002.



Mas em posição diametralmente oposta encontra-se a umbanda que admite a utilização das técnicas, por conceber que o homem deva usar sua inteligência para superar suas próprias limitações, mas sempre estando ciente que a vida deriva de Deus<sup>249</sup>.

No mesmo sentido, a doutrina espírita, também reconhece legitimidade das técnicas artificiais, pois, vislumbra nas conquistas científicas “um esforço na busca pela verdade<sup>250</sup>”.

---

<sup>249</sup> SCARPARO, 1991, p. 27

<sup>250</sup> *Ibid*

## 5 DEBATE JURÍDICO: DIREITO OU FACULDADE DE TER UM FILHO?

### 5.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE TER FILHOS?

O temário sob comento remete sempre inevitável questionamento acerca da existência de um direito subjacente à reprodução humana. E nesse passo, se for possível concebe-lo, surgirá como quesito de primeira ordem a classificação desse direito: seria apropriado considera-lo direito subjetivo ou direito fundamental, em suma, em qual categoria de direito trata a doutrina que perfilha a necessidade de proteção jurídica para o ato de procriação?

Comentando o assunto, Guilherme Nogueira da Gama, julga conveniente o tratamento a respeito de um direito à reprodução como uma das manifestações dos direitos fundamentais, já que, vislumbra certa correlação entre o mesmo e outros direitos dessa mesma natureza, a exemplo do direito à inviolabilidade da vida humana, o direito ao planejamento familiar, o direito de proteção à saúde, dentre outros, tendência, aliás, seguida majoritariamente, pelos autores que compartilham essa mesma corrente de pensamento<sup>251</sup>.

Ademais, outra justificativa se mostra plausível para essa inferência, é o fato de que enquanto direito fundamental, a reprodução humana, encontrará limites, não sendo, portanto, considerado um direito absoluto, já que haverá restrições baseadas em outros interesses que não os da própria pessoa que deseja ter filhos<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> GAMA. Guilherme Oliveira. Op. cit, 2005 p. 708-710

<sup>252</sup> *Ibid*, p. 732.

Como se sabe os direitos subjetivos costumam ser explicados através de três principais teorias: a teoria da vontade, formulada pelo jurista Jellinek, a teoria do interesse proposta por Ihering, e a teoria mista de Windscheid, a qual congrega os elementos vontade e interesse.

A despeito dos doutrinadores sustentarem um direito consubstanciado na autonomia de vontade privada dos indivíduos, não desconsideram em absoluto a esfera de interesses da futura criança, na medida, que o próprio dispositivo que prevê a livre decisão de constituição familiar também estipula princípios norteadores, quais sejam o da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável, daí, portanto, a ilação de que o pretense direito se adequaria de melhor modo, na categoria dos direitos fundamentais, que admitem por sua própria natureza certas restrições por não se basearem isoladamente na vontade e no interesse de seus detentores.

Desse modo, pretende-se analisar mais especificamente os direitos fundamentais e tecer algumas considerações indispensáveis para sua precisa compreensão.

Preliminarmente, insta advertir que uma pluralidade de autores adotam terminologias diferenciadas para designar o mesmo fenômeno, tornando-se, assim, curial a eleição de uma doutrina consagrada por sua proficiência. Mesmo no direito comparado, verificam-se uma variada gama de denominações referindo-se ao conceito de direitos fundamentais, a exemplo de direitos naturais, direitos humanos, liberdades individuais, liberdades fundamentais e liberdades públicas, direitos do homem, direitos fundamentais do homem.

Nesse particular, Ingo Wolfgang Sarlet, que também diagnostica a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, demonstra essa dificuldade, inclusive, no bojo do próprio texto constitucional, onde se pode vislumbrar as seguintes denominações: direitos humanos, (art.4º inc. II) direitos e garantias fundamentais, (art 5º, §1º) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV)<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29 *apud* FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editor Arnaldo Oliveira Junior, 2003, p. 187.

Entrementes, para fins desse trabalho, julga-se de extrema desnecessidade adentrar nos significados específicos dos termos referidos, não cabendo aqui refutar uma por uma estas nomenclaturas, mas apenas mencionar que o termo "direitos fundamentais" encerra menores problematizações teóricas, já que é possível encontrar na doutrina várias objeções a outros termos, tais como "direitos do homem", repudiado pelo feminismo<sup>254</sup>.

Em que pese às dificuldades apontadas acima, como lembrado por Alexandre de Moraes, apresenta-se a definição de direitos fundamentais, nos seguintes termos:

[...] considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana<sup>255</sup>.

São, portanto, regras que devem ser respeitadas por todos e para todos os membros do grupo social. Consoante nos lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho o Estado está no pólo passivo dos direitos fundamentais, mas não fica sozinho, visto que todos estão adstritos a respeitá-los<sup>256</sup>.

Os direitos fundamentais podem ainda ser definidos como: o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Neste sentido, o conceito expresso pela doutrina que se elege mais condizente com a história e a realidade social hodierna é o propalado pelo emérito professor José Afonso da Silva, para quem a expressão "Direitos Fundamentais do homem" corresponde:

[...] a expressão mais apropriada a fim de designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Para

<sup>254</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 107.

<sup>255</sup> MORAES Alexandre, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. Editora: Atlas 6ª edição, 2006, São Paulo, p. 46-7

<sup>256</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 103

o autor, no qualificativo “fundamentais” se insere as situações jurídicas indispensáveis à convivência, realização e sobrevivência humana; carecendo não apenas de um reconhecimento formal, mas de uma efetivação concreta e material<sup>257</sup>.

Por seu turno, Peces-Barba, citado por este mesmo autor, conceitua direitos fundamentais:

*[...] facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo de Estado en caso de infracción*<sup>258</sup>.

Em face da importância que assumem no ordenamento jurídico, a doutrina tem buscado explicar os direitos fundamentais a partir de quatro planos de análise: formal, material, funcional e estrutural.

No plano formal e material, Jane Reis Gonçalves Pereira os distingue da seguinte forma:

Do ponto de vista *formal*, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista *material*, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo<sup>259</sup>.

De outro vértice, é no plano funcional em que se desdobram as duas funções das normas (regras e princípios) de direitos fundamentais, ou nas palavras da autora:

Por um lado, atuam no plano *subjetivo*, operando como garantidores da liberdade individual, sendo que esse papel clássico somam-se, hoje, os aspectos sociais e coletivos da subjetividade. De outro lado, os direitos ostentam uma função (ou dimensão) *objetiva*, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado.<sup>260</sup>

<sup>257</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 176-177.

<sup>258</sup> PECES-BARBA Gregório. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, s.l., Madrid, 2004 *apud* SILVA, 2000, p. 182-183.

<sup>259</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

<sup>260</sup> *Ibid.*, *id.*

No que concerne a análise estrutural, assume relevo a apreciação morfológica das normas que veiculam os direitos fundamentais. Nesse prisma, é imprescindível o seu exame a fim de se identificar as normas devem ser entendidas como regras ou como princípios, ou seja, se o sistema de direitos fundamentais deve compreendido como um acervo composto apenas por normas-regras, apenas por normas-princípios, ou por ambas as espécies normativas<sup>261</sup>.

Canotilho também especifica que:

[...] muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa<sup>262</sup>.

Necessário também, diante dessa abordagem, ressaltar que os direitos fundamentais podem ser classificados como: formalmente constitucionais e os direitos fundamentais sem assento constitucional.

Nesse sentido, Canotilho afirma que:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite [...], porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais<sup>263</sup>.

Chega-se assim, ao ponto de maior interesse nesse estudo. É fato que Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consagra um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais e

---

<sup>261</sup> PEREIRA, 2006, p. 77.

<sup>262</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 88.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 89.

dessa forma não se caracteriza por ser um sistema fechado, pois, a mesma expressamente abriu o catálogo para outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º da CRFB/88). Conforme já anteriormente comentado, a Emenda Constitucional n. 45 incluiu, em seu art. 5º, parágrafo 3º, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Verifica-se, assim, que o texto constitucional não esgota o elenco dos direitos fundamentais, podendo haver direitos fundamentais dispersos na constituição, bem como fora dela, cabendo ao intérprete extraí-los do sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional, no infraconstitucional, como também no âmbito internacional.

E como nossa Carta Magna não explicita de forma peremptória em seu texto um direito à reprodução, acaso esse direito exista derivará de uma interpretação de ordem hermenêutica de princípios e outros direitos que com o mesmo mantenham certa correlação.

De modo que no próximo tópico serão apresentados os principais argumentos da doutrina que depreende um direito relativo à procriação, a partir da interpretação de outros dispositivos e princípios de índole constitucional.

## 5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO À REPRODUÇÃO

Os argumentos que lastreiam a corrente que pugna pelo reconhecimento de um direito relativo a procriação, podem assim ser cotejados:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, donde se extraem o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, além da previsão do direito de fundar uma família, nos termos dos artigos III, VII e XVI, 1.

As Conferências do Cairo de 1994, a de Pequim e de Copenhague, ratificada pelo Brasil, que dentre outras determinações, consagram os direitos reprodutivos na categoria dos direitos humanos, conquanto o Supremo Tribunal Federal jamais tenha se manifestado em nenhuma decisão que conferisse às conferências Internacionais aludidas, status, sequer de lei ordinária, conforme demonstramos no primeiro capítulo deste trabalho.

Entrementes, a doutrinadora Samantha Buglione<sup>264</sup>, considerando a ratificação pelo Brasil, da Convenção de Cairo de 1994, examina que os documentos básicos dessas Conferências, mesmo não apresentando status de textos legais, por configurarem-se, a partir de seus princípios básicos, aprovados por consenso pelos Estados-membros das Nações Unidas, como fonte do direito, que devem ser incorporadas na sua interpretação.

Na Conferência aduzida ficou consignada em seu capítulo 7º a definição da Organização Mundial de Saúde para a "saúde sexual" como parte integrante da saúde reprodutiva, afirmando que a saúde reprodutiva é um estado geral de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos<sup>265</sup>.

Conseqüentemente, a saúde reprodutiva implica na capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória, podendo decidir se, quando e com que freqüência desejam se reproduzir. O citado capítulo define o propósito da vida sexual como a intensificação da vida e das relações pessoais, não apenas o aconselhamento e os cuidados relacionados com a reprodução e com as doenças sexualmente transmissíveis. Além disso, define como direitos do homem e da mulher obter

---

<sup>264</sup> BUGLIONE, Samantha. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1855>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

<sup>265</sup> Idem.



informação e de planejar a família de sua escolha, bem como de fazer uso de métodos para a regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, de ter acesso à métodos seguros, eficazes, exequíveis e aceitáveis, o direito de receber serviços apropriados de atenção à saúde que permitam gravidez e parto sem riscos e ofereçam aos casais as melhores possibilidades de terem filhos sadios<sup>266</sup>.

Na mesma esteira, Flavia Piovesan<sup>267</sup>, examina em seus estudos que as Convenções do Cairo e de Pequim, suscitaram em nosso país uma reformulação e uma redefinição na agenda dos humanos, em que são incorporados temas como direitos econômicos, sociais, culturais, paralelamente aos tradicionais direitos civis e políticos. Neste cenário, a autora prega que há de se incorporar também os direitos reprodutivos como direitos humanos com base em parâmetros internacionais e constitucionais. Essa autora, conforme anteriormente afirmado em capítulo próprio sobre o tema, avalia que o conceito de direitos reprodutivos congrega as duas vertentes apresentadas.

Há outros doutrinadores que vislumbram um direito relativo à procriação a partir da interpretação hermenêutica de princípios e dispositivos constitucionais, dentre os quais, o que confere a inviolabilidade do direito à vida (*caput* do art. 5º).

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira<sup>268</sup>, pontifica que o direito à vida, constitui fonte primária de todos os demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, dela decorrendo o direito a saúde, que incluiria o tratamento da infertilidade. Ademais, julga que o princípio da dignidade humana, enquanto valor supremo de nosso Ordenamento se reflete diretamente no campo da saúde individual.

Pela acuidade de seus ensinamentos cita-se um decisivo excerto de sua obra<sup>269</sup>:

De modo bastante próximo à vida, o ordenamento jurídico prevê a dignidade da pessoa humana como valor e princípio fundamental, como já analisado, sendo que o resguardo à dignidade da pessoa humana se reflete no modo

---

<sup>266</sup> BUGLIONE, 2001.

<sup>267</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos In: BUGLIONE, 2002, p. 139.

<sup>268</sup> GAMA, 2005, p. 709.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 708-711.

de exercício do direito à vida, especialmente no campo da saúde individual. Daí considerar-se-á que o direito a vida pressupõe que a pessoa tenha uma existência digna que deva ser tutelada nas duas vertentes mencionadas. A vida nesse modo envolve a noção de saúde que, por sua vez, abrange não apenas doenças ou moléstias físicas, mas também males psíquicos e mentais, o que impõe a promoção de medidas preventivas e reparadoras por parte do Estado brasileiro, mormente diante do disposto no artigo 196 da Constituição Federal. E, especialmente, no campo da saúde relacionada à sexualidade e à procriação, ou seja, aos denominados direitos reprodutivos o § 7º, do artigo 226, também da cisão do casal. Diante do disposto na norma constitucional relativamente ao planejamento familiar, é perfeitamente invocável o direito à liberdade constante do artigo 5º, *caput* e inciso II, da Magna Carta, com a observância de que o exercício da liberdade pressupõe responsabilidade e a existência de limites iminentes, considerando o postulad basilar da convivência em grupo, ou seja, o respeito à dignidade e aos demais valores e bens jurídicos das outras pessoas no exercício dos seus direitos fundamentais.

Complementa ainda o referido autor:

O direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental, a principio como reflexo - ou uma das manifestações do direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher resolvem manter a relação sexual livre e responsabilmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental<sup>270</sup>.

Ademais, a doutrina que pugna pelo reconhecimento de um direito à reprodução, elenca uma série de outros princípios e direitos constitucionais a ele relacionados. Seguem os principais:

O direito à saúde, disposto no art.196 da CF, que implicaria em medidas para o tratamento da infertilidade, posto ser considerada uma enfermidade no ponto de vista médico.

No mesmo sentido Romeo Casabona:

O direito constitucional de fundar uma família e da procriação acolhe como pressuposto também o recurso a essas técnicas, no sentido de que não pode ser proibido dito recurso se não interferirem outros interesses preferentes, reforçando quando se pretende combater por meio delas a esterilidade da pessoa como enfermidade que é ou prevenir a enfermidades hereditárias na descendência, pela obrigação que concerne aos poderes públicos derivada do direito constitucional de proteção á saúde(...) este conjunto de argumentos pressupõe que o emprega dessas técnicas é constitucionalmente lícito, quaisquer que sejam os motivos para acudir a elas, isto é, curativo-preventivos ou como métodos alternativos de

---

<sup>270</sup> GAMA, 2005, p. 711.

reprodução, sem prejuízos das limitações a que esteja submetido, em particular as que cuidem de salvaguardar os interesses da criança<sup>271</sup>.

O direito à liberdade, constante no art. 5º caput, e inciso II, da Carta Magna que nesse aspecto simboliza o respeito à segurança pessoal da mulher e a garantia de uma vida livre.

Para Yolanda Gomez Sánchez "o direito à reprodução humana, que é o direito a ter filhos, tem seu fundamento no reconhecimento da liberdade como valor supremo do ordenamento jurídico (art. 1.1. C.E.) e a dignidade da pessoa humana como expressão do reconhecimento de direitos que lhes são inerentes, para o livre desenvolvimento de sua personalidade [...] fundamentos de ordem política e paz social do sistema constitucional democrático<sup>272</sup>.

O direito à liberdade de pensamento, para que homens e mulheres não sejam submetidos a interpretações restritivas de ideologias religiosas, crenças, filosofias e costumes, instrumentalizadas para controlar a sexualidade e a natalidade.

Artur de Castilho Neto, também corrobora esse entendimento, sustentando que "a moralidade da inseminação homóloga ou heteróloga consentida por que julgamos ser um direito do ser humano o direito à liberdade individual de escolha. Recusar ao casal subfértil a possibilidade à alternativa nos afigura sobremaneira injusta e injurídica<sup>273</sup>.

O direito à privacidade, para que todos os serviços de atenção à saúde sexual e reprodutiva garantam a confidencialidade.

---

<sup>271</sup> CASABONA; QUEIROZ, 2004, p. 124.

<sup>272</sup> SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a la reproducción humana**. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Marcial Pons, Madrid, 1994.. Do original em espanhol: El Derecho a la reproducción humana" que el derecho a tener hijos " *tiene su fundamento..., en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico ( Artic. 1.1. C.E.) y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad [...], fundamentos del orden político y la paz social y piezas esenciales del sistema constitucional democrático*".

<sup>273</sup> CASTILHO NETO. Arthur de CASTILHO NETO, Arthur de. Inseminação artificial humana: as descobertas científicas e o direito brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 61-76, mar./jul. 1975.. Sem embargo da licitude das técnicas reprodutivas, julgamos que o simples fato de nosso ordenamento conferir uma liberdade de utilização desses procedimentos, não está de sobremaneira conduzindo ao entendimento pela existência de um direito específico de ter filhos.

O direito de decidir casar-se ou não e de planejar e formar uma família, para que seja efetivamente assegurado o planejamento familiar no âmbito do atendimento global e integral à saúde, com a adoção de ações de regulação da fecundidade que garantam direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

O direito de decidir ter filhos e quando tê-los, para que seja garantido o acesso a métodos anticoncepcionais, à gestação e ao parto seguros.

O direito aos benefícios do progresso científico, para que seja garantido o acesso pleno às novas tecnologias de saúde, seguras, efetivas e aceitáveis.

O princípio da dignidade humana, art.1º, III, da CF. Valor supremo de nossa ordem constitucional, que para muitos autores é frontalmente violada, quando se nega a oportunidade de exercício pleno da personalidade humana, que pode, nesses casos, corresponder à decisão de procriar.

Outrossim, destacam-se outros argumentos que sustentam essa tese. Alguns autores entendem que a realização do desejo de ter filhos encontra suporte no princípio da isonomia, já que a pessoa estéril pode vir a sentir-se desigual, às demais pessoas do convívio social, não apenas pelo fato de ser incapaz de conceber, mas, por não poder manifestar a sua escolha entre ter ou não ter filhos. Para Max Charlesworth, nesse sentido, não se podem discriminar os inférteis, nem tampouco aqueles que escolhem se utilizar dos métodos de procriação assistida<sup>274</sup>.

No mesmo viés, a doutrinadora mexicana Ingrid Brena Sesma:

O exercício de um direito está vinculado pelo princípio da igualdade. Todos os sujeitos, em igualdade de circunstâncias, devem ter os mesmos direitos. a discriminação por razão de sexos está proibida pela Constituição, nesse caso podemos afirmar que tanto o homem quanto a mulher tem direito à reprodução pelos métodos de procriação artificial<sup>275</sup>.

<sup>274</sup> CHARLESWORTH. Max *apud* FERNANDES, 2000, p. 68.

<sup>275</sup> SESMA, Ingrid Brena. **Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>>. Acesso: 27 nov. 2006. Do

Ademais, considerando que o art. 226 § 7º da Constituição Federal atribui ao casal ampla liberdade de decisão no que tange à geração de sua prole, diante da impossibilidade natural, pode valer-se desses métodos artificiais. Dessa forma, alguns autores doutrinadores sustentam que o direito à procriação é expressão de outros direitos de índole constitucional como de constituição de família e livre planejamento familiar.

Essa é por sinal, a opinião de Ana Carolina Brochado de Oliveira que aduz que: “quando a Constituição Federal assegura proteção à família, sendo esta constituída por descendentes e genitores, por via obliqua, acabaria conferindo proteção à procriação, já que este é o recurso por meio do qual uma família é constituída”.<sup>276</sup>

Há ainda, aqueles doutrinadores que justificam a existência de um direito á reprodução, mediante o exercício do direito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Nessa linha, destacamos o pensamento de, Ingrid Brena Sesma, para quem o:

[...] direito a reprodução é uma expressão da dignidade humana e do livre desenvolvimento de sua personalidade, direito esse que não pode ser restringindo arbitrariamente ou sem justificação suficiente pelos poderes públicos. Sem embargo, não é um direito absoluto é um direito com limites, se bem que estes não são os derivados do exercício da liberdade e da liberdade dos demais, o exercício de seus próprios direitos e o respeito pelos direitos dos demais<sup>277</sup>.

Por sua vez, Ellis Hermidyo Figueira tratando do direito de procriação condiciona a referida “legitimidade á existência de deficiência orgânica ou fisiológica e a que a

---

original em espanhol: El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. *Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos, La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial.*

<sup>276</sup> OLIVEIRA, 2004. p. 108.

<sup>277</sup> SESMA, 2006. Do original em espanhol: *El derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien, éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás. ‘¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo o en dónde empiezan los derechos de los demás? Ya se ha apuntado que en el proceso inseminatorio interviene una variedad de sujetos que deben ser tomados en cuenta, amén de los derechos del nacido. Resulta imprescindible regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos que participen en la generación de un nuevo ser.*

reprodução seja sempre homóloga, visto que, a heteróloga é uma arrematada imoralidade.<sup>278</sup>

Para Mônica Sartori Scaparo, a família passou por uma evolução na qual, a procriação era uma obrigação, para ser concebida “como um direito do individuo, se e quando ele julgar importante em seu contexto social”<sup>279</sup>.

Brale Fernandes examina que “apesar do direito brasileiro não acolher diretamente o direito de procriar não é difícil construir-se juridicamente uma posição, na qual o direito de procriar seja reconhecido, ou quando menos, uma liberdade reprodutiva<sup>280</sup>”. O referido autor sustenta que não havendo nenhuma proibição expressa no sentido de que, qualquer pessoa possa se reproduzir mediante as técnicas de reprodução assistida há de se reconhecer um direito á reprodução, ademais, a seu ver a infertilidade é uma doença da quais as técnicas de reprodução assistida correspondem, senão, a um tratamento físico ao menos como uma terapia emocional.

Mas, insta salientar, que a maioria dos autores até então citados, porquanto, considerem que tais dispositivos devidamente harmonizados e combinados indicam a existência de um direito à reprodução, advertem que esse direito, não deve ser encarado de forma absoluta, pois, os limites que impõem essa relativização, condizem aos interesses futura da criança a ser concebida, mormente com o propósito de salvaguardar sua dignidade.

Indispensável, portanto registrar que a admissão de um direito à reprodução em seus aspectos positivo e negativo, longe está de conferir-lhe o caráter absoluto. A corrente que afirma ser duvidosa a existência de um direito à procriação, enfatiza que a ser admitido, tal direito não poderá ser absoluto, estando sempre limitado pelos direito da criança que ainda está para nascer, fundamentalmente pelo seu direito à dignidade e á formação de sua personalidade no seio de uma família com dupla imagem de genitores, paterna e materna<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> FIGUEIRA, Ellis Hermydio. Inegociabilidade da matéria orgânica humana *apud* FERNANDES, 2000, p. 64.

<sup>279</sup> SCARPARO, 1991, p. 2.

<sup>280</sup> FERNANDES, 2000, p. 64.

<sup>281</sup> BARBOSA, 2003, p. 160.

Assim, para Tycho Brale Fernandes, “a legislação que vier tratar do assunto deverá evitar que as técnicas sejam utilizadas para a satisfação de caprichos pessoais e anseios egoísticos<sup>282</sup>”. Por isso, para essa facção da doutrina, “os direitos reprodutivos, não devem ser considerados de forma absoluta, pois, não se pode falar em liberdade de qualquer maneira, mas de liberdade responsável, havendo assim, uma liberdade para criar a vida, mas não para destruí-la, harmonizando o direito à vida e o direito a liberdade do casal de planejar a família”<sup>283</sup>.

### **Hermenêutica, Interpretação e seus métodos**

Segundo, o dicionário *Aurélio* o significado etimológico para a palavra interpretar é: "ajuizar a intenção, o sentido de", e ainda, "explicar, explanar ou aclarar o sentido de (palavra, texto, lei)".

Na vida jurídica, por sua vez, interpretar corresponde: “à revelação do pensamento que anima as palavras da lei”, como bem sugere Clóvis Beviláqua, ou ainda, em outras palavras, a atividade interpretativa destinada a descobrir o sentido e alcance de determinada norma jurídica para sua aplicação ao caso concreto.

Por isso, interpretar uma norma constitucional é “atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundados<sup>284</sup>.”

Ou, como diria Reale, contemporaneamente falando, interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus "fins sociais", a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Com essa "Finalidade Social da Lei", no seu todo, busca-se atingir uma "correlação" coerente entre o "todo da lei" e suas "partes"(artigos e preceitos).

---

<sup>282</sup> FERNANDES, 2000, p. 64.

<sup>283</sup> VEGA, 1998, p. 99.

<sup>284</sup> CANOTILHO, 2000, p. 143.

Do estudo sistemático da interpretação cuida a Hermenêutica jurídica.

Insta salientar, que alguns doutrinadores a exemplo de Miguel Reale, opinam no sentido de esclarecer a diferenciação entre hermenêutica e interpretação com desprezo, por não trazer qualquer sentido prático a consecução dos fins.

Não obstante, Carlos Maximiliano segue entendimento diverso do eminente jurista:

O erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar<sup>285</sup>.

Visão também compartilhada pelo jurista Celso Ribeiro Bastos, o qual compara as tintas que se apresentam ao pintor aos enunciados hermenêuticos que são deixados ao tirocínio do intérprete:

Assim como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deverão ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se um caso concreto. Por isso, não é possível negar, da mesma forma, o caráter evidentemente artístico da atividade desenvolvida pelo intérprete. A interpretação já tangencia com a própria retórica. Não é ela neutra e fria como o é a hermenêutica. Ela tem de persuadir, de convencer. O Direito está constantemente em busca de reconhecimento. Não se quer que o intérprete coloque sua opinião, mas sim que ele seja capaz de oferecer o conteúdo da norma jurídica de acordo com enunciados ou formas de raciocínio explícitos, previamente traçados e aceitos de maneira mais ou menos geral, advindos de determinada ciência, mas sem necessariamente com isto estar-se fazendo ciência.

Entretanto, não cabe aqui, ocupar desse dissenso doutrinário, sob pena de desviar do propósito específico do trabalho. Por isso, perfilhando a linha dos juristas que admitem a diferenciação dos vocábulos, hermenêutica e interpretação: Hermenêutica jurídica consiste na teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o direito.

Uma vez traçadas essas oportunas considerações, parte-se para a análise do seguinte questionamento: se afigura plausível admitir um direito relativo à reprodução em sua vertente positiva, mediante a interpretação os dispositivos

---

<sup>285</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.



atinentes ao planejamento familiar (art. 226§7º), do direito aos benefícios do progresso científico, do direito à liberdade, constante rege o art. 5º caput, e inciso II, do direito de garantia à saúde (art. 196), e por fim, da inviolabilidade do direito à vida presente no *caput* do art. 5º, todos insertos na Carta Magna pátria?

Sabe-se perfeitamente, que uma série de normas, por mais bem elaboradas que sejam dificilmente conseguirão transparecer todos os acontecimentos e condutas relevantes, notadamente em face da constante mutação dos valores e da própria ideologia que rege a vida em sociedade.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano, argutamente ensina:

Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur (nem as leis nem os senatus-consultos podem ser escritos de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes).

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos.

Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social."

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.<sup>286</sup>

Por isso, o trabalho do intérprete contemporâneo é acima de tudo construtivo, calcado no cortejo de enunciados lógicos e valorativos, com o escopo de atingir a real significação da lei, mediante observações reais na dimensão dos fatos, em função dos quais se prestam valorações.

---

<sup>286</sup> MAXIMILIANO, 1994, p. 12.

Entre as técnicas tradicionais, colocadas à sua disposição, avulta em importância o método **gramatical** consistente na apuração da significação exata das palavras e da linguagem, utilizando os elementos puramente verbais, analisando-as individualmente e na sintaxe.

Contudo, parece duvidoso que essa tenha sido a escolha dos doutrinadores aduzidos em tópico anterior, já que, consoante explicitado, não se vislumbra nenhum dispositivo que especifique de maneira inequívoca um direito à reprodução em sua vertente positiva, de modo a permitir uma interpretação de cunho literal da linguagem de seu texto.

Já o método lógico (ou científico, como querem alguns doutrinadores) busca descobrir o sentido e alcance da norma, situando-a no conjunto do sistema jurídico; busca compreendê-la como parte integrante de um todo, em conexão com as demais normas jurídicas que com ela se articulam logicamente.

Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz:

[...] trata-se de um instrumento técnico a serviço da identificação das inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é significativa para a obtenção do significado concreto<sup>287</sup>.

No **método histórico**, a interpretação é feita através da perspectiva histórica da formação da lei, desde seu projeto, justificativa, exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, assimilando-se os anseios da sociedade à época de sua criação e, ainda, sua evolução através do tempo para, por fim, chegar a uma justa aplicabilidade da norma. Entretanto, tal método, hoje encontra-se destituído de valor científico, como assinala *Caio Mário da Silva Pereira*, concordando com *Kohler* para quem, na interpretação, os trabalhos preparatórios e a discussão parlamentar são destituídos de valor, servindo apenas para indicar as condições históricas do povo e os impulsos, que determinaram a criação da lei, como remédio para atender as necessidades do momento.

---

<sup>287</sup> FERRAZ Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988, p. 88

Também se descarta, mas com vistas a outros argumentos. Se considerado que o dispositivo concernente ao planejamento familiar disposto no art. 226§ 7º da CF foi elaborado com o propósito de consagrar os direitos reprodutivos erigidos em Conferências Internacionais, se incorre no risco de cometer um grave equívoco. O dispositivo em apreço é contemporâneo à vigência de nossa Carta Magna (1988), que postergou apenas a sua regulamentação em sede de lei infraconstitucional, para outro momento, (que veio a ocorrer com a edição da lei 9.263 de 1996). Por outro lado, a Plataforma do Cairo, que trouxe pela primeira vez ao cenário internacional, a discussão acerca do assunto, ocorreu no ano de 1994, sendo-lhe, portanto, muito posterior. Por isso é pouco provável que tenha inspirado o legislador pátrio no fomento da aludida regra jurídica.

Por sua vez, **o método sistemático**, determina o confronto do sentido inicialmente fixado através da exegese da norma jurídica em particular, com as demais normas do sistema, a partir das integrantes do instituto jurídico a que pertence à norma analisada, indo até as normas do conjunto global, o sistema, num processo de concatenação, de forma a compatibilizar *o sentido de uma norma ao espírito do sistema*.

Muito provavelmente, através do aludido método, muitos dos doutrinadores, colacionados em tópico retro, conseguiram depreender um direito relativo à procriação, especialmente, mediante a análise conjugada e sistemática dos dispositivos concernentes à garantia à saúde, art. 196 da CF (dentro da premissa de que infertilidade consiste em um mal de natureza clínico), os direitos à vida e liberdade, além é claro do direito ao planejamento familiar como livre decisão do casal, expresso no art. 226§7º da CF <sup>288</sup>.

Por outro lado, Albuquerque explica o que vem a ser a **interpretação teleológica**, defendendo que este método é menos apegado ao texto original e utiliza-se de fragmentos extratextuais, a fim alcançar a finalidade da norma:

Ao lado do método histórico-evolutivo, surge o método teleológico, que visa a interpretação do texto em função da finalidade da lei. Neste método é

---

<sup>288</sup> Nesse sentido Guilherme de Oliveira Gama.

preciso, também, atender as relações da vida, da qual brotam as exigências econômicas e sociais, procedendo-se a apreciação dos interesses em causa, a luz dos princípios da justiça e da utilidade comum. E tal apreciação não deixa de exigir um certo poder criador, valorizador e vivificador, da parte do intérprete.

Todavia, não custa lembrar que o desafio da interpretação, qualquer que seja o método aventado pelo interprete, requer, sobretudo, prudência, a fim de se preservar o sentido de unidade e coerência de nosso sistema, além de zelo e obediência os princípios referendados pela Ordem Jurídica.

Com efeito, iluminam-se e materializam-se os princípios em face da sua superioridade qualitativa, axiológica, diante das regras, e também de sua multifuncionalidade no sistema.

Dentre aqueles consagrados pela ordem jurídica desponta-se por sua inquestionável importância o princípio da dignidade da pessoa humana, que na visão de Karl Larenz<sup>289</sup> corresponde à prerrogativa conferida a todo ser humano de ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Outrossim, Joaquín Arce Y Flórez-Valdés, vislumbra na dignidade da pessoa humana a qualidade de princípio ético, de caráter hierarquicamente superior às normas constitucionais e, portanto, vinculativo do poder constituinte, de modo que qualquer regra positiva, ordinária ou constitucional, que lhe contrarie padece de ilegitimidade.

Por isso, muito antes de conferir prioridade pela opção do método interpretativo que o conduzirá a seu intento, qual seja determinar o sentido e o alcance de uma determinada norma, deve o interprete atender a perspectiva de consonância com os princípios conclamados pelo sistema jurídico, privilegiando, notadamente a idéia de dignidade humana.

---

<sup>289</sup> LARENS, Karl. **Derecho civil**: parte general. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 46.

### 5.3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR. LIMITES, PRINCÍPIOS E ABRANGÊNCIA.

Frente ao tema reprodução humana, desponta-se preliminarmente a necessidade de análise do dispositivo inserto no art. 226§7º da CF que versa sobre o planejamento familiar. Confira-se o seu teor:

**§ 7º** - 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.

O dispositivo em apreço, reserva ao casal a liberdade de escolha no tocante ao número de filhos, além de destinar uma obrigação ao Estado de propiciar os meios necessários para que essa liberdade possa ser exercida de maneira plena, divorciada de qualquer forma de ingerência, ou controle.

A idéia de planejamento familiar está muito mais condizente com a moderna ideologia de intervenção mínima do Estado, reputando essa decisão aos principais interessados, o casal, que maneira consciente analisará, dentro de suas circunstâncias pessoais de vida e socioeconômicas, a conveniência de decidir o momento mais oportuno para engendrar filhos. Saliente-se nesse sentido, que os mesmos contarão com todos os meios de contracepção seguros com o fito de colocar essa decisão em prática, o que evidentemente não insere nesse contexto o aborto, considerado ilícito por nossa legislação. De igual modo, poderão valer-se dos métodos científicos disponíveis e não proibidos por lei, para viabilizar o nascimento de uma vida humana.

Mas, o direito de fundar uma família, ou, melhor a liberdade de fundar uma família, pode, mas não de maneira necessária e obrigatória acarretar na função procriativa. Muitas famílias hodiernas não são constituídas por filhos, perspectiva que vem sendo revelada com a mudança dos valores pautados em sociedade, além é claro da baixa condição socioeconômica da maior parte da população brasileira, responsável pela redução gradativa nas taxas de natalidade.

De igual modo o simples fato de nosso ordenamento conferir uma liberdade de decisão no tocante a formação de uma família, incluindo utilização de procedimentos científicos, não está de sobremaneira conduzindo ao entendimento pela existência de um direito específico de ter filhos.

Já que não se pode deixar de observar que o constituinte ao tratar de planejamento familiar, acabou reconhecendo implicitamente um direito à autodeterminação do indivíduo no tocante a fundação de sua família, – frise-se – respeitados os princípios da dignidade humana e paternidade responsável e delegando ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

A leitura apressada dessa norma pode permitir depreender um direito à reprodução de índole constitucional, inclusive, em ambos os vieses, não fosse apenas por um único detalhe.

A redação do dispositivo prevê como limites ao planejamento familiar dois princípios: o da dignidade humana e o da paternidade responsável.

Nesse diapasão, inevitável não se confrontar com os seguintes questionamentos:

O conteúdo axiológico do princípio da dignidade humana só deve ser circunscrito à pessoa que almeja ter um filho?

O que significa ser verdadeiramente pai ou mãe, depois do nascimento de uma criança?

### **5.3.1 A resposta da questão: o estudo dos princípios**

A noção de paternidade responsável traz ínsita a idéia inerente às conseqüências dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas.

Assim, o princípio da paternidade responsável implica na responsabilidade individual e social da pessoa do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e a procriação, vem a gerar uma nova vida, a qual deve ter priorizada o seu bem estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos a seu favor.

Com o fito de melhor cumprir o referido princípio, há que se considerar que não se deve limitar a idéia de procriação ou, simplesmente, à escolha do momento de ter filhos, a esfera de vontade dos indivíduos, num projeto que venha a estar divorciado do dever de consciência do futuro do pai/homem, (mulher ou mesmo casal), da responsabilidade decorrente desta paternidade, ou seja, nos deveres que pesam sobre pai em relação ao seu filho, quanto à observação dos direitos destes, com o cumprimento na melhor maneira possível.

O princípio da paternidade responsável é o princípio base, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, para a formação da família hodiernamente, pois, constitui uma idéia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família. Como o mundo apresenta rápidas e profundas transformações, conseqüentemente as normas, os valores e os princípios básicos da vida também são constantemente mudados. Tal princípio visa um planejamento familiar racional e independente, para que os seus membros possam se desenvolver naturalmente. Uma sociedade madura e consciente assume a questão do Planejamento Natural da Família como um projeto global de amor, de vida, de saúde e de justiça.

Nas palavras de Junges:

[...] não basta o desejo do filho, é necessário, tornar-se interiormente, pai e mãe. A noção de parentalidade é importante para superar uma concepção objetual da procriação. Tornar-se pais significa desempenhar um papel social, mas também exige uma certa maturidade psicológica<sup>290</sup>.

Já a dignidade da pessoa humana está expressamente consignada na Constituição Federal (Arts. 1º, inc III e 226, §7º). Com isso o Constituinte veio a garantir a

---

<sup>290</sup> JUNGES. Op. cit, 2003, p. 156.

democratização do planejamento familiar, conferindo ao casal a livre decisão (com responsabilidade), sobre o assunto.

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, implica em considerar o homem, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, considerando, notadamente o dispositivo constitucional relativo ao planejamento familiar, atinge especialmente a futura criança, pois, o nascimento de um ser não pode ser concretizado apenas com o propósito de satisfazer os desejos de seus progenitores.

Na acepção de Wolfgang Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste 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 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<sup>291</sup>.

Numa sociedade, onde os indivíduos são constantemente avaliados, cobrados e pressionados a manter um papel social, que consinta certa respeitabilidade diante de seus pares, o nascimento de uma criança pode simplesmente representar uma fase do processo de aceitação social, ou, de outro modo, revelar desejos narcísicos ou egoísticos de engendrar, para provar a completude de suas aptidões físicas no contexto social.

Nesse diapasão, faz cabível a seguinte indagação: seria legítimo que esse novo ser humano tivesse sua geração condicionada às cobranças sociais, ou mesmo ao desejo egoístico de seus pais de concebê-lo a todo e qualquer custo, enfrentando toda sorte de riscos, inclusive, aqueles que atingem a sua própria saúde e a vida, com o desígnio de atender seus próprios sonhos e ambições pessoais?

Por esta razão é que a Carta Magna não se descurou do tema impondo à observância desses dois princípios de ordem tão fundamental para a construção

---

<sup>291</sup> SARLET, 1998, p. 90.



familiar: a responsabilidade do genitor sobre a sua prole, e o respeito à dignidade humana, especialmente da futura criança concebida.

O que se atenta exaustivamente é que “o filho não é um bem útil, a serviço dos desejos e interesses dos progenitores, ao contrario é um valor em si mesmo em função do qual a maternidade e a paternidade existem”<sup>292</sup>.

Diante disso, a criança resultado dessa concepção, não pode servir como instrumento de um direito de seus pais, já que não deve existir um direito absoluto a uma criança. Em outros termos, não há como se reconhecer o direito dos pais de se utilizar todos e quaisquer os meios para ter um filho, sem considerar que do outro lado estará outro ser humano, a futura criança, que no ordenamento jurídico pátrio, goza de absoluta e integral proteção.

Por essa razão o constituinte brasileiro muito provavelmente determinou-se como na maioria dos países do mundo, circunscrevendo-se ao conteúdo negativo da reprodução humana, no sentido de decisão sobre o controle sobre a fecundidade e o número de filhos e o intervalo entre os mesmos.

Outrossim, sabe-se que a Lei nº 9.263/96 destinou-se a regular o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, trazendo em sede infraconstitucional, uma série de determinações e providências, dentre as quais se destaca:

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.

Art. 9º Para o exercício do direito familiar serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

---

<sup>292</sup> YAGUE. Francisco Lledo. Fecundación Artificial e derecho. Madrid. Tecnos, 1988 *apud* Jussara MEIRELLES, 1999, p. 58.

Tais normas pautam pela definição dos termos do planejamento familiar, assegurando, o acesso aos recursos disponíveis para uma contracepção segura, bem como conferindo a prerrogativa de opção pelo número e espaçamento dos filhos nascimentos, a partir uma conveniência pessoal de seus pais, os quais deverão contar com as informações necessárias e a com a liberdade de utilização dos métodos científicos existentes e não proibidas por lei.

Desse modo, a veiculação das técnicas de reprodução assistida são reflexos de uma “liberdade constitucional”, consentida pelo ordenamento jurídico pátrio, representando na realidade, mais uma possibilidade que se coloca a disposição das pessoas estéreis para a realização da aspiração pela maternidade.

Contudo, salienta-se que o simples fato do ordenamento conferir uma liberdade na utilização dos referidos procedimentos científicos, não está pautando a existência de um direito específico de ter filhos.

Há muito o país clama por uma regulamentação das técnicas de reprodução assistida, a fim de nortear, ao menos, os nascimentos havidos nas clínicas especializadas. A ausência de disciplina nessa matéria, sem sombra de dúvida, coloca em risco a saúde das gestantes e crianças, apresenta reflexos substanciais nos Direitos de Família e Sucessões, além de incentivar pesquisas desprovidas de qualquer parâmetro ético.

Todavia, nunca é demasiado repetir que o exercício direito de planejamento familiar deverá estar adstrito à observância dos princípios da dignidade humana e paternidade responsável que constituem, pois, seus limites.

Assim sendo, mesmo em sede de legislação infraconstitucional, o ideal de liberdade e faculdade no tocante ao exercício da procriação parece adequar-se de maneira muito mais condizente aos ditames e princípios dispostos na ordem jurídica nacional.

Por derradeiro, reitera-se que o desejo de ter um filho representa uma expressão da dimensão humana de relação, relação com o outro, dentro de uma vivência de alteridade responsável pela dignidade do eu e respeitadora da dignidade do outro,

num relacionamento que, só assim, será autenticamente humano e digno de proteção jurídica.

#### 5.4 FACULDADE DE GERAR UMA NOVA VIDA

Dentre os que descartam a existência um direito a procriação, pois, acreditam que a mesma trate-se, na realidade, de uma mera faculdade do indivíduo, podendo implicar ou não em exercício, encontram-se doutrinadores da envergadura de Eduardo de Oliveira Leite, Mônica Aguiar, Eugênio Callioli, entre outros.

Segundo Eduardo Oliveira Leite<sup>293</sup> a procriação decorre do direito à liberdade em sentido amplo. Vale dizer: tudo o que não é proibido é permitido em matéria de procriação. Exercer o direito à liberdade, portanto, no que tange à procriação, implicaria em um fazer ou não fazer, agir ou não agir. Daí falar-se em procriação, não como direito implícito constitucionalmente, mas como mera faculdade.

Ademais, em sua visão, considerar a procriação como um direito, importaria em uma grave violação a dignidade do futuro filho, que se tornaria mero objeto do desejo dos pais<sup>294</sup>.

Por sua reconhecida sapiência, ressalta-se o teor de suas ponderações:

Este “direito” Invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. Catarina Labrusse- Rieu e J. L. Baudoin já se referiram sobre a matéria em termos bastantes claros. Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram uma verdadeira cura da esterilidade tentando vencer este handicap e permitindo o exercício do direito de procriar. Entretanto, procria não é um direito. Até por que se a liberdade em jogo constituísse este handicap e permitindo a existência da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. Até poderia ser se a liberdade em jogo constituísse um direito pessoal ou um direito real.

Na realidade, não he um direito ater filhos, nem um direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar ter filhos, quando se quer, como se quer e, em qualquer circunstancia é reivindicado como um direito fundamental, (mas é apenas) a expressão de uma vontade exarcebada de

---

<sup>293</sup> LEITE, 1995, p. 65.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 66

liberdade e de plenitude individual em matérias tais como sexo, a vida e a morte<sup>295</sup>.

De igual modo, a ilustre doutrinadora Mônica Aguiar<sup>296</sup> corrobora este entendimento salientando:

A existência de uma faculdade de ter filhos, não assim um direito à procriação, haja vista que a criança não pode ser vista como instrumento de um direito alheio, sob pena, de por estar a serviço dos pais, transmutar-se em coisa e ter valor meramente instrumental.

Fernando Araújo, na esteira das colocações aduzidas anteriormente, defende a existência de uma liberdade de procriar, “bastando para tanto reconhecemos, contra atavismos deterministas e teocráticos, que o direito não reside na natureza ou promana dela, e é antes um fato cultural, uma imposição de nossa liberdade à natureza, naqueles pontos em que ela é suscetível de domínio e retificação<sup>297</sup>”.

Eugênio Callioli, nessa mesma ordem, também sustenta ser “juridicamente insustentável a existência de um pretense direito de ter filhos”, e explica, que essa “terapia da fertilidade” utiliza-se de seres humanos, expressa na realidade um subjetivismo condenável posto ser levado às últimas conseqüências”.

E assim, a despeito de reconhecer justificável o desejo pela maternidade e paternidade, julga que tal desejo não seja eticamente admissível, na medida em que, conduzirá inevitavelmente a uma instrumentalização da pessoa humana, em nome, tão somente de valores pessoais, incutindo a sobreposição dos interesses daquele que ensejou o processo de inseminação, lembrando, outrossim, que esses processos, muitas vezes impescindem a contribuição genética de terceiros, e “o ser humano, quem quer que seja, não pode ser instrumentalizado para nenhum fim” [...] sequer para um louvável e bem-intencionado como o de filhos a uma casal estéril.<sup>298</sup>”

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 69

<sup>296</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>297</sup> ARAÚJO, Fernando. **A procriação artificial e o problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 45

<sup>298</sup> CALLIOLI, Eugênio Carlos. Aspectos da fecundação Artificial in vitro. Revista de Direito Civil, Imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo, v. 12, n. 44, p. 71 *apud* Jussara MEIRELLES, Gestação por outrem, 1999, p. 50.

O emérito professor português José de Oliveira Ascensão, nessa mesma linha de pensamento, avalia que conquanto considerado um direito fundamental, um suposto direito de ter filhos, se conflitaria inevitavelmente com outros direitos que também gozam de proteção na esfera jurídica:

Por que todo direito a um pretense direito encontra, necessariamente, os outros direitos que precisam ser conciliados. Não há, portanto, direitos absolutos. Nesse aspecto, observa-se que ante o pretense direito de procriar há o direito de todo o novo ser ter, quanto possível, uma vida familiar normal (com criação e educação em circunstâncias normais). Portanto, a procriação não pode ser colocada para realizar a satisfação egoísta das finalidades de um determinado sujeito<sup>299</sup>.

Sergio Ferraz também afasta a existência de um direito à procriação, sob o argumento de que quando se sabe que o:

Emissor do sêmen é suscetível de engendrar filhos com maiores deformidades, se torna ainda mais condenável à utilização das técnicas artificiais, isto por que, os princípios constitucionais tutelares da criança apontam para a necessidade do ser humano ser precedido de cuidados assecuratórios de uma infância sadia e feliz<sup>300</sup>.

Para o autor nada é mais importante que o interesse da criança a ser gerada, de modo que quando se científica da utilização de sêmen problematizado, deve-se incidir em responsabilização civil e criminal do doador ou donatária nos processos de inseminação artificial<sup>301</sup>.

Junges, examina que a reivindicação de um direito nesse importe, peca por simplismo, já que exulta uma “concepção objetual da procriação,” comparando que é inadmissível se requerer um filho, do mesmo modo que se pleiteia um trabalho. Essa concepção, a seu ver, acabará por revelar uma completa perversão do conceito de direito<sup>302</sup>.

Didier Filho, por seu turno, é ainda mais incisivo ao asseverar que:

<sup>299</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas Jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, São Paulo, v. 90, n. 328 *apud* FERNANDES, 2003, p. 62.

<sup>300</sup> FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 45.

<sup>301</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>302</sup> JUNGES. José Roque, 2003. Op. cit. p. 159

O Direito não consagra o egoísmo atentatório das bases da família e da sociedade. O egoísmo deseja, não ama: por isso, mesmo seca os sentimentos humanos, como no caso da inseminação artificial<sup>303</sup>.

Assim, o tema procriação humana, trata-se, na realidade, de uma mera faculdade inerente aos indivíduos, decorrente do exercício do direito de liberdade. Todavia, cumpre ressaltar, que a autonomia privada que conduz as decisões na esfera reprodutiva deve ser vislumbrada sobre um contexto de alteridade, com o propósito de se evitar que esse novo ser humano seja vislumbrado como mais um bem de consumo e atentar contra sua dignidade.

#### 5.4.1 A influência de Mary Warnock

Considerada como uma das precursoras na discussão ética em torno da reprodução assistida, a inglesa Mary Warnock, com o seu Warnock Report, tornou-se extremamente conhecida nas hostes acadêmicas. O principal escopo de seu estudo, em suas palavras foi:

[...] considerar os desenvolvimentos recentes e potenciais na medicina relacionados à fertilização humana e à embriologia, para considerar que políticas e salvaguardas devem vir a ser adotadas, incluindo considerações sobre as implicações sociais, éticas e legais<sup>304</sup>.

Seu relatório foi concluído no ano de 1985, contando com o apoio e a participação de renomados profissionais da medicina, do direito e da teologia. O primeiro aspecto de relevância que pode ser do mesmo depreendido, muito embora não de maneira expressa, concerne ao fato de que as tecnologias de reprodução assistida foram julgadas aceitáveis no ponto de vista ético.

A estrutura de seu trabalho divide-se em duas partes: a primeira versa especificamente sobre as diferentes técnicas, intitulada “métodos de tratamento da

---

<sup>303</sup> DIDIER FILHO, J. Inseminação artificial *apud* Ticho Bralé FERNANDES, 2003. p. 62.

<sup>304</sup> WARNOCK. Mary. A question of life-the Warnock report on human fertilization and embryology, Londres: Blackweel, 1985. p. 4 *apud* CORRÊA, Marilena Villela, 2001, p. 208.

infertilidade e de estabelecimento da família” e a segunda trata da “pesquisa com embriões humanos”.

Ainda hoje seu relatório configura uma referência no assunto, sobretudo, por dispor de certas recomendações a respeito dos caminhos que se devem ser seguidos a fim de se fomentar uma legislação sobre assunto, além é claro, de ensejar uma necessária reflexão ética em torno dos limites e fronteiras que a ciência não deve de sobremaneira suplantare.

Em 2002, a autora lançou outra obra contundente que examina as possibilidades de reconhecimento de um direito de engendrar filhos biológicos, mediante as técnicas artificiais disponíveis, intitulada: “Making Babies. Is there a right to have children?”<sup>305</sup>, a qual, apresenta-se basilar para essa pesquisa, de modo a se dedicar um tópico exclusivo.

Em seu próprio sumário, a autora permite antever sua principal proposta metodológica, qual seja: sua predisposição em suscitar e responder as principais indagações que exsurgem o universo de sua pesquisa. Assim, indaga inicialmente, o que verdadeiramente constitui um direito, não apresentando apenas conceitos, mais traçando considerações sobre o significado do positivismo jurídico (aduzindo que essa teoria encontra-se em desprestígio, a partir de considerações sobre o significado de direitos e obrigações).

Revela também que não é toda e qualquer necessidade humana que deve circunscrever a moldura jurídica, na medida em que as mesmas são dotadas de extrema subjetividade<sup>306</sup>. Algumas necessidades humanas são prementes tais como a de alimentar-se, ou ingerir água, nesse passo, as esferas judiciárias não deveriam medir esforços para aplacá-las.

---

<sup>305</sup> WARNOCK. Mary. : “Making Babies. Is there a right to have children? Oxford: Oxford. University Press, 2002.

<sup>306</sup> WARNOCK, 2002, p. 25-37.

De igual modo, as medidas que impescindem o bem estar social são também de extrema relevância, muito embora, o conceito de bem estar seja também extremamente valorativo<sup>307</sup>.

Mas, enfim, toda essa ilação faz-se preâmbular a sua resposta a um quesito que configura certamente o problema de sua pesquisa: questionar a existência de uma necessidade vital de se engendrar filhos. A autora, nesse particular, nega veementemente a existência de uma necessidade vital de procriar, haja vista, que a compara a outras necessidades essenciais, tais como: a de nutrição, asseverando que a reprodução não é imprescindível para a sobrevivência humana no ponto de vista individual, pois, há pessoas que se reproduzem durante suas vidas, outras que optam por não procriarem, sem que nesse ato importe uma necessidade vital para o completo desenvolvimento físico ou psíquico dos indivíduos<sup>308</sup>.

Outrossim, debate a argumentação da igreja católica, a qual sustenta não ser moralmente lícito se pleitear um direito ilícito, na medida em que os procedimentos que circunscrevem esses métodos, impescindem a produção de vários embriões humanos, os quais, dentro de um processo de “tentativa-erro”, tentam lograr êxito em uma gestação viável. Nesse aspecto, na visão cristã, terminam por violar o direito à vida dos embriões, que não são, porventura, alojados no útero. A autora então, avalia o momento de definição da vida humana, considerando-o a partir de um determinado estágio embrionário<sup>309</sup>:

Um conjunto de quatro ou dez células é tão diferente de um ser humano completo, de um novo bebê humano, de um novo feto humano completamente formado, de um ser humano completo, que ele deveria ser legitimamente usado como meio para um bom fim para outros humanos, tanto agora quanto no futuro<sup>310</sup>.

Desse modo, está assente com os dados que revelam que o desenvolvimento embrionário se subdivide em duas fases: até o 14<sup>o</sup> dia de vida, correspondendo à fase inicial, onde o pré-embrião é apenas um agrupamento celular, sendo, portanto legítima sua utilização em pesquisas científicas, e após esse interregno, quando se

---

<sup>307</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>308</sup> WARNOCK, 2002.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 39

<sup>310</sup> WARNOCK, 1985, p. 4 *apud* CORRÊA, 2001, p. 212.



inicia a formação do sistema nervoso fato que conduz a proibição de que pesquisas nessa etapa.

A doutrinadora ainda examina que o reconhecimento de um direito relativo à procriação incitaria a reivindicação de certos grupos, que deflagrariam em situações notoriamente emblemáticas, tais como a possibilidade de mulheres acima de sessenta anos solicitar as referidas técnicas artificiais, cujos reais fins, poderiam subjazer interesses puramente econômicos, como os relativos à herança, (a autora opina que nesses casos deve-se impor uma negativa veemente), além das mulheres solteiras, casais de cegos ou portadores de outras enfermidades, casais de homossexuais... De modo que, conclui que cada caso importa em uma avaliação particularizada, posto não ser possível avaliar todos os casos nem tampouco todos os critérios que devem ser utilizados para se denegar o tratamento. Entretanto, há de se proporcionar tratamento clínico para aqueles que realmente precisam, havendo de se considerar, sobretudo, o princípio do bem estar da criança<sup>311</sup>.

A grande dificuldade em se admitir um direito à reprodução, em sua opinião, pode ser resumida em uma única palavra: inevitabilidade<sup>312</sup>. Ou seja, para a autora abrir essa brecha, significa algo ainda muito além de permitir o acesso aos métodos a todo e qualquer grupo solicitante, podendo suscitar em conseqüências ainda mais inusitadas, já que as referidas técnicas possibilitam a prática da tão condenável eugenia genética<sup>313</sup>.

Destarte, a autora conclui que a reprodução não pode ser considerada um direito fundamental nem mesmo uma necessidade universal a gerar um direito, e certamente não deve haver uma lei positiva que confira ao individuo um direito de ter filhos<sup>314</sup>.

Em sua opinião, os casais estéreis teriam principalmente idoneidade para pleitear os tratamentos de reprodução assistida, sem embargo, não se afasta essa possibilidade a pessoas não estéreis, a exemplo de mulheres que priorizem suas

---

<sup>311</sup> WARNOCK, 2002, p. 53-65.

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 65.

carreiras profissionais e decidam engendrar filhos em uma idade tardia, (a autora ilustra com a figura de uma bailarina), pois, ao seu ver todos indistintamente detém a faculdade de se utilizar as técnicas, desde que tenham condições de arcar com os custos possíveis riscos.<sup>315</sup> O que não impede que em casos extremos os profissionais da medicina possam denegar o tratamento, com bases distintas, devendo, contudo, tais casos, ser criteriosamente avaliados e acima de tudo serem fundamentados com motivações expressas e abertamente declaradas.<sup>316</sup>

Outro ponto indubitavelmente polêmico de sua obra, condiz à forma apaixonada como a autora defende o direito de ingresso às técnicas por casais homossexuais, pois, em sua visão, não há justificativa plausível para limitar seu acesso, já que, não existem dados que sumariamente comprovem que essa categoria não esteja hábil a desenvolver as funções inerentes à parentalidade, bem como não existem evidências a demonstrar danos à educação de seus filhos, ou que correspondam a ameaças ao bem comum<sup>317</sup>.

A autora, ainda segue tecendo críticas a legislação de seu país, o Reino Unido, a qual confere o anonimato aos doadores dos gametas. Em sua opinião, as crianças geradas pelas técnicas teriam o direito de cientificar-se quanto à identidade de seus genitores biológicos, além do meio pelo qual foram concebidas, do mesmo modo que aqueles que passaram por processos de adoção<sup>318</sup>.

Outrossim, questiona o emprego da técnica da gestação por substituição levantando uma serie de questões, como a quase impossibilidade de se manter anonimato nesses casos, os inevitáveis conflitos de vontade, quando é chegado o momento de entregar a criança ao casal solicitante. Examina também o fato de não se ter como mensurar os gastos que uma mulher dispensa numa gestação com roupas, alimentação, e a forma como será cobrada do casal solicitante, que não raro poderá ser alvo de exploração de gestantes de má fé, além de outras considerações, que a levam a concluir para a necessidade de uma constante reflexão sobre o tema. Por outro lado, julga precipitada a proibição expressa pelo Reino Unido ao método, sem

---

<sup>315</sup> *Ibid., id.*

<sup>316</sup> WARNOCK, 2002, p. 66-70

<sup>317</sup> *Ibid., p. 77-91*

<sup>318</sup> *Ibid., p. 79-80*

embargo de considerar relevante algumas de suas justificativas, pois, a gestação por outrem pode ensejar práticas notoriamente comerciais como as que ocorrem nos Estados Unidos, que, porém, não devem conduzir a uma rejeição à técnica<sup>319</sup>.

Na última parte de seu livro, Mary, se dedica ao estudo da técnica da clonagem. Descreve inicialmente, no que consiste a clonagem, através do procedimento que originou a ovelha Dolly, nos indagando sobre a possibilidade de clonagem em seres humanos, descartando-a em vistas dos riscos, uma vez que a ovelha clonada envelheceu precocemente, em suma, riscos, que nem as mães, nem muito menos as crianças, deveriam estar dispostos a pagar. Por outro lado, avalia a existência de dois tipos de clonagem a reprodutiva (que poderia incorrer nos riscos de se colocar a mercê de ideais eugênicos) e a clonagem terapêutica, a qual se mostra simpatizante, já que as pesquisas nessa área, envolvendo embriões antes do 14º dia de vida, poderiam melhorar a qualidade de vida de pessoas que padecem com enfermidades como a síndrome de Alzheimer e o Parkinson, além de insuflar pesquisas relativas á transplantes de células. Lembrando que o Rei Unido permite pesquisas com células tronco-embrionárias<sup>320</sup>.

Warnock não descarta a clonagem de seres humanos, nos casos de esterilidade masculina, quando todos os métodos já tiverem fracassado. Ressente-se, inclusive, da proibição do Reino Unido, para todos os tipos de clonagem, pois, vislumbra alguns feitos positivos nessa técnica se conduzida de uma maneira ética, sem embargo de reconhecer que muitos daqueles que anseiam pela paternidade, podem requerer o seu pretense direito de engendrar para pleitear um clone, objeto muito mais da vaidade humana do que do legítimo desejo de engendrar. Além disso, atenta, que a clonagem sugere uma falsa idéia de controle de uma pessoa sobre a outra<sup>321</sup>.

Por derradeiro, Mary Warnock, conclui que não se deve confundir desejo intenso com direito. Não existindo nenhum direito legal, nem muito mesmo moral de se engendrar filhos. O que existe, em sua opinião, é um sentimento de compaixão por

---

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>320</sup> WARNOCK, 2002, p. 113-127.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 122-125.

parte do saber médico, em compartilhar os adventos tecnológicos e proporcionar a realização do sonho da maternidade/paternidade para as pessoas estéreis. Por isso, advoga que os médicos devem empregar as técnicas como instrumentos de compaixão, com o fito de aliviar o sofrimento de seus pacientes. Em todo caso, entende que deve ser conferida a prerrogativa a esses profissionais de denegar tratamento a certos pacientes, baseando em razões de sua consciência, desde que justificadamente<sup>322</sup>.

Ao findar de suas considerações a autora promove uma sensata reflexão:

*Si consideras algo como um derecho y dejs llevar por el intenso anhelo de lo que quieres o necesitas, que es también algo que crres merecer, entonces, em la medida em queva cobrando intensidad el sentimiento de que tienes que conseguir aquello que mereces, irá disminuyendo el atractivo que la cosa em si ejerce sobre ti. Lamentaria cualquier tendència que condujera a la gente a sentirse tan obsesionada por su derecho a tener um hijo y tenerlo del modo que ello preferenn, que lês hiciera olvidar la vieja sensación de asombro y gratitud que siente com el nacimiento de um nino ? Gratud a quién? Bién, a Dios o la naturaleza, a la comadrona o la médico, o al mismo principio de continuidad y renovación de la vida. No importa. Pero, como ya h dicho, la gratitud es algo que no se siente cunado todo lo que uno ha conseguido es aquello que se debia<sup>323</sup>.*

---

<sup>322</sup> WARNOCK, 2002, p. 127.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 131.

## 6 PRINCIPAIS DO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO À REPRODUÇÃO

Como mencionado alhures, a demanda por filhos, afigura-se, nas sociedades hodiernas, como mais um tipo de consumo, tanto de tecnologias quanto de pessoas, em que o filho se encaixaria no lugar de mais um objeto de consumo, a que todos, sem exceção, teriam direito.

Por isso, indubitavelmente, um dos pontos mais controversos no sentido de se legitimar um direito de ter filhos, consiste no enfrentamento das implicações que podem ser deflagradas desse contexto.

Naturalmente, longe se está mesmo de uma visão panorâmica diante da complexidade e extensão da matéria. Contudo, torna-se imperioso atentar para algumas conseqüências que não podem ser ignoradas diante de sua abordagem.

Como as que revela, Fernando Araújo<sup>324</sup>: a possibilidade da mulher solteira de procriar, o direito de portadores de graves doenças genéticas e hereditárias de procriar ou de incapazes por efeito de idade ou mental de ter acesso às técnicas de reprodução assistida, entre muitas outras, sem dúvida alguma de difícil solução.

Uma vez reconhecido tal direito, sob o crivo do principio da isonomia, todos os grupos sociais deteriam legitimidade para ingressar na demanda por filhos,

---

<sup>324</sup> ARAÚJO, 1999, p. 45.

mormente na ausência de uma legislação específica a determinar limitações nesse sentido.

Não obstante, cumpre indagar, se haverão subsídios razoáveis a implicar em uma certa correlação lógica, entre o fator discrimén e um regramento legal que imponha limitações no sentido de restringir o ingresso de certas categorias, sem que evidentemente se afronte o principio da igualdade.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, é perfeitamente possível outorgar um tratamento diferenciado para alguns, desde que seja justificável, em face de uma congruência lógica entre o discrimén apontado e o regramento legal. Assim, não se estará, absolutamente fulminado o principio da igualdade, se indicar uma plausibilidade racional para o tratamento desigual proposto, e dessa forma orientar o fomento de uma norma jurídica<sup>325</sup>.

É sobre essa perspectiva que se destina a análise no presente capítulo, sopesando a reivindicação por filhos dos seguintes grupos: das pessoas solteiras, que vislumbram constituir uma família monoparental, e, a dos casais homossexuais, que na luta pelos seus direitos civis, também, doravante, passam a pugnar pelo direito a filhos biológicos. Por derradeiro, enfrenta-se a questão do dever inerente ao SUS de custear os tratamentos clínicos para infertilidade para casais menos favorecidos economicamente.

## 6.1 O DIREITO DA MULHER E DO HOMEM SOLTEIRO DE DISPONIBILIZAR DOS RECURSOS CIENTÍFICOS PARA A VIABILIZAÇÃO DO NASCIMENTO DE UMA CRIANÇA

Consoante já salientado em tópico retro, o reconhecimento de um direito á procriação, sob a égide do principio da isonomia, tornaria possível a constituição de um projeto parental para pessoas solteiras, tendo em vista, a inexistência de uma

---

<sup>325</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Principio da isonomia: desequiparações proibidas e desiquiperações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, 2001.

legislação específica a balizar o manuseio dos procedimentos de reprodução assistida e impor limitações nessa ordem.

Essa temática é intensamente discutida na legislação estrangeira e apresenta inúmeras variantes, as quais deflagram, nomeadamente, certos valores que são impingidos em sociedade. Mas, predominantemente, se verifica uma tendência internacional no sentido de restringir o acesso às técnicas às pessoas casadas e mesmo assim, aquelas que apresentem problemas de infertilidade.

Por isso, se analisará a experiência do modelo espanhol, que expressamente consente que as mulheres solteiras possam valer-se dos métodos de procriação assistida, em seu Capítulo III de la Exposición de motivos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988, ora trazida à esta colação:

*Desde el respeto a los Derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.*

Não obstante, denota-se que dispositivo citado é alvo de inumeráveis discussões naquele país. Perquirindo a literatura espanhola que se reporta ao tema, percebe-se duas correntes que revelam entendimentos diametralmente opostos.

Yolanda Gomez Sánchez, autora que defende sem embargo a maternidade para mulheres não casadas, analisa que se deve ter em conta o reconhecimento da igualdade dos filhos, independente do fato dos seus progenitores serem casados entre si, pois, fica evidente não ser o matrimônio o requisito jurídico indispensável para a procriação. Sendo assim, as mulheres podem aceitar sua maternidade sem que o status seja legitimado por um vínculo jurídico ou pela presença de um homem<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> SÁNCHEZ. Yolanda Gomez *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994. Do original em espanhol: se debe " tener en cuenta que el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de que sus progenitores estén o no casados entre sí, lleva implícito el reconocimiento de que el matrimonio no es requisito jurídico necesario para la procreación. Siendo así jurídicamente, las mujeres pueden acceder a la maternidad sin necesidad de que su status esté legitimado por determinado vínculo jurídico ni por la presencia de un hombre".

Ademais, complementa a referida autora, é totalmente constitucional tal possibilidade, tendo em vista, que se somente os filhos que tivessem “simultaneamente” um pai e uma mãe para lhe prestar assistência fossem reconhecidos constitucionalmente, uma alta percentagem de relações paterno-filiais seriam inconstitucionais<sup>327</sup>.

Assim, o que realmente importa em sua opinião, é a atenção verdadeiramente dispensada ao filho, quer na reprodução artificial quer na natural, pois, a constituição não garante aos filhos nascidos uma guarda compartilhada de ambos os genitores<sup>328</sup>.

De igual modo, Maria Fernandes Cábara, corrobora esse entendimento, citando, porém, dois argumentos jurídicos para alicerçar sua conclusão acerca da possibilidade da mulher solteira ter acesso às técnicas reprodutivas: a) o princípio da igualdade perante a lei (art. 14, da Constituição espanhola) b) o princípio do livre desenvolvimento da personalidade (art. 10-1, da CE)<sup>329</sup>.

Assim, a seu ver, não se pode ser negada a inseminação artificial a uma mulher sozinha em razão do princípio da não-discriminação, pois, a maternidade para algumas mulheres solteiras pode representar um fator fundamental para o desenvolvimento pleno de suas personalidades, a fim de se constituir dessa forma, uma família monoparental, modelo também incluído expressamente na proteção constitucional conferida à família.<sup>330</sup>

Por outro lado, alguns autores como Bernardo de Quiros criticam essa permissibilidade, pois, acreditam que possam causar prejuízos à personalidade do

---

<sup>327</sup> *Ibid.* Do original em espanhol: “si los hijos debieran tener “simultáneamente” un padre y una madre que les prestaran asistencia, “un alto porcentaje de las relaciones paterno-filiales serían inconstitucionales”

<sup>328</sup> SÁNCHEZ. Yolanda Gómez. Do original em espanhol: Lo efectivamente relevante es la atención del hijo, tanto en la reproducción natural como artificial; estando ésta garantizada, la Constitución no otorga al hijo un derecho a que sus progenitores biológicos compartan la patria potestad.”

<sup>329</sup> CARBARA. Maria Fernandes. Los problemas jurídicos planteados por nuevas técnicas de procreación humana *apud* GAMA, 2005, p. 268.

<sup>330</sup> CARBARA. Do original em espanhol: ...no pudiendo serle negada la inseminación artificial a una mujer sola por razón del principio de no discriminación, se me ocurre pensar que la maternidad en algunas mujeres puede ser un factor fundamental para el desarrollo de su personalidad, constituyendo así una familia monoparental, incluida expresamente en la protección constitucional de la familia del art.39 C.E



individuo concebido mediante ás tecnologías. Em sua opinião, não se deveriam facilitar o uso das técnicas se esse novo ser venha a vir ao mundo em condições ambientais desfavoráveis notoriamente insuficientes para o conveniente desenvolvimento de sua personalidade<sup>331</sup>.

O referido autor se refere, designadamente, à necessidade da criança de apresentar uma biparentalidade, pois, a legislação espanhola, a despeito de reconhecer a possibilidade da mulher solteira de valer-se das técnicas científicas, só admite a revelação da identidade do doador do material genético ao individuo concebido, se for diagnosticado perigo de vida para o mesmo, afetando o seu direito à sua integridade física, ou moral, em face de transtornos psíquicos decorrentes do desconhecimento de suas origens genéticas (art 15 da C.E.). Contudo, mesmo com essa onisciência, ao individuo assim gerado, não contará com a possibilidade jurídica de constituição de vínculo parental com seu pai biológico (o doador do sêmen) e como também não possuirá de antemão um pai afetivo, a ausência dessa figura paterna em sua vida, certamente trará conseqüências graves ao desenvolvimento de sua personalidade<sup>332</sup>.

Portanto, a pessoa assim concebida acabará sendo condenada a uma família monoparental, por decisão de vontade unilateral de sua mãe.

Nesse sentido, é possível que se argumente que nas procriações ocorridas pelo método natural, são freqüentes as recusas dos progenitores masculinos em estabelecer laços de parentais com a criança que geraram em uma relação sexual desprotegida, de forma livre e conscienciosa.

Há de se questionar ainda, que muitas famílias monoparentais, apresentam-se constituídas por mães e filhos vivendo em perfeita harmonia, em lares bem estruturados.

---

<sup>331</sup> QUIROS. Bernardo de. Sobre la constitucionalidad de la ley de técnicas de reproducción asistida. Rev. Der. Constitucional. *apud* GAMA, 2005, p. 269. Do original em espanhol: En su opinión " *no debería facilitarse el uso de estas técnicas si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes para el conveniente desarrollo de su personalidad*".

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 245.

Mas, indubitavelmente, não se poderá negar que a constituição de uma família monoparental não deve ser destinada à vontade única e intencional de um de seus membros sob de transfigurar-se em um apelo nitidamente egoístico.

Nesse mesmo diapasão, vale a pena transcrever o pensamento de Romeo Casabona, que considera lícito e constitucional que o Estado intervenha no sentido de limitar o acesso as técnicas de reprodução assistida. Para esse autor, a referida norma padece de outras impropriedades, já que, o direito espanhol estaria nitidamente discriminando em termos constitucionais, o homem solteiro, além de outras hipóteses que não foram contempladas, tais como a possibilidade para casais homossexuais, fatos que, flagrantemente violam o principio da isonomia. Ademais, sustenta a inexistência de um direito absoluto ou ilimitado, e assim, é dever do Estado zelar pelo bem estar da futura criança para que a mesma não seja tratada como objeto de um direito da sua mãe<sup>333</sup>.

Por essas e outras razões que muitas legislações internacionais adotaram uma posição contrária ao normativo espanhol, dentre as quais destacamos a francesa que só as admite a casais casados ou que vivam em união estável no período mínimo de dois anos. (Lei 94-654/94 art. 152-2)<sup>334</sup>.

Outrossim, no Ordenamento Alemão se verifica semelhante proibição a teor do que dispõe o Relatório de Benda, o qual limita os recursos formalmente unidos em casamento e reprodução e apenas excepcionalmente, aos companheiros, sendo explicita a proibição da mulher solteira, divorciada, viúva, ou unida por qualquer outra ter acessos às técnicas reprodutivas<sup>335</sup>.

Apresentam-se nesse mesmo sentido: a legislação sueca, a argentina, a egípcia, a israelense e o costariquenha,<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. S. A. Granada: Editorial centro de Estudios Ráamón Areces, 1998. p. 248

<sup>334</sup> GAMA, 2005, p. 249.

<sup>335</sup> Idem. Op. cit. p., 2005 p. 265

<sup>336</sup> Idem. Op. cit. op, 2005.p. 265

Acompanham o entendimento da Espanha: a Holanda, a África do Sul, dentre outros países<sup>337</sup>.

Mas qual a importância da análise comparatista ora apresentada? Explica-se: o direito brasileiro ressent-se a exemplo de alguns outros países de um tratamento legislativo aprofundado sobre essa questão.

Registra-se tão somente um projeto de Lei nº 90/99, ainda em tramitação no congresso nacional, o qual apresenta dispositivo que admite à extensão das técnicas para mulheres solteiras, desde que comprovada a sua infertilidade. (art. 8º do PLS).

Contudo, à doutrina brasileira já exhibe alguns posicionamentos sobre o assunto.

Segundo Gama, devem-se considerar essas práticas extensivas às mulheres solteiras, desde que configurados requisitos mais rígidos do que os exigíveis para casais. Seu entendimento resvala-se na proteção de índole constitucional à família monoparental, no contexto dos valores e princípios, que vigoram na ordem civil constitucional brasileira, notadamente, quanto ao pluralismo de famílias, à inclusão de grupos excluídos, além do o princípio da isonomia etc. O autor só adverte que não se devem desconsiderar nessa hipótese, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável, princípios, que, a seu ver, são corolários do direito à procriação que sustenta<sup>338</sup>.

Por outro viés, Eduardo de Oliveira Leite, destaca que toda pessoa deve ter um direito a biparentalidade, como direito fundamental, não podendo ser, assim, admitida qualquer técnica de reprodução assistida que busque atender interesses egoísticos de determinadas pessoas, grupos ou segmentos de conduta excepcional da sociedade, concluído da seguinte forma: “a legitimidade deste recurso repousa na

---

<sup>337</sup> BORGES JUNIOR, Edson; OLIVEIRA, Débora Ciocci Álvares. **Reprodução Assistida, até onde podemos chegar?** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

<sup>338</sup> Ibidem. p. Op. cit, 2005, p. 721.

natural intenção de ter prole, própria de casais, como decorrência natural da relação matrimonial, ou da entidade familiar<sup>339</sup>”.

Bem verdade, que a experiência mostra que, salvo situações excepcionais, quando uma pessoa deseja realmente fazer algo e nesse sentido, quando uma mulher decide ter um filho, se sua fisiologia permitir, a mulher poderá tê-lo independente de seu estado civil, do fato de viver só, ou de ser casada.

Desse modo, tal como no ordenamento espanhol, verifica-se que essa importante decisão será destinada única e exclusivamente à vontade da mãe, que poderá cercear aprioristicamente, a existência de um pai na esfera de vida de seu filho.

Nesse passo, inevitável não questionar se tal decisão não se revelaria egoística, pois, ao contrário das gestações naturais, onde, ainda quando o homem recusa-se em assumir sua paternidade, a criança poderá firmar se desejar, um estado de filiação, mediante a propositura de uma ação investigatória de paternidade, (regulamentada pela Lei nº 8.560/92, sendo-lhe tal direito personalíssimo e imprescritível a teor do que dispõe o art. 27 do ECA, além da Sumula 149 do STF), nesses casos não lhe será dada nenhuma possibilidade de fazê-lo, por qualquer meio jurídico.

Em um projeto dessa natureza, a criança gerada não terá um pai, pois, em que pese o art. 9º do aludido Projeto de Lei pátrio, permitir à revelação da identidade do doador do gameta ao concebido pelas técnicas artificiais, o indicativo legal se revela contrário à existência de formação de vínculo parental entre as partes. Ou seja, a pessoa concebida deterá o direito personalíssimo de cientificar-se quanto a sua ancestralidade (a depender do entendimento do magistrado), sem, entretanto, apresentar o direito de estabelecer um estado de filiação com o doador do sêmen.

Dessa forma, como se pode conceber que uma mulher em um ato positivo de vontade tenha o poder de privar um menor de ter um pai e uma família paterna correspondente? Será que uma criança não teria o direito de ter um pai e uma mãe,

---

<sup>339</sup> LEITE, 1995, p. 156.

senão biológicos, ao menos adotivos? Certo que essa situação pode se verificar em outros tipos de concepção, mas no caso específico de se buscar uma intervenção das técnicas médicas se verifica flagrantemente a constatação de uma maternidade buscada consciente e voluntariamente. O que parece evidente é que não se deva permitir a privação de um pai *prima facie*, pois, neste caso se verificaria uma colisão de direitos, o direito hipotético de uma mulher sozinha de conceber um filho por inseminação artificial e o direito do menor a ter um pai.

Ressalte-se nesse sentido, que nenhuma das Declarações de Direitos Humanos Internacionais reconhece expressamente a vertente positiva do conceito de direitos reprodutivos, “o direito de ter um filho”. Pelo contrario, são abundantes as declarações internacionais que reconhecem o direito do filho a ter pais e uma família.

Outrossim, analisando a questão dentro de um enfoque psicodinâmico, também se constata o quanto à figura paterna é crucial para o desenvolvimento pleno da personalidade dos indivíduos.

Em matéria veiculada no jornal o Globo, a jornalista Márcia Cezimbra nos revela a importância do pai na esfera de existência do indivíduo em matéria intitulada: “A Nova produção independente”. Em suas considerações, a autora destaca o trabalho das psicanalistas americanas Leif Terdal e Patrícia Kennedy, autoras de "Produção independente - Criando meninos sem a presença do pai" as quais sustentam que se a criança não tiver ao menos um pai afetivo, apresentará ao longo de sua vida vazios existenciais.

Depois de uma longa pesquisa com filhos de pais divorciados nos Estados Unidos, as autoras constataram que metade das crianças nascidas após 1975 vive longe do pai e, nestes casos, os meninos apresentaram mais transtornos do que as meninas: baixo rendimento escolar, agressividade com a família e com os colegas, uso de drogas, depressão e angústia<sup>340</sup>.

Outrossim, na opinião de Geny Talberg, citada pela referida jornalista:

---

<sup>340</sup> CEZIMBRA, Márcia. A Nova produção independente da Família. Jornal O Globo, 29 ago. 1999. In: TERDAL, Leif; KENNEDY, Patrícia Joranla. **Produção independente**: criando meninos sem a presença do pai. Rio de Janeiro.: Rosa dos Tempos, ano 2002.

Uma relação entre mãe e filho que opta pela exclusividade entre ambos traz, entre as mais sérias conseqüências, a tendência da criança de se sentir com a responsabilidade de compensar a carência afetiva da mãe. E os filhos não podem tornar-se companheiros dos pais. Eventualmente, assumindo este papel, haverá danos para o seu desenvolvimento emocional<sup>341</sup>.

Seguindo a mesma linha de pensamento, o psicanalista Sérgio Nick, autor do ensaio "Dano moral e a falta do pai - Algumas considerações sobre a produção independente", realizou uma pesquisa sobre filhos de produções independentes e abandonados pelo pai e constatou que os riscos e os danos são diferentes em cada caso:

O maior risco para os filhos de produção independente, comprovado estatisticamente, é o perigo da excessiva fusão com a mãe. O que impera nesta relação é a convicção de que mãe e filho bastam-se um para o outro. A mãe acha que poderá suprir todas as necessidades do filho e dela mesma, mas vai gerar distúrbios emocionais na criança<sup>342</sup>. [...] Estas crianças apresentam um núcleo depressivo que pode levá-las a sentimentos de baixa auto-estima, de não serem merecedoras de amor. Além de gerar sentimentos de ódio e de inveja de difícil manejo.

Não é que o referido psicanalista julgue imprescindível a convivência diária criança da criança com o seu pai, até pelo contrario, avalia que é plenamente possível que a mãe exerça a função de mãe e pai, entretanto, é preciso que ela deixe claro para o seu filho que ela não pode ser tudo para ele, e que não negue a identidade, a presença e a participação do pai em sua vida. Assim, em suas palavras: "saber quem é o pai, conhecê-lo e conviver com ele é parte integrante e fundamental da construção da identidade pessoal da criança".<sup>343</sup>

Nessa mesma linha, Lipovetsky (2000) examina que a despeito do advento da mulher-sujeito, isto é, da mulher que trabalha, que usufrui da liberdade individual e da igualdade de direitos, não se anularam os mecanismos de diferenciação social dos sexos. Existindo sempre uma recomposição e reatualização sob novas formas. Essas diferenças se tornarão mais maleáveis, menos visíveis, menos exclusivas,

<sup>341</sup> TALBERG, Geny *apud* CEZIMBRA, 1999.

<sup>342</sup> NICK, S. E. **Dano moral e a falta do pai**: algumas considerações sobre a produção independente. Jul. 1994. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1630958118>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

<sup>343</sup> *Ibid.*, *id.*

mas nunca desaparecerão<sup>344</sup>. O que permite concluir que no cenário familiar e no desenvolvimento da criança, a figura do pai sempre será reivindicada, pois, do rebento ao sujeito há um caminho a ser percorrido, no qual se torna fundamental a existências das figuras materna e paterna.

Mas, ainda que se corroborasse com entendimento do aludido dispositivo em apreço, ao reverso dos estudos e opiniões cotejadas, não se poderia deixar de reconhecer que dentro de uma perspectiva constitucional, o mesmo ainda violaria flagrantemente o princípio da isonomia, haja vista, cercear essa possibilidade para homens solteiros em semelhante condição.

Conforme tratado no segundo capítulo, quando fora avaliada a temática do desejo, os homens também manifestam vocação para paternidade, sendo igualmente vítimas da frustração da infertilidade.

De forma que não é impossível vislumbrar uma situação onde a despeito de não ter uma companheira, um homem aspire assumir uma paternidade solitária, predispondo-se a criar uma criança e assumir sozinho as funções paterna e materna.

Nesse caso, poderá o direito circunscrever esses procedimentos apenas para as mulheres solteiras? Não se estaria assim ferindo o princípio da isonomia?

Fácil antever que a reivindicação por filhos, muito possivelmente, não se circunscreverá apenas às mulheres, em que pese a reprodução biológica operar-se em seu corpo, já que, poderá partir também de homens solteiros, na medida, que as tecnologias oferecidas possibilitam o nascimento de uma criança, através do método conhecido como gestação por substituição.

Essa é atualmente a única maneira científica conhecida, (já que a ciência caminha para uma gestação em útero artificial) para viabilizar esse projeto e realizar o sonho

---

<sup>344</sup> LIPOVETSKY, G. **A terceira mulher**: permanência e revolução do feminino. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 90.

da paternidade, muito embora seja muito questionada nos pontos de vista ético e jurídico.

A gestação por substituição ocorre a partir da fertilização *in vitro*, na qual poderá ser utilizado ou não o material genético do casal. Dar-se-á a fecundação em um tubo de ensaio. Daí o "bebê de proveta" que consiste na técnica de promover a concepção fora do corpo da mãe. O embrião assim obtido poderá ser implantado no útero de uma mulher, que não assumirá nenhum vínculo parental com a criança e representará apenas um instrumento para viabilizar uma gestação<sup>345</sup>.

Ocorre que, inevitavelmente essa técnica suscitará inúmeras indagações, sobretudo, por colocar em cheque a presunção milenar que o direito adotou, através do princípio do jurisconsulto romano Papiniano, "*mater semper certa est*" (a mãe é sempre certa), já que traz a incerteza em relação à maternidade, dantes tão facilmente verificável através do parto.

Especificamente no que condiz a utilização desses mecanismos por homens solteiros, encontra-se um sério paradoxo, pois, a despeito da criança concebida pelas técnicas ter nascido de uma mulher, a mesma não será considerada sua mãe, pois, não terá qualquer vínculo emocional a justificar o desempenho de uma função materna, não passando assim, de um mero veículo empregado para a saciar o desejo de um homem por um filho. De igual maneira, a doadora do óvulo utilizado nessa concepção, se essa for pessoa diversa da que portou a criança em seu ventre.

Por essa razão, a doutrinadora Jussara Meirelles depois de proporcionar um estudo contundente sobre a matéria concluiu que "o pretense direito de ter filhos colide com os direitos da mulher e do feto, que não podem ser considerados instrumentos do direito de outrem, posto seres humanos que são"<sup>346</sup>.

E se fora emitida uma opinião contrária no tocante ao acesso das técnicas reprodutivas para mulheres solteiras inférteis, com muito mais razão, continua-se a

---

<sup>345</sup> MEIRELLES. Jussara. Op. cit., 1998, p. 28.

<sup>346</sup> *Ibid.* 1998, p. 107



mantê-la para os homens que perfaçam essa mesma condição. Não se pode coadunar com uma prática que se disponha a cercear intencionalmente a figura materna da vida de uma criança, em face de uma escolha privada e egoística, por parte daquele que ensejou a veiculação dos métodos artificiais. Especialmente, quando se considera que a técnica empregada apresenta o condão de violar flagrantemente o princípio da dignidade humana.

Destarte, por mais que o homem solteiro, aparentemente ofereça condições materiais e emocionais para criar e educar com louvor uma criança, não se julga que deva ser detentor do direito de afastar da esfera de vida de seu filho a existência de uma mãe, haja vista, que no aludido método reprodutivo à locadora do útero não se predispõe a oferecer nenhum liame afetivo para com a criança.

Não obstante, considera-se viável a adoção para homens e mulheres solteiras, tendo em vista tratar-se de situação inteiramente diversa. Na adoção lida-se com crianças já existentes, que foram abandonadas em instituições, que carecem de apoio, carinho e cuidados. Nesses casos, a criança adotada, certamente indagará sobre a sua ancestralidade, e saberá que o adotante não foi o responsável pela privação de uma mãe ou um pai em sua vida. Essa ausência certamente será atribuída às circunstâncias da vida, tais como: a morte, uma doença grave, ou até pelo seu abandono consciente, enfim, episódios lastimáveis, dos quais a pessoa solteira jamais poderá ser responsabilizada. Muito diferente, quando a mesma livre e conscientemente enseja um projeto familiar prescindindo das figuras materna ou paterna, pois, estimulará seguramente graves seqüelas psicológicas em seu filho, em face de um vazio existencial que nunca será preenchido.

Em vista disso, a biparentalidade configura-se fundamental para o processo de subjetivação infantil dos indivíduos, e, se por porventura não for possível percebê-la, que, ao menos não se justifique pela vontade egoística de uma única pessoa.

Destarte, em face de todos os argumentos expendidos, não se coaduna com a extensão dos métodos científicos para pessoas solteiras. Parece ser muito mais ponderada a postura adotada pelo ordenamento francês que destina essas práticas

às mulheres inférteis casadas ou que vivam em união estável no período mínimo de dois anos.

Explica-se. É constitucionalmente insustentável pretender que apenas os casais casados tenham acesso às tecnologias reprodutivas, mormente em virtude do reconhecimento da legitimidade da união estável em nossa ordem jurídica. Já o estabelecimento de um período mínimo é justificável ante as instabilidades conjugais, muito comuns em nossa sociedade, sendo necessário para se comprovar que àquele casal, ao menos em tese, vivencia um relacionamento firme, durável e apto a receber uma criança em um lar onde se possa inspirar maior segurança, além de se evitar possíveis fraudes.

Com relação à destinação para as mulheres inférteis, se afigura plausível, posto que a técnica de gestação por substituição afronta fundamentalmente o princípio da dignidade humana, princípio basilar de nossa ordem jurídica, devendo dessa forma, ser sumariamente afastada, a exemplo da determinação exposta na legislação francesa.

Por isso, que se devem disponibilizar essas tecnologias somente para as mulheres inférteis, casadas ou que vivam em união estável no período mínimo de dois anos. Essas limitações são necessárias e irretorquíveis, apresentando-se como discriméns plenamente justificáveis, que não ferem absolutamente o princípio isonômico.

Ademais, como bem acrescenta Celso Antonio Bandeira Melo as discriminações sempre haverá de haver, pois, “as normas sempre fazem distinções entre coisas, seres e situações. E se por um lado, as mesmas apresentam fatores convergentes, os quais as permite considerá-las por iguais, por outro, sempre haverá diferenças no que condiz a certos aspectos e circunstâncias que os envolvem”<sup>347</sup>. Nessa seara, o estado civil dos envolvidos há de se considerado, para se aquilatar novas famílias, constituídas em face dos adventos biotecnológicos, aproximando-se ao máximo das famílias originadas pelos meios naturais, impescindindo, portanto das existências maternas e paternas.

---

<sup>347</sup> MELLO, 2001.

Assim, as possibilidades enumeráveis de procriação assistida não podem converter-se em patente curso de satisfação de todos os desejos de fabricação de uma família. A valoração de interesses dos filhos deve ser assim, a chave para se construir o fundamento da sociedade do amanhã, mediante relações que permitam as gerações futuras, sobretudo, desfrutar de uma família não patológica.

## 6.2 O DIREITO DE CASAIS HOMOSSEXUAIS DE ACESSO ÀS TECNOLOGIAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Dentre as demandas de normatização empreendidas pelos homossexuais, na atualidade, está à busca de autorização legal para o direito por filhos biológicos, pelo menos de um dos membros do casal, através das biotecnologias de reprodução.

Partindo de uma análise comparatista da matéria, denota-se que alguns ordenamentos estrangeiros incisivamente afastam a possibilidade desse acesso dentre os quais citamos: os Países Baixos, a Austrália, a Áustria, a República Checa, a Dinamarca, a França e a Noruega<sup>348</sup>.

Entrementes, essa postura pode apresentar algumas variações, por exemplo, em 1997, nos Países Baixos se verificou uma proposta legislativa para que às solteiras e homossexuais fossem consentida a adoção e os recursos das técnicas de reprodução assistida. Do mesmo modo na Dinamarca, despontam-se estudos que indicam que os homossexuais podem ser bons pais, o que tem necessariamente influenciado a opinião pública. Na Austrália a Lei de Tecnologia Reprodutiva de (1992) que exclui as mulheres solteiras e lésbicas foi declarada inconstitucional<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> MEDINA, Graciela. **Los homosexuales y la procreacion asistida en la legislacion y jurisprudencia comparada**. Disponível em:

<[www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000163.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000163.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2007.

<sup>349</sup> *Ibid.*

Mas, em países como a Áustria a legislação é categórica ao consentir o acesso apenas às pessoas casadas e as solteiras heterossexuais<sup>350</sup>.

Na Republica Checa, essa possibilidade é ainda mais circunscrita, atingindo apenas as pessoas casadas<sup>351</sup>.

Na Dinamarca a Ata do Parlamento nº 2460 de 10 de julho de 1997, expressamente proíbe que as solteiras lésbicas façam uso das técnicas de reprodução assistida.

Na França apenas os casais casados ou que vivam em união estável no período mínimo de dois anos terão acesso a tais métodos reprodutivos<sup>352</sup>.

A Noruega por sua vez, revelou sua negativa na Lei de Partenariado de 1992<sup>353</sup>.

Por outro viés, alguns ordenamentos internacionais admitem a extensão dessas práticas à categoria em lume, é o caso da Bélgica, Grã Bretanha, Holanda, Estados Unidos (nos Estados de Vermont, Minnesota, Chicago). Sendo que a Bélgica apresenta legislação permissiva expressa a casais de lésbicas<sup>354</sup>.

Na Islândia a primeira legislação que permitia uniões homossexuais não consentia o acesso às técnicas reprodutivas. Sem embargo, em junho de 2000, uma reforma modificou esta posição permitindo que as mulheres solteiras registradas pudessem fazer uso de tais técnicas<sup>355</sup>.

Na Grã - Bretanha a Lei de Fertilização Humana e Embrionária de 1990, reza em um dos seus artigos:

Não se deverá proporcionar tratamento a uma mulher sem que se haja analisado o bem estar potencial do filho ou de qualquer outra criança que possa vir a ser afetado portal nascimento, inclusive a necessidade de um filho de ter um pa<sup>356</sup>.

---

<sup>350</sup> MEDINA, 2007.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> *Ibid.*

<sup>353</sup> GAMA. Guilherme Oliveira. Op. cit, 2005. p. 265.

<sup>354</sup> MEDINA, *op. cit.*

<sup>355</sup> *Ibid.*

<sup>356</sup> *Ibi.*

Esse critério acaba assim por permitir que essa decisão fique sobre a discricção dos profissionais médicos.

Na Holanda, em 12 de setembro de 2000, o parlamento holandês aprovou uma lei que entrará em vigor no ano de 2001 que permite as mulheres homossexuais, contrair, matrimônio com os mesmos direitos das mulheres heterossexuais, entre eles o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida<sup>357</sup>.

Mas, no caso específico do Brasil, denota-se que não na ausência de uma legislação específica a nortear os procedimentos das clínicas de fertilização as mesmas realizam esses procedimentos em casais homossexuais, seguindo seus próprios critérios. No mais das vezes prevalecerá certa permissibilidade, uma vez que, nesses centros imperam os ideais capitalistas, de modo que àquele que poderá pagar, dificilmente receberá uma recusa, independente do fato de sua orientação sexual.

Não obstante, cumpre salientar que o Projeto de Lei 90/99, de autoria do senador Lúcio Alcântara, ainda em tramitação no Congresso Nacional, implicitamente tende a vetar esse ingresso. Por uma única razão principal: circunscreve esses procedimentos às mulheres inférteis.

A infertilidade figurará, assim, como elemento limitador dessas manobras reprodutivas e desse modo, somente uma mulher homossexual infértil, poderá realizar esse projeto.

Os casais homossexuais masculinos, portanto, não poderiam dispor das práticas artificiais, somente as homossexuais femininas, se, porventura, alguma delas for infértil.

Nesse passo, imperioso traçar um breve panorama da situação sócio-jurídica do homossexual, com o fito de desenvolver subsídios teóricos, hábeis a sustentação de um posicionamento sobre a matéria.

---

<sup>357</sup> MEDINA, 2007.

Segundo Roudinesco estima-se que, no momento atual, nos Estados Unidos e no Canadá, 10% dos homossexuais compõem uma categoria de pais gays e lésbicas, tanto como resultado de terem ido viver com um companheiro do mesmo sexo após uma separação de um casamento heterossexual em que haviam gerado filhos; ou porque conceberam filhos através de inseminação artificial com doador ou de mães de aluguel; ou ainda porque adotaram uma criança na condição de solteiros. "Isso significa que existem no continente americano de 1 a 5 milhões de mães lésbicas, de 1 a 3 milhões de pais gays, e de 6 a 14 milhões de crianças criadas por pais homossexuais<sup>358</sup>."

A homoparentalidade vem também se impondo em toda a Europa. Na França, já existe, desde 1986, uma associação denominada de Associação dos Pais e dos Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL) que conta, hoje, com mais de 1.200 membros<sup>359</sup>.

Estes dados mostram que a homoparentalidade já é um fato, apesar de que, em termos proporcionais aos demais países e à população em geral, aqui no Brasil, ainda seja um fato pouco freqüente. Poucas são as decisões que se afirmam no sentido de reconhecer adoção a casais homossexuais. De modo que, no Brasil, a situação jurídica dos homossexuais, decididamente, ainda se encontra sob definição.

Consoante Roudinesco, o movimento gay e suas aspirações aos ideais de família, geração e adoção de crianças é um movimento esperado, diante do crescimento e afirmação da identidade homossexual neste complexo estágio civilizatório que atingimos. Ao reivindicarem o direito a filhos, os homossexuais afirmam, também, suas identidades e suas diferenças enquanto grupo, e tentam garantir o acesso a outros bens sociais. "Ter filhos pode representar, portanto, uma tentativa de acessar os recursos simbólicos e materiais da sociedade<sup>360</sup>".

---

<sup>358</sup> ROUDINESCO, E. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 99.

<sup>359</sup> *Ibid.*, *id.*

<sup>360</sup> *Ibid.*, *id.*

Entretanto, uma questão freqüentemente colocada é a de que, no caso de uma criança ser gerada por dois homossexuais masculinos ou femininos mediante as técnicas artificiais, acabaria por necessariamente por sofrer à transmissão da idéia da existência da "diferença anatômica dos sexos" que, em teoria, seria necessária à elaboração de todas as diferenças imaginárias e simbólicas. É a ameaça da supressão da diferença sexual que amedronta, desde o final do século XIX, com o declínio da antiga autoridade patriarcal. E que hoje se torna mais intensa com a manifestação do desejo dos homossexuais de se incluírem na norma, rompendo com uma ordem procriadora que se sustentava há, pelo menos, uns dois mil anos, no princípio do *logos* separador e da diferença sexual<sup>361</sup>.

Além do mais, outras dúvidas e receios se colocam. Será que os filhos de homossexuais correm mais riscos que os outros de sofrer distúrbios psicológicos, ou adotarem comportamentos associais?

Inegável que tal possibilidade deva ser estudada e passar pelo crivo de profissionais especializados como psicólogos, pedagogos, terapeutas, com o fito de revelar se a criação e educação nesses lares se processam de maneira salutar para a criança.

Dentre os estudos até então realizados, há aqueles que indicam manifestações favoráveis nesse sentido. Elizabeth Roudinesco, por exemplo, assevera que essa preocupação não tem fundamento. Segundo a autora, dezenas de pesquisas publicadas entre 1973 e 1995, apesar de pouco esclarecerem sobre a enorme mutação histórico-cultural que representa não mais fundar a ordem familiar na diferença sexual, tranqüilizaram os homossexuais, demonstrando que eles são pais tão comuns quanto qualquer outro e nada nos permite dizer que "filhos de homossexuais" sejam mais perturbados que os filhos de casais heterossexuais ou mais ignorantes em relação à diferença sexual<sup>362</sup>.

Mary Warnock, também perfilha esse entendimento, pois, a seu ver, nada obsta que um casal de homossexuais femininas, colha o esperma de um amigo também homossexual, por exemplo, sendo que apenas uma delas dirija-se ao centro de

---

<sup>361</sup> ROUDINESCO, 2003, p. 22.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 67.

fertilização, omitindo sua orientação sexual, de modo que, para a autora não há dúvidas de que quando se deseja ter filhos através das técnicas artificiais é perfeitamente possível fazê-lo, se tornando tanto inócua quanto desmotivada a proibição de acesso a tais grupos.

Ademais, denegar o acesso a essa categoria sobre o argumento de zelar pelo bem estar a criança, é extremamente falho, na medida a noção de bem estar, só pode ser inferida através de valorações culturais respaldadas em juízos de valores dotados de extrema subjetividade, afinal, pergunta-se “quem de nós é capaz de mesurar ou prever o que corresponde a bem estar ou o melhor para uma criança?”<sup>363</sup>.

Mas, a despeito da existência de posicionamentos favoráveis, deve-se apontar, outrossim, a existência de outros estudos que registram que as crianças que crescem em lares em que não se inserem, necessariamente, no paradigma familiar, dentro daquela velha triangulação clássica, pai, mãe, e filho, padecem de graves problemas psicológicos. Sem comentar, que indubitavelmente serão vítimas de grande discriminação, mormente, considerando que nossa sociedade ainda não aceita com naturalidade a homossexualidade.

Não raro, essas crianças serem estigmatizadas, em face, da orientação sexual de seus pais, sendo vítimas de preconceito na escola, nas rodas de amigos, enfrentado a rejeição social desde a mais tenra idade.

Por isso, na medida em que a situação sócio-jurídica dessas pessoas ainda não se pacificou, havendo acirrado debate quanto se admitir a adoção em tais casos, cresce a dificuldade de explicitar qualquer posicionamento cabal sobre a possibilidade de emprego dos métodos de reprodução assistida.

A sociedade ainda tem muito a evoluir no sentido de aceitar e respeitar as diferenças entre as pessoas, suas escolhas e sua maneira particularizada de escolher viver a vida. Toda luta, nesse sentido, é extremamente válida, principalmente, sopesando

---

<sup>363</sup> WARNOCK, 2002, p. 72.



que se tratam de pessoas adultas e capazes de decidir com autonomia seus próprios destinos.

Entretanto, a reivindicação por filhos, não corresponde à forma mais apropriada para conquista de respeito, tolerância, e outros direitos civis inerentes a sua situação, haja vista, que se deve priorizar sempre a situação do menor que virá ao mundo, proporcionando-lhe as melhores condições possíveis para o seu ingresso, a fim de que o mesmo possa crescer em um ambiente que o permita desenvolver com plenitude sua personalidade, sem que tenha necessariamente que duelar prematuramente com o mundo, sofrer, ou ser vítima de discriminação, em virtude da escolha pessoal de seus pais.

A criança, assim, não pode servir como uma bandeira, como um baluarte, não lhe é justo enfrentar desde cedo as iniquidades do mundo, numa luta que necessariamente possa não lhe dizer respeito algum, já que a escolha da sua própria sexualidade se dará em momento bem posterior, sendo de natureza personalíssima.

Por essa razão, a doutrinadora Heloísa Helena Barbosa<sup>364</sup>, pondera que independente da opção sexual, deve-se considerar os princípios limitadores (dignidade da pessoa humana e paternidade responsável) para todo e qualquer caso, tendendo a preservar o melhor interesse da criança, e não acolhendo práticas que se saiba de antemão violar tais princípios.

Assim, enquanto a situação jurídica de casais homossexuais, não estiver definida, enquanto não encontrarem o respeito que lhes é merecido, enquanto a sociedade não evoluir para aceitar o outro e suas escolhas pessoais, não deve a criança ser obrigada a trilhar essa via crucis em conjunto com seus pais.

Haverá certamente quem argumente de maneira pessimista que jamais chegará esse tão sonhado momento para os homossexuais, que o pensamento expendido ao longo dessa trajetória é utópico ou que revela sub-repticiamente uma nódoa de

---

<sup>364</sup> BARBOSA, 2003.

preconceito. A estes, entretanto, se indica retornar para ao capítulo preliminar onde fora registrado todo percalço histórico trilhado pelas mulheres na luta pela isonomia de direitos, e pelo reconhecimento de sua autonomia reprodutiva. Bem verdade, que é uma história manchada por sangue de inocentes, por gritos que foram sucumbidos pela força de um poder hegemônico e repressor, definidor do bem e do mal, do normal e do desejável para os outros, mas, que por fim, logrou o êxito almejado, perspectiva que também se deseja intimamente para os homossexuais. Enquanto isso, as crianças merecem ser afastadas desse contexto sofrido, dessa árdua batalha, até que o momento em que possam manifestar seus próprios posicionamentos, expressar suas opiniões contrárias ou favoráveis. Até que finalmente possam ingressar na sua própria história....

### 6.3 O DEVER DO ESTADO DE CUSTEAR TRATAMENTO PARA INFERTILIDADE.

Segundo Vandeploa:

O direito à saúde contém liberdades e prerrogativas. As liberdades incluem direito de controlar sua própria saúde e corpo, incluindo liberdade sexual e reprodutiva. Ao contrário, as prerrogativas incluem o direito a um sistema de proteção à saúde que ofereça igualdade de oportunidades para as pessoas usufruírem o mais alto nível de saúde sustentável<sup>365</sup>.

Por isso, uma das poucas conseqüências positivas do reconhecimento de um direito à procriação na ordem jurídica, seria o dever que existiria para o Estado de custear os tratamentos clínicos da infertilidade para os casais de baixa renda, oferecido, hodiernamente, pelas técnicas de reprodução assistida, as quais se caracterizam, notadamente, por serem procedimentos extremamente custosos<sup>366</sup>. Tal responsabilidade decorreria do direito à saúde, assegurado em nossa ordem constitucional (art. 196 da CF) e veiculado através do SUS, Sistema Único de

---

<sup>365</sup> VANDERPLAAT, Madine. **Saúde e direitos humanos**. Brasília: Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em direitos humanos e saúde, 2004, p. 30.

<sup>366</sup> Segundo Carolina Kalume as despesas de um tratamento de infertilidade chegam ao patamar de doze mil reais por tentativa! (KALUME, Carolina; NUNES, Juliana César; SAMARA, Monica. A expectativa de mulheres que aguardam tratamento de reprodução assistida no hospital público de referência do Distrito Federal. In: GARRAFA, Volney; CORDÓN, Jorge (Org.). **Bioética no Brasil de hoje**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 90)

Saúde, autarquia comandada pelo Estado e composta por uma rede descentralizada de prestadores e provedores públicos e privados.

Assim, ao derredor do que fora sustentado em capítulo retro, a infertilidade considerada pelo saber médico, como uma enfermidade, (incluída em seu rol Classificatório das Doenças), implicaria no dever dos Órgãos Públicos de arcar com seu tratamento clínico.

Inegavelmente, tal acesso representaria a um grande advento para as parcelas sociais menos favorecidas economicamente, tendo em vista, que é nessa categoria que se registram os maiores índices de infertilidade.

Dentre as causas para a infertilidade que tendem a atingir mais especificamente a camada social, sob exame, não se pode deixar de fazer menção à esterilização cirúrgica feminina como método contraceptivo feminino, usualmente, realizadas logo em seguida, à operação cesariana (em que pese existir em nossa ordem, uma lei que vedada à esterilização cirúrgica em mulheres durante o período de parto ou aborto, exceto em caso de risco de vida para a mulher, conforme artigo 10, § 2º da Lei 9263/1996 e Portaria SAS/MS nº 048 (11/02/1999)), mas que na prática ainda é muito verificável.

Nesses casos, são registrados altos índices de arrependimento posterior, notadamente, quando as mulheres já inférteis, investe-se em uma nova relação conjugal e passam a desejar outra vez filhos, pois, o procedimento cirúrgico de esterilização feminina é concebido como método irreversível, já que a porcentagem de chances de uma nova cirurgia traga, novamente à mulher, sua capacidade de reprodução, é muito pequena. O ginecologista Luiz Eduardo Campos, da Universidade de Campinas, inclusive, em seus estudos, relata que o número de casais esterilizados que se mostram arrependidos e procuram ajuda nos hospitais públicos para engravidar é de cerca de 12%<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup> KALUME; NUNES; SAMSRA, 2006, p. 95.

Outra causa para infertilidade mencionada por Sommer, é a daquela gerada por infecções crônicas decorrentes do uso inadequado de dispositivos intrauterinos (DIU), cuja baixa qualidade de assistência no campo da contracepção encontra forte explicação<sup>368</sup>.

Insta salientar que a esterilidade pode estar veementemente relacionada às conseqüências de abortos clandestinos e em condições de precariedade, mormente, com a ingestão de medicamentos inapropriados como o Citotec, com o uso de chás e bebidas abortivas, ou ainda realizados em ambientes sem estrutura mínima de higiene e sem a presença de profissionais da medicina, como os operados por curandeiros, por exemplo.

Mas, a literatura médica especializada aponta como principal causa para infertilidade as seqüelas de doenças sexualmente transmissíveis como a clamídia, doença infecto-contagiosa que ataca os órgãos genitais masculinos ou femininos e se caracteriza pelo aparecimento de uma secreção uretral escassa, translúcida e geralmente matinal. Geralmente é assintomática e como o Serviço Público de Saúde não tem como rotina a realização deste diagnóstico, tal fato, propicia ainda mais a expansão da doença<sup>369</sup>.

Todos esses fatores são fortemente ligados às péssimas condições de vida da população mais carente em nosso país, sua falta de esclarecimento e assistência de cunho preventivo. GIFFIN, ao analisar essa questão, denominou o processo de controle da fecundidade no Brasil de *modernidade perversa*, mostrando que, paralelamente aos modernos meios contraceptivos ofertados (majoritariamente a pílula e a laqueadura tubária), a maioria das brasileiras, condicionadas pela situação de pobreza, pela falta de opções e acesso a direitos sociais, nunca pôde, de fato, realizar suas escolhas reprodutivas livremente: ou não podiam ter mais filhos, mesmo desejando-os, devido às dificuldades materiais para criá-los, ou não

---

<sup>368</sup> SOMMER, S. E. Mujeres e reproducción: las nuevas tecnologías. debate feminista, 1993 *apud* TANAKA; ALVARENGA. Tecnologia e medicalização da concepção e contracepção. In: GALVÃO; DIAZ, 1999, p. 207.

<sup>369</sup> OLIVEIRA, Fátima. Expectativas, falências e poderes da medicina de procriação: gênero, racismo e bioética *apud* SCAVONE, 1996, p. 188.

conseguiam evitá-los pelo mesmo motivo, num ciclo perverso que incluía a alta mortalidade por abortos provocados em condições precárias e clandestinas<sup>370</sup>.

Mesmo no momento, em que as mulheres optam por uma gestação, dentro de uma fase mais estruturada de suas vidas, não mais conseguem realizar esse intento pelas vias naturais, haja vista, que tais procedimentos incidem muitas vezes, de maneira irreversível em seus organismos, ocasionando o mal da esterilidade.

Nestes moldes é que muitos doutrinadores defendem a partir das noções empregadas pela CF de 1988, o acesso gratuito às técnicas de reprodução assistida, com vistas ao princípio da saúde universal, visando, assim, integralidade de atendimento e garantia a uma assistência equânime, com o escopo principal de superar as desigualdades existentes, consideradas socialmente injustas e evitáveis, e desse modo, pôr fim às diferenças.

De acordo com Mackenbach e Kunst, as desigualdades em saúde definem-se pela prevalência ou incidência dos problemas de saúde entre os indivíduos do mais alto e mais baixo status socioeconômico. Destacam os autores, que as desigualdades interligam-se ao status socioeconômico do grupo ao qual pertencem os indivíduos. As dimensões da desigualdade em saúde são atribuídas a diferentes determinantes que podem corresponder a um conjunto de fatores interligados às condições de saúde e adoecimento, que definem o padrão de morbimortalidade dos diferentes grupos sociais, e/ou as diferenças na distribuição, organização e utilização dos recursos em saúde<sup>371</sup>.

Por sua vez, equidade em termos de saúde, remete à noção de que, de acordo com os ideais, todos os indivíduos de uma sociedade devem ter justa oportunidade para desenvolver seu pleno potencial de saúde e, no aspecto prático, ninguém deve estar em desvantagem para alcançá-lo. Conseqüentemente, referem-se à redução das

---

<sup>370</sup> GIFFIN, K. M. A Modernidade perversa e a reprodução humana no Brasil. In: LEAL, M. C., SABROZA, P. C., RODRIGUEZ, R. H; BUSS, P. M. (Orgs). **Saúde, ambiente e desenvolvimento**. São Paulo/ Rio de Janeiro: HUCITEC/ ABRASCO, 1992. v. II.

<sup>371</sup> MACKENBACH, J. P.; KUNST, A. E. Measuring the magnitude of socio-economic inequalities In: GERONTOL Jackson. Health: an overview of available measures illustrated with two examples from Europe. **Social Science and Medicine**, Inglaterra, v. 44, n. 6, p. 757-771, 1997.

diferenças consideradas desnecessárias, evitáveis, além de serem consideradas injustas.

Partindo desse princípio, a questão central a ser tratada pelas políticas que almejam equidade em saúde, é a redução ou a eliminação das diferenças que advêm de fatores considerados evitáveis e injustos, criando, desse modo, igual oportunidade em saúde e reduzindo as diferenças injustas tanto quanto possível.

Nesses termos, em 1990 foram criadas as leis de nº 8.088/90 e 8.142/90, denominadas Leis Orgânicas da Saúde, que regulamentaram o SUS proporcionando uma base de sustentação para o seu fortalecimento e especificando seus serviços e ações de saúde.

De igual modo, despontou-se o Benfan (Sociedade Civil de Bem Estar da Família), entidade privada desenvolvida para difundir as vantagens de uma família reduzida através do controle de natalidade, informando sobre os meios contraceptivos e assumindo uma assistência de cunho preventivo.

Muito antes, na década de 1980, o Paism foi desenvolvido, visando questionar desde do saber e poder médicos até fomentar uma crítica contundente à situação dos serviços de saúde, com o fito de exigir o empenho do Estado para conferir maior eficácia no funcionamento do sistema de saúde<sup>372</sup>. Os temas da reprodução foram incluídos na agenda política, sendo a saúde um campo básico na demanda por uma democracia efetiva. O Paism incorporou idéias feministas sobre a assistência à saúde reprodutiva e sexual pela ótica da integralidade, orientando-se através de um processo educativo participativo e dialógico, eixo norteador das ações de saúde.

Entrementes, o Paism, como, de resto, todo o sistema público de saúde, encontra-se em crise. Como bem analisa Almeida<sup>373</sup>, as políticas de saúde, atualmente, estão voltadas para a contenção e a diminuição do gasto sanitário, sendo este

---

<sup>372</sup> ÁVILA, M. B. Modernidade e cidadania reprodutiva. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 382-393, 1993.

<sup>373</sup> ALMEIDA, C. Saúde nas Reformas Contemporâneas. In: COSTA, A. M.; MERCHÁN-HAMANN, E.; TAJER, D. (Orgs.). **Saúde, equidade e gênero: um desafio para as políticas públicas**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 61-94.

excessivamente centrado na assistência médica e nos procedimentos de alto custo, na perspectiva estrita de controle de demanda e da utilização de serviços. As soluções preconizadas são a privatização, a flexibilização e a diminuição do papel do Estado no setor. Entre outros efeitos dessa política, destacam-se a perda da integralidade na atenção à saúde e a diminuição do acesso aos serviços públicos, com possível aumento das desigualdades sociais<sup>374</sup>.

Do mesmo modo o SUS não consegue firmar-se em termos de resultados positivos e visíveis para a população em geral. Nesse sentido, a avaliação de Médice após uma década da criação do SUS:

O Sistema de saúde no Brasil necessita, ainda, passar por mudanças radicais (mesmo que possam ser adotadas de forma gradual) para que se torne mais eqüitativo. A estrutura atual do sistema não garante um modelo de entrega de serviços que permita aliviar o orçamento familiar e melhorara as condições de saúde de grupos de mais baixa renda. Apesar das boas intenções e da nobreza dos princípios que conformaram o SUS, o sistema não tem trazido grandes progressos nas condições de acesso à saúde para os pobres. Ao contrario, os dados da POF aqui apresentados mostraram que o sistema aumentou regressivamente no financiamento á saúde fazendo que os gastos das famílias pobres aumentassem mais do que das famílias de classe média e alta<sup>375</sup>. ( grifo nosso)

Voltando a análise especifica do tema, depreende-se a partir de uma pesquisa realizada por Caroline Kalume, Juliana César Nunes, e Mônica Samrlas, as quais se destinaram a perquirir a expectativa das mulheres que aguardavam por tratamento de reprodução assistida em hospital público do Distrito Federal, que os ideais de equidade apregoados pelas referidas leis infraconstitucionais, configuram-se utópicos quando confrontados com a realidade dos serviços prestados.

Exatamente por isso é que as referidas autoras concluem, diante de dados colacionados em uma pesquisa de campo, que as pacientes avaliadas não receberam respostas uniformes sobre o tempo de duração médio de tratamento, tampouco tiveram onisciência da existência de outras mulheres na mesma condição de espera no serviço, e finalmente, que nenhuma delas, até o presente momento, conseguiu o êxito esperado<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> ALMEIDA, 2000, p. 64.

<sup>375</sup> MÉDICI, 1999, p. 136.

<sup>376</sup> KALUME; NUNES; SAMSRA, 2006, p. 97-99.

Outrossim, atentam para a falta de estrutura espacial nesses hospitais que realizam esses atendimentos no mesmo corredor destinados ao atendimento obstétrico, fato que de maneira insensível, aumenta ainda mais a angústia e expectativa das mulheres que anseiam por um filho e deparam-se, em todo momento, com gestantes rechonchudas carregando o seu sonho no ventre<sup>377</sup>.

Por isso, vale a pena transcrever as considerações finais desse importante estudo:

Tendo em vista o resultado das pesquisas de campo, é possível apontar a luz da bioética que o Estado, precisa rever a forma como tratamento do RA está sendo oferecido por meio do SUS, pois não correspondem à expectativa das mulheres à espera desse tratamento. Cumpre lembrar que um Estado onde há liberdade de escolha, mas os recursos são escassos para atender às necessidades e expectativas da população, uma atenção adequada à saúde deve levar em conta as dificuldades de acesso aos bens oferecidos ao planejamento de alocação de recursos. Sendo assim, se o Estado disponibiliza ao cidadão o acesso ao RA, mas se essa tecnologia está longe do seu alcance, pela escassez da oferta, pode-se dizer que o princípio da equidade na saúde pública brasileira, neste caso, não está atingindo aqueles que precisam ser vistos na sua individualidade.(grifo nosso)

A responsabilidade do Estado em fomentar a expectativa dessas mulheres em procriar estabelece uma relação de descaso quanto aos vulneráveis, pois a esperança do casal existe e persiste, porém o serviço não é capaz de suprir o desejo de engravidar, tornando casais sem condições financeiras em pessoas ainda mais vulneráveis. (grifo nosso)<sup>378</sup>

Diante do contexto deflagrado, questiona-se a viabilidade de se reconhecer um direito à procriação, respaldado unicamente no argumento de proporcionar o acesso às novas tecnologias reprodutivas para pessoas mais carentes. Prima facie, essa idéia pode até causar entusiasmo, tendo em vista, que as técnicas científicas conferem mais uma possibilidade de realização do desejo de ter filhos, cujo acesso universalizante, insere-se perfeitamente na ótica dos ideais de saúde equânime. Entrementes, em um segundo olhar, indaga-se se o país encontra-se verdadeiramente preparado para disponibilizar esses recursos através dos serviços públicos.

Perquirindo os dados de mortalidade materna, percebe-se que o Brasil equipara-se aos países mais pobres da América Latina. Sendo este um indicador sensível de

<sup>377</sup> KALUME; NUNES; SAMSRA, 2006, p. 98.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 99.



desigualdades no acesso a serviços de saúde de qualidade, fica fácil entrever, que as condições de saúde reprodutiva das brasileiras, ainda dista muito do ideário dos documentos internacionais. Como bem aponta Oliveira:

A mortes maternas traduzem com fidedignidade as condições de assistência oferecidas às mulheres que, em pleno exercício de sua capacidade reprodutiva, repentinamente, se tornam vítimas da falta de qualificação, da desorganização e da desarticulação do sistema de saúde.<sup>379</sup>

São cuidados simples que impescidem uma gestação, um parto, ou um puerpério, mas, que ainda levam a óbito milhares de mulheres brasileiras, muitas vezes em condições de subnutrição, anemia, e sem contar sequer, com informações básicas para conduzir uma vida sexual satisfatória e evitar filhos, através de medicamentos que se predispõem para isso. Estudos revelam que mais de 40% das mulheres sexualmente ativas estão esterilizadas, num processo muitas vezes realizado irrefletidamente ou prematuramente, por isso, passível de tantos arrependimentos! Apenas 21% das mulheres, em dados colhidos por Medici, utilizam-se de contraceptivos, (dados de 1996 revelam desse percentual apenas 43% das mulheres de baixa renda adquiriam o condom e as pipulas anticoncepcionais gratuitamente)<sup>380</sup> o que explica, em parte, o fato da procura pelo método definitivo.

São mulheres que realizam abortos clandestinos, sem a mínima segurança para suas saúdes, que procuram métodos de esterilização definitiva como única saída para exercer um controle de natalidade e que padecem em fileiras de hospitais públicos, clamando por ajuda, por orientação, por uma conversa amiga, de cinco minutos que pode ser tão decisiva para suas vidas.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar seus princípios e diretrizes com referência aos direitos da população à saúde, previu o mínimo de 30% do Orçamento da Seguridade Social, em suas disposições transitórias, além dos orçamentos fiscais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Outrossim, o PL, na discussão da emenda 29 (a qual determina a vinculação dos recursos á

---

<sup>379</sup> OLIVEIRA, Maria de Fátima. Expectativas, falências e poderes da Medicina da procriação: gênero, racismo e bioética *in Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*, Organização de Lucila, São Paulo: Editora da UNESP, p. 191.

<sup>380</sup> MÉDICI, 1999, p. 136.

saúde), propôs que a União comprometesse 10% da sua Receita Bruta com a saúde, no entanto, tal projeto ainda encontra-se em tramitação na Câmara Federal<sup>381</sup>.

Dizer que inexistem recursos financeiros hábeis a garantir o acesso gratuito às técnicas de RA, corresponderia a uma inverdade, sopesando toda a riqueza da nação. O grande problema reside na forma de melhor racionalizar a alocação desses recursos, para suprir as carências prioritárias no setor saúde, que são as mais diversas possíveis, e implicam diretamente na sobrevivência das pessoas, revelando-se assim, de primeira ordem.

Em uma análise sobre o tema Médici, assevera que o plano de equidade traçado nas diretrizes que conceberam ideologicamente o SUS, se consuma muito mais em ações que priorizam a remuneração de classes médicas e hospitais conveniados, que necessariamente na qualidade dos serviços oferecidos:

A discussão sobre equidade no processo de construção do SUS foi muito mais artifício de retórica do que objetivo de política. Antes de atender as populações carentes o processo de implementação do SUS, esteve muito mais preocupado com questões de isonomia salarial para os profissionais de saúde, manutenção e garantia do financiamento de procedimentos de saúde de alto custo e formas de remunerar os hospitais públicos e privados contratados. A equidade foi interpretada como um meio para obter melhores condições de trabalho e remuneração, pelos profissionais de saúde, do que como estratégia para melhorar o acesso e a qualidade de serviços de saúde para a população.

Neste contexto, o aumento da racionalidade da assistência médica aparece como a única saída possível, entendida como aumento da eficiência e eficácia na utilização de recursos, numa perspectiva tecnicista aparentemente 'neutra' e utilitária. Porém, a avaliação pela ótica da qualidade mostra que é necessário não apenas ter um belo programa e 'boas intenções' para assistir adequadamente a saúde das mulheres: é preciso desenvolver a capacidade de gerenciar os serviços e formar profissionais de saúde orientados para uma assistência integral e humana, com equidade e sem o uso abusivo de tecnologias médicas, o que implica em questionar politicamente o

---

<sup>381</sup> KALUME; NUNES; SAMSRA, 2006, p. 90.

sistema de saúde, já que o uso abusivo de tecnologias é resultado da lógica mercantil<sup>382</sup>.

Diante de tantas prioridades inerentes a sobrevivência das facções mais pobres da população brasileira e considerando também os lamentáveis incidentes de desvio de verbas nessa área, em repugnantes atos de corrupção, envolvendo parlamentares do mais alto escalão de nosso governo, questiona-se se a disponibilização desses recursos científicos não configuraria um luxo supérfluo, frente a tantas outras necessidades prementes nesse setor.

Como bem adverte Pessini:

A realidade socioeconômica do país, interpela, já que, com a técnica de bebê de proveta, por exemplo, o casal tem 20% a 25% de chance de probabilidade de engravidar, e cada tentativa custa de 8 a 10 mil reais. E, muitas vezes, é necessário fazer mais de uma tentativa. Devemos pensar num justo equilíbrio entre direitos individuais e direitos coletivos diante da existência de milhares de crianças totalmente carentes de ambientes e cuidados familiares. Há também o problema da equação justa da alocação de verbas para a saúde e estabelecimento de prioridades. ( grifo nosso)

Ademais, a utilização das técnicas de reprodução assistida não correspondem a o único meio existente para constituição de uma família. Essa, aliás, é a conclusão a que chega Junges, lamentando a forma como o discurso médico, instigado pela mídia, incute nas pessoas a necessidade de engendrar filhos biológicos, prescindindo outra possibilidade mais lógica, diante da situação de subdesenvolvimento de nosso país: a adoção<sup>383</sup>.

Destarte, por todas as contradições aqui expostas, pugna-se veementemente contra o reconhecimento de um direito à procriação, pois, o simples fato de se disponibilizar ilusoriamente um serviço dessa natureza, não justifica o enfretamento de todas as implicações aventadas.

---

<sup>382</sup> SILVER, L. D. Direito à Saúde ou Medicalização da Mulher? Implicações para a avaliação dos Serviços de Saúde para Mulheres. In: GIFFIN, K.; COSTA, S. H. (Orgs). **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999. p. 304.

<sup>383</sup> JUNGES, Jose Roque. Op, cit, 2003. p.158

## 7 CONCLUSÃO

Hodiernamente verificam-se profundas mutações nos papéis sociais destinados aos gêneros. As mulheres ingressaram definitivamente em pé de igualdade com os homens no mercado de trabalho, por isso, almejam atingir uma ascensão profissional que as consintam desfrutar de certa estabilidade econômica, também vislumbram alcançar um determinado ideal de aparência física referendado como belo na sociedade, além de priorizar a conquista de diversos outros interesses, suas pequenas e grandes ambições.

Por todas essas motivações, postergam ao máximo a constituição de um projeto parental, na crença que a ciência também atenderá esse apelo, no momento mais conveniente e com a mesma aptidão que tem atendido as pretensões daqueles que evitam o nascimento inoportuno de filhos.

Todavia, o tempo exerce uma influência inexorável nesse desiderato, pois, existem limites cronológicos para os organismos humanos, de modo a não consentir a concepção natural em toda e qualquer etapa de vida, o que torna a infertilidade uma casuística constante na conjuntura dos países do norte, culminando com a redução expressiva em suas taxas de natalidade.

Nos países do sul o contexto é notoriamente diverso. As mulheres são obrigadas a ingressar o quanto antes no mercado laborativo, não por opção pessoal, mas, como garantia de sua própria sobrevivência e de seus familiares. Desprovidas dos meios e das informações imprescindíveis para uma contracepção segura, acabam optando por uma esterilização precoce, quando não realizam abortos em condições precárias de higiene, os quais, não raro, deixam seqüelas irreparáveis em seus corpos. Ademais, a ignorância de certos dados médicos e a dificuldade de acesso ao códon, propiciam a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, como a clamídia, que não tratada convenientemente, torna-se a principal causadora da infertilidade nos países de terceiro mundo.

Diante do quadro apresentado, pode-se inferir visivelmente que a vida reprodutiva das mulheres, bem como os cuidados em matéria de saúde, são permeados por valores, normas e ações subjacentes ao contexto socioeconômico, político e cultural desenvolvidos em uma determinada nação.

Entrementes, o saber médico reforça no imaginário popular o seu poder de cura e de concretização de todos os desejos humanos. Considerando a esterilidade como uma enfermidade, oferta a preços nada módicos o seu tratamento através das novas tecnologias de reprodução assistida.

Aliado aos ideais capitalistas e contando com um forte apelo da mídia, seu discurso impulsiona na sociedade uma necessidade quase cogente ou inafastável de se engendrar filhos, acima da vontade natural que se verifica em relação à realização desse projeto, de modo a transformar a sua ausência em uma verdadeira patologia<sup>384</sup>.

Não obstante, questiona-se a legitimidade das tecnologias reprodutivas, frente ao problema social da infertilidade, já que as referidos métodos não correspondem a uma cura peremptória para o referido mal, possibilitando, tão somente, a procriação humana em um dado momento, e, ainda assim, conforme salientado alhures, os resultados são poucos satisfatórios se forem analisados em um ponto de vista percentual.

Muito mais poderia ser feito pelo mal da infertilidade, caso fossem dirigidas campanhas preventivas dispondo de certas informações relevantes, de modo a combatê-la em muitas de suas causas, haja vista que, os problemas de infertilidade perpassam os fatores de ordem puramente patológica, havendo também de se considerar a influência de fatores sociológicos, ecológicos, e sócio-econômicos, subsumindo, assim, as relações médico-paciente.

Outrossim, faz-se premente o ensejo de debates que discutam claramente os verdadeiros riscos e benefícios do emprego dessas técnicas no corpo feminino, já

---

<sup>384</sup> CORRÊA, Marilena Vilela, Op. cit. 2003, p. 176.

que não custa lembrar que são as mulheres as principais receptoras das mesmas, na medida em que, a procriação, (pelo menos até o presente momento), não extravasou a função intracorporal.

Quanto ao suposto direito de engendrar filhos, não resta dúvidas que não se coadune com o espírito dos direitos humanos. Tal entendimento foi inferido a partir das noções transpostas ao cargo dessa exposição, consubstanciada, aliás, por forte arsenal teórico. Não se pode comungar com um direito humano de gerar um filho biológico, sob pena de conceber uma concepção objetual da procriação. Relembrando as sábias palavras de JUNGES: “tem-se direito a algo nunca a alguém”.

Ao se analisar a questão sob o enfoque dos direitos humanos, conclui-se que principal escopo das Conferências Internacionais, foi o de referendar um *direito não reprodutivo*, que, aliás, condiz perfeitamente com os ideais conclamados no discurso feminista de autodeterminação e liberdade, já que não se reconhece no curso da história desse movimento uma reivindicação em prol da maternidade.

Teceram-se também comentários alusivos às perspectivas fomentadas pelos movimentos feministas a respeito da intervenção biotecnológica sobre o corpo feminino. Nesse aspecto, a corrente que refuta tais técnicas, bem como aquela que indica certa prudência em sua administração, já que sopesa os riscos e benefícios dos implementos artificiais, correspondem ainda ao pensamento dominante sobre a matéria.

No curso dessa pesquisa, questionaram-se os fundamentos em que se estribam a corrente positivista, a qual sustenta a existência de um direito à reprodução na ordem jurídica nacional a partir da exegese de dispositivos normativos.

Discutiu-se, inicialmente, se o pretense direito decorreria do legítimo do desejo de conceber filhos. Para tanto, foram apresentadas as mutações na dinâmica dos desejos insuflada em face dos adventos biotecnológicos, atentando especificamente para os desejos de ordem patológica ou narcísica, os quais inegavelmente deflagram um apelo egoístico sobre o “outro”.

Enfrentou-se também outras argumentações depreendidas do discurso positivista, tais como o reconhecimento desse pretensão direito como consectário do direito constitucional à saúde, oportunidade, em que foi apreciado que as tecnologias reprodutivas não correspondem à cura peremptória para os problemas de esterilidade, de modo que os ideais de saúde em sua acepção física, nesse sentido, certamente, restariam supérfluos.

Por outro lado, foi rechaçada a tese de alguns autores que defendem que os aludidos métodos contribuem para uma terapia de cunho emocional. Nesse sentido, restou demonstrado que os procedimentos clínicos costumam importar em sofrimentos desmesurados para seus solicitantes, além de implicar em riscos manifestos para sua própria saúde e para a saúde da futura criança, tornando-se até uma incoerência respaldar tal pretensão nesse argumento.

Avaliou-se ainda, a reivindicação do direito de ter filhos, pautada na tese de que a procriação configura um elemento de suma relevância para o pleno desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Entretanto, tal argumento não se revelou suficientemente hábil a conduzir a um convencimento afirmativo. Em primeiro momento, porque foram destacados, os três eixos sobre os quais se depreende o significado de personalidade, ressaltando a importância do eixo alteridade, realçando o valor do “outro” e sua influência marcante na liberdade e autodeterminação dos indivíduos. Desse modo, foi impossível inferir a existência de um direito dessa natureza, já que o mesmo se peculiarizaria por apresentar reflexos decisivos na esfera de existência de uma outra pessoa envolvida (a criança gerada) sendo baseado, tão somente, na satisfação pessoal de seus genitores. Além disso, a reprodução humana não é requisito inafastável ou essencial para o desenvolvimento completo da personalidade humana, haja vista, muitas pessoas optarem por não engendrar, sem que tal fato comprometa qualquer de suas habilidades ou funções vitais.

Também se manteve o mesmo posicionamento contra aqueles que pugnam pelo seu reconhecimento, amparando-se na exegese do dispositivo que consagra o direito de fundar uma família, em virtude de se demonstrar mediante dados estatísticos, que

uma constituição familiar, independe da função procriativa. Bem assim, revelando a nova tendência cultural que valoriza a formação de famílias com a ausência de filhos.

No capítulo seguinte, revelaram-se os perigos do manuseio dessas novas tecnologias para propagação de ideais eugênicos. Sustentou-se que a infertilidade deva ser considerada como elemento limitador do acesso aos métodos artificiais, visando evitar que casais detentores de plenas habilidades procriativas façam opção pela tecnologia, para satisfação de desejos egoísticos e desmotivados, como a escolha prévia do sexo do bebê, ou de alguns caracteres genéticos. Outrossim, foi sugerida a adoção de medidas coercitivas com o fito de afastar ao máximo tais condenáveis práticas.

Colacionou-se a concepção das principais vertentes religiosas sobre o assunto e nesse sentido, vale reiterar que a Igreja Católica, também refuta a existência de um direito de ter filhos, na medida em que, julga que a procriação não é uma imposição do matrimônio e a criança nascida no seio de uma família representa uma dádiva, ou nas próprias palavras do Dom Vitae, *“um dom, um dom nobilíssimo”*.

Confrontaram-se ainda as duas correntes que debatem acerca da questão, oportunidade onde foram transpostos excertos doutrinários que expressaram os posicionamentos de algumas das mais insignes personalidades da doutrina pátria e estrangeira, e nesse aspecto, foi feita uma menção à importância da obra de Mary Warnock, já que a autora desfruta de uma grande respeitabilidade e reconhecimento no estudo da Bioética e do Biodireito.

No capítulo derradeiro, foram discutidas as possíveis conseqüências do implemento de um direito à reprodução sobre a égide do princípio da isonomia.

Dessa maneira, a matéria foi perpassada pela reivindicação de pessoas solteiras por filhos, refutando a possibilidade de acesso às tecnologias aos que perfaçam essa condição. Esse posicionamento foi amparado no argumento de que não se deve cercear intencionalmente o novo ser da presença materna ou paterna, sendo curial garantir ao menos, a revelação de sua ancestralidade, dado que se configura



essencial para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Do mesmo modo, sustentou-se que somente a existência de uma relação afetiva do casal legitima eticamente a geração de um filho, não havendo, portanto, plausibilidade em se justificar uma gestação, dentro de um projeto individual e egoístico.

Analisou-se ainda a demanda de casais homossexuais por filhos, persistindo no mesmo entendimento anterior. Dessa vez, tal opinião foi baseada na consideração de que enquanto a situação jurídica dessa categoria não estiver assentada, não se afigura justo que as crianças nascidas nesses núcleos sejam vítimas de discriminações em face da opção sexual de seus pais.

Apreciou-se também que um direito nessa índole conduziria ao dever estatal de custear os tratamentos clínicos para infertilidade, e dessa forma aplacar a demanda existente, a qual por insuficiência comprovada de recursos financeiros, solicita o acesso aos métodos clínicos gratuitamente.

Em que pese tal medida se afigurar dentro dos ditames insertos nos ideais de equidade em matéria de saúde, não há como desconsiderar desse contexto, a precariedade deflagrada nos atendimentos médicos através dos serviços públicos. Por isso, em face da conjuntura socioeconômica de nosso país, mister se faz à alocação de recursos que visem suprir as necessidades prementes da população, como as que residem em cuidados imprescindíveis a uma gestação, um parto e o puerperio. Não havendo sentido em se assegurar tais serviços de maneira ilusória, nem muito menos deslocar verbas para o atendimento dessa finalidade em supressão de outras, indubitavelmente, mais prioritárias.

Por todas as razões antes explicitadas, sustenta-se que a procriação deve ser vislumbrada como uma mera faculdade, decorrente do direito de liberdade, a qual pode implicar ou não em exercício.

Mesmo porque, diante da análise do dispositivo constitucional que versa sobre planejamento familiar, não se depreende expressamente um direito de gerar filhos, verifica-se, tão somente, a incidência de uma liberdade de constituição familiar, que pode implicar, mas não de maneira necessária ou imprescindível em uma função

procriativa. Ademais, não podemos objetar a importância dos princípios da dignidade humana e paternidade responsável a nortear as escolhas reprodutivas do casal.

Ressalte-se, por derradeiro, que todo ser humano representa um fim em si mesmo e não um objeto cuja posse possa ser suscetível de reivindicação de um direito por outrem.

Por isso, se chega ao final desse trabalho, com uma fala que revela muito bem o melhor desejo que se pode dispensar sobre filhos:

[...] o que é insubstituível é um olhar sobre a criança, ao mesmo tempo responsável e desejante, não no sentido de um desejo sexual abusivo, mas o desejo de que esta criança exista e seja feliz na medida do possível; o desejo que confere um lugar a este pequeno ser, e a responsabilidade que impõe os limites deste lugar. Isto é necessário para que elas obtenham um mínimo de parâmetros, inclusive éticos, para se constituir como sujeitos<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> KEHL, M. R. (2001) Lugares do feminino e do masculino na família, in COMPARATO, M.C.M. & MONTEIRO, D.S.F. (org.). **A criança na contemporaneidade e a psicanálise**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, C. Saúde nas Reformas Contemporâneas. In: COSTA, A. M.; MERCHÁN-HAMANN, E.; TAJER, D. (Orgs.). **Saúde, equidade e gênero**: um desafio para as políticas públicas. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ALVES, Juliana Maria. **Reprodução assistida heteróloga**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Corpo**: novos poemas. 5. ed. Rio de Janeiro: 2000.

AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, poder y derecho**: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Trota, 1999.

ARAÚJO, C. Marxismo, feminismo e o enfoque de Gênero. **Crítica Marxista**, São Paulo, n. 11, p. 65-70, 2000.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação artificial e o problema da Santidade da Vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1979.

ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1994. v. 1.

ÁVILA, M. B. Modernidade e cidadania reprodutiva. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 382-393, 1993.

ÁVILA, M. B.; GOUVEIA, T. Notas sobre direitos reprodutivos e direitos sociais. In: PARKER, R.; BARBOSA, R. (Orgs.) **Sexualidades brasileiras**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999

ÁVILA, Maria Bethânia; CORRÊA, Sonia. O movimento de saúde e direitos reprodutivos no Brasil: revisitando percursos. In: GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec Population Concil, 1999.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BANDEIRA, Lourdes. Relações de Gênero e sexualidade. In: GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec Population Concil, 1999.

BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes Temas da atualidade bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Curitiba: Forense, 2003.

BARBOSA, Regina Helena Simões. **Mulheres, reprodução e aids: as tramas da ideologia na assistência à saúde de gestantes HIV+**. 2001. Dissertação. (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, São Paulo, 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Ethica Cadernos Acadêmicos, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARSTED, Leila Linhares. Lei e realidade social: igualdade x desigualdade. In: ANAMONE, Louis . **As mulheres e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Cepia, 2001. (Coletânea Traduzindo a Legislação com a Perspectiva de Gênero).

BARZELATO, J. Reproductive health and population program. In: GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec Population Concil, 1999.

BEAUVOIR, S. **The second sex**. New York: Knopf, 1953.

BOBBIO, N. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BORGES, Lenise Santana. Direitos Reprodutivos. In: LIBARDONI, Marlene. (Coord.) **Curso nacional de advocacia feminista em saúde e direitos sexuais e reprodutivos**. Brasília: Agende, 2002.

BORGES JUNIOR, Edson; OLIVEIRA, Débora Ciocci Álvares. **Reprodução assistida, até onde podemos chegar?** Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUGLIONE, Samantha. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1855>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

BUGLIONE. Samantha. **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana**: ética e direito. São Paulo: Edicamp, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana**. S. A. Granada: Editorial centro de Estudios Ráamón Areces, 1998.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações éticos-jurídicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTILHO NETO, Arthur de. Inseminação artificial humana: as descobertas científicas e o direito brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 61-76, mar./jul. 1975.

CEZIMBRA, Márcia. A Nova produção independente da Família. *Jornal O Globo*, 29 ago. 1999. In: TERDAL, Leif; KENNEDY, Patrícia Joranla. **Produção independente: criando meninos sem a presença do pai**. São Paulo: Rosa dos Tempos, 2000.

CITELLI, Maria Tereza. **Mulheres e direitos reprodutivos na periferia: releitura feminista de um movimento de saúde**. 1994. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

COELHO, Mariana. **A evolução do feminismo: subsídios para sua história**. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2002.

COREA, Gena. Os riscos da fertilização in vitro. In: SCAVONE, Lúcia (Org.). **Tecnologias reprodutivas**. São Paulo: Unesp, 1996.

CORRÊA, Sonia. O movimento de saúde e direitos reprodutivos no Brasil: revisitando percursos. In: GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec Population Concil, 1999.

CORRÊIA, Marilena Vilela. **Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: EDVERJ, 2003.

COSTA, R. G. Reprodução e Gênero. **Revista de Estudos Feministas**, n. 2, v. 10, UFR, 1999.

DANTAS, Andreneide *et al.* **Seminário: o que é o desejo?** Disponível em: <<http://www.apoa.com.br/correio.php?sec=3>>. Acesso em: 05/12/2006

DARMON, Pierre. **O tribunal da impotência: virilidade e fracassos conjugais na França**. Rio de Janeiro, Paz e. Terra, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DORA, Denise Dourado. Os direitos humanos das mulheres. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch de (Orgs.). **Direitos Humanos, ética e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: THEMIS, 1998.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editor Arnaldo Oliveira Junior, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FANTHALLA, M. F. Reaserch Needs in Human Repodution. In: Diczfalusy, E., Griffin, P.D. & Knannaj (Eds.). **Reaserch Needs in Human Repodution**: Biennal Report 1986-1987. Genebra: World Health Organition, 2001.

FERNANDES, Tycho Brale. **A reprodução assistida em face da bioética e o biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERNANDEZ, Maria Carcaba. **Los problemas juridicos planteados por las nuevas tecnicas de procreacion humana**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREUD, Sigmund. **Algumas conseqüências psíquicas da distinção anatômica entre os sexos**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. (Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Edição Standard Brasileira. v. XIX. 1925.)

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação – O Biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GIFFIN, K. M. A Modernidade perversa e a reprodução humana no Brasil. In: LEAL, M. C., SABROZA, P. C., RODRIGUEZ, R. H; BUSS, P. M. (Orgs). **Saúde, Ambiente e Desenvolvimento**. São Paulo/ Rio de Janeiro: HUCITEC/ ABRASCO, 1992. v. II.

GLINA, S. Ainda existe infertilidade masculina? **Medicina**, Brasília, CFM, ano XIV, n. 102, p. 2, fev. 1999.

HANSEN, M. *et al.* The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization. **N. Engl. J. Med.**, n. 10, v. 346, p. 725-730, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**: a construção Universal de uma utopia. São Paulo: Santuário, 1997.

INSTITUTO DATAFOLHA. Disponível em:  
<[http://datafolha.folha.uol.com.br/po/dossie\\_familia\\_10111997c.shtml](http://datafolha.folha.uol.com.br/po/dossie_familia_10111997c.shtml)>. Acesso em: 05/12/2006

JUNGES, Jose Roque. **Bioética, perspectivas e desafios**. Rio de Janeiro: Unisinos, 2003.

KALUME, Carolina; NUNES, Juliana César; SAMARA, Monica. A expectativa de mulheres que aguardam tratamento de reprodução assistida no hospital público de referência do Distrito Federal. In: GARRAFA, Volney; CORDÓN, Jorge (Org.). **Bioética no Brasil de hoje**. São Paulo: Gaia, 2006.

KWAAK, VAN der. Womam e Health. Vena Jornal. In: GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec Population Concil, 1999.

LARENS, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações assistidas e o direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

LIPOVETSKY, G. **A terceira mulher: permanência e revolução do feminino**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MACKENBACH, J. P.; KUNST, A. E. Measuring the magnitude of socio-economic inequalities In: **AUTOR**. Health: an overview of available measures illustrated with two examples from Europe. **Social Science and Medicine**, Inglaterra, v. 44, n. 6, p. 757-771, 1997.

MARIÑO Hubert Jerez, **El cantar de Martí**, Plantation, Jerez Publishing, Inc., 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MEDINA, Graciela. **Los homosexuales y la procreacion asistida en la legislacion y jurisprudencia comparada**. Disponível em:  
<[www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000163.pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000163.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2007.



MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Gênese, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desiquiperações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, 2001.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Direitos reprodutivos e sexuais: Constituição e efetivação da cidadania. **Revista Jurídica dos Formandos em direito UFBA**, ano 4, n. 144, 1999.

MINAHIM. Saúde e direitos reprodutivos no Brasil. **Impacto da Conferencia do Cairo nas políticas públicas**. Relatório do seminário salvador 28-30 de outubro de 1998./Direitos Reprodutivos e Sexuais/ Maria Auxiliadora Minahim, Guacira César de Oliveira, Maria Tereza Citelli Debatedora: Maria Bethânia Ávila. Salvador, Musa,2000.

MORAES Alexandre, **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Editora: Atlas 6ª edição, 2006, São Paulo, 2006.

NICK, S. E. **Dano moral e a falta do pai**: algumas considerações sobre a produção independente. Jul. 1994. Disponível em:  
<<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1630958118>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

OLIVEIRA, Ana Carolina Brochado de. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecologia e suas implicações éticos-jurídicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Ana Maria Brochado de. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecologia e suas implicações éticos-jurídicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética - O sétimo dia da criação**. Editora Moderna. Rio de Janeiro 4ª edição, 1995.

PASSINI, Renato. **Desejo de gravidez e desejo de filho**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERIN JUNIOR, Ecio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida em face do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3510>>. Acesso em: 16 dez. 2006.

PERROW, Francis. O caminho para saúde reprodutiva global. **Saúde e direitos Reprodutivos na agenda internacional 1968-2003**. Edição Portuguesa APF. Mar. 2003.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1991.

PIMENTEL, Sílvia. **Perspectivas jurídicas da família**: o novo Código Civil Brasileiro e algumas considerações sobre a violência familiar e o direito. : Serviço Social & Sociedade nº 71, São Paulo: Cortez, 2002

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Reprodução e Sexualidade. In: BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

QUEIROZ, A. B. A. **Ser mulher e a infertilidade**: um estudo de representações sociais. 2002. Tese (Doutorado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem Anna Nery, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2002.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos das técnicas de inseminação artificial. In: CASABONA, Carlos Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

QUINET, A. **As novas formas do sintoma na medicina**. 2002. Disponível em: <<http://www.estadosgerais.org>>. Acessa em: 05 out. 2006.

REBELATO, Paulo. Entrevista concedida à Mônica Scarparo.. In: SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida, questão aberta**: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ROTANIA, Alejandra Ana. Biologia moderna feminismo e ética. In: SCAVONE, Lúcia (Org.). **Tecnologias reprodutivas**. São Paulo: Unesp, 1996.

ROUDINESCO, E. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **El derecho a la reproducción humana**. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida, questão aberta**: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SCAVONE, Lúcia (Org.). **Tecnologias reprodutivas**. São Paulo: Unesp, 1996.

SCHAFFER, J. A.; DIAMOND, R. Infertilidade: dor pessoal e estigma secreto. In: IMBER-BLACK, E. (Org.). **Os segredos na família e na terapia familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

SCLIAR, Moacyr. **Filhos**: melhor não tê-os? Disponível em: <[http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index.aspx?cnt\\_id=15&art\\_id=2435#topo](http://www.jornaldedebates.ig.com.br/index.aspx?cnt_id=15&art_id=2435#topo)>. Acesso em: 20 out. 06.

SEGUN, Elida. **Biodireito**. 2. ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2003.

SESMA, Ingrid Brena. **Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>>. Acesso: 27 nov. 2006.

SHAH, C. **Public health and prevention medicine in Canadá**. University of Toronto Press, 1999.

SHIEVE, L. A. *et al.* Low and very birth weight in infants conceived with use assisted reproductive technology. **N. Engl. J. Med.**, n. 10, v. 346, p. 731-737, 2002.

SIGAL, Ana Maria. **A woman is not born a mother, she can become a mother Psychoanalysis, the feminine and its relationship with new fertilization techniques.** Disponível em: <[http://www.estadosgerais.org/mundial\\_rj/trabGeral.htm](http://www.estadosgerais.org/mundial_rj/trabGeral.htm)>. Acesso em: 05/12/2006

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVER, L. D. Direito à Saúde ou Medicalização da Mulher? Implicações para a avaliação dos Serviços de Saúde para Mulheres. In: GIFFIN, K.; COSTA, S. H. (Orgs). **Questões da saúde reprodutiva.** Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999. p. 304.

SIQUEIRA, José Eduardo de. José Eduardo de. Ética e Tecnociência: Uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas. **Revista da Associação Médica Brasileira**, São Paulo, v. 50.

STEDMAN (1979) Dicionário Médico, 23ª edição, ilustrado (coord. Manuila, L., et al. Lisboa, Climepsi Editores, 2000.

STEFAN, Theil Beyond Babies. Even in once conservative societies, more and more couples are choosing not to have kids. That means good things for restaurants and real estate. But a backlash has already begun". **Newsweek Internacional**, 04 set. 2006.

TANAKA; ALVARENGA. Tecnologia e medicalização da concepção e contracepção. In: : GALVÃO, Loren; DIAZ, Juan (Orgs.). **Saúde sexual e reprodutiva no Brasil:** dilemas e desafios. São Paulo: Hucitec Population Concil, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self:** the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TEICH, Daniel Hessel; ROSSI, Thaís Oyama. Em busca do bebê perfeito: butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões – o Brasil entra na Era dos Superbebês. **Revista Veja**, ed. 1622, p. 67, 03 nov. 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto C. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Z. A.; ENUMO, S. R. F. Representações sociais de infertilidade feminina entre mulheres casadas e solteiras. **Psicologia: Saúde & Doenças**, 2001.

VANDERPLAAT, Madine. **Saúde e direitos humanos**. Brasília: Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em direitos humanos e saúde, 2004.

VEGA, Ana María. **Los "derechos reproductivos" y sus interpretaciones**: una causa que se promueve en la ONU. Disponível em: <<http://www.vidahumana.org/vidafam/onu/derechos-rep.html>>. Acesso em: 23 dez. 2006.

VIDAL, Marcelo La humanidad in vitro. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 29 *In*: Fernandes Ticho Brale. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**. Florianópolis. Diploma Legal, 2000..

VILELA, Wilza Viera. Assessoria jurídica e estudos do gênero. In: BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

WEBER, L. N. D. **Laços de ternura**: pesquisa e histórias de adoção. Curitiba: Juruá, 2000.

WEINRIB, J. Ernest. Duty to Rescue. In: DWORKIN, Gerald. **Morality, harm and the law**. Boulder: Wetsview Press, 1994.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who/in/em>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

WARNOCK, Mary. **Fabricando bebês?** Existe um derecho a tener hijos? Espanha: Gedisa Editorial, 2002.